

SUÇ^{VE}CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

EKİM
KASIM
ARALIK
2011

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. Fikret İlkiz

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yener Ünver/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt Yücekul/Av. Fikret İlkiz

Av. H. Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Stj. Av. Can Vodina

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.meral@damgada.com

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Nuruosmaniye Cad. No: 56 K: 4 Cağaloğlu/İSTANBUL

Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri

Yazın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No: 12028)

Çiftelhavuzlar Cd. Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi No: 27/806 K:9

Zeytinburnu/İSTANBUL

0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

Basım Tarihi

Şubat 2012

İçindekiler

Doç. Dr. R. Yılmaz Yazıcıoğlu	1	Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı
Ar. Gör. Can Çelik	43	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü'ne Yaklaşımı
Yard. Doç. Dr. Devrim Aydın	91	Cezalandırmanın Amacına Dair Teoriler
Av. Elif Gökşen	105	Amerika Birleşik Devletlerinde Organize Suçlar
Jeffrey Standed Av. Berk Alpslan	123	Sert Sporlar: Sporda Şiddetin Düzenlenmesinde Ceza Hukukunun Kullanımı Sorunsalı
Stj. Av. Cansu Ortanca	151	Uluslararası Belgelerde Kadın-Erkek Eşitliğinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

HIRSIZLIK SUÇUNUN MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN BAZI BENZER SUÇLARDAN AYRIMI

(Hakemli Makale)

Doç. Dr. R. Yılmaz Yazıcıoğlu*

Özet

Mülkiyet hakkı günümüzde, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi metinlerinde de olduğu üzere bireyin temel haklarından biri olarak kabul edilmekte ve bu hakka yönelik hukuka aykırı fiiller çeşitli hukukî yaptırımlarla birlikte özellikle ceza hükümleri ile karşılanmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşımın sonucu, kişinin malvarlığına yönelik çeşitli fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen suçlar ile yaptırım altına alınmaktadır. Makalede hırsızlık suçunun malvarlığına karşı işlenen benzer suçlardan farklılıkları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Hırsızlık Suçu, Yağma Suçu, Malvarlığına karşı suçlar, Suçun Unsurları

Abstract

The right of property is guaranteed under the Constution, European Convention on Human Rights and the Universal Declaration of Human Rights as a fundemental right and violations of this right are punished mostly by the criminal law. As a result in Turkey, the Turkish Criminal Code criminalises offences aganist the mass of assests. The article mainly discus- ses the differences between acts of theft and other crimes committed aganist the mass of assets.

Keywords

Theft, Pillage, Crimes aganist the mass of assets, Elements of Crime

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

a) Genel Olarak

«Mülkiyet hakkı» diğer bir ifade ile «mal edinme hakkı» ve bu bağlamda kişinin «mal varlığı», günümüzde, Anayasa (AY), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) metinlerinde de olduğu üzere bireyin temel haklarından biri olarak kabul edilmekte¹ ve bu hakka yönelik hukuka aykırı fiiller çeşitli hukukî yaptırımlarla birlikte özellikle ceza hükümleri ile karşılanmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşımın sonucu, kişinin malvarlığına yönelik çeşitli fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının 10 uncu Bölümünde düzenlenen suçlar² ile yaptırım altına alınmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın «*özel hükümler*» başlıklı 2'nci Kitabının «*kişilere karşı suçlar*» başlıklı 2'nci Kısımının «*malvarlığına karşı suçlar*» başlıklı 10 uncu Bölümünde, «*hırsızlık* (md.141-147)», «*yağma* (md.148-150)», «*mala zarar verme* (md.151-153)», «*bakki olmayan yere tecavüz* (md.154)», «*güveni kötüye kullanma* (md.155)», «*bedelsiz senedi kullan-*

1 1982 AY'nın 35 inci maddesi: «Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz». «Mülkiyet hakkı» AİHS'nin 20 Mart 1952 tarihli 1 no.lu ek protokolünün 1 inci maddesinde «Her gerçek ve tüzel kişi maliki olduğu şeyleri başşıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile kanunda öngörülen koşullara uyulmaksızın hiç kimse mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz»; 1948 tarihli İHEB'nin 17'nci maddesinde «1. Herkes tek başına ve aynı zamanda başkaları ile birlikte mal ve mülke sahip olma hakkına sahiptir. 2. Hiç kimse mal ve mülkünden keyfi olarak yoksun bırakılamaz» hükmü ile korunma altına alınmaktadır.

2 TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının 10 uncu Bölümünde yer alan «*Malvarlığına Karşı Suçlar*», 141 ilâ 169 uncu maddeler arasında, toplam 29 maddeden ibaret olup, «*hırsızlık* (TCK md.141-147)», «*yağma* (TCK md.148-150)», «*mala zarar verme* (TCK md.151-152)», «*ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme* (TCK md.153)», «*bakki olmayan yere tecavüz* (TCK md.154)», «*güveni kötüye kullanma* (TCK md.155)», «*bedelsiz senedi kullanma* (TCK md.156)», «*dolandırcılık* (TCK md.157-159)», «*kaybolmuş veya bata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf* (TCK md.160)», «*hileli iflâs* (TCK md.161)», «*taksirli iflâs* (TCK md.162)», «*karşılıksız yararlanma* (TCK md.163)», «*şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi* (TCK md.164)», «*suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi* (TCK md.165)», «*bilgi vermeme* (TCK md.166)» başlıklarından oluşmaktadır. Bu başlıklar altında, toplam 15 çeşit temel suç tipi, 167, 168 ve 169 uncu maddelerde bu suçlara ilişkin cezasızlık sebepleri, cezada indirim sebepleri ile etkin pişmanlık ve tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmektedir.

ma (md.156)”, “*dolandırıcılık* (md.157-159)”, “*kaybolmuş veya bata sonucuna ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf* (md.160)”, “*ıflâs* (md.161-162)”, “*karşılıksız yararlanma* (md.163)”, “*şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi* (md.164)”, “*suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi* (md.165)” ve “*bilgi vermeme* (md.166)” suçları yer almaktadır³.

Şüphesiz TCK’nın 2’nci Kitabının 2’nci Kısımının 10 uncu Bölümünde yer alan suçlar malvarlığına karşı işlenen bütün suç tiplerini kapsamaktadır; mukayeseli hukukta bazı kanunlar bu kavram altında başka suç tiplerine yer verdikleri gibi, *zimmetsiz suçunda* (md.247) olduğu üzere, ayrıca Kanunumuzun birçok hükmünde de malvarlığı değerlerini korumayı amaçlayan hükümler yer almaktadır.

Esasen malvarlığına karşı işlenen suçların ortak özellikleri, kişilerin malvarlıkları içine giren değerleri korumak ve bu değerlerin sağladığı yararların yok edilmesine veya azalmasına yönelik eylemleri yaptırım altına almaktır. Hırsızlık ise malvarlığına karşı işlenen suçların en ilkel şeklidir⁴. Bu sebeple geçmişten günümüze kişilerin malvarlığına karşı gerçekleştirilen fiillerin önemli bir kısmını «hırsızlık» suçu oluşturmaktadır⁵.

Malvarlığına karşı işlenen suçların başta geleni ve en eskisi olan «*hırsızlık suçu*»⁶, temelde kişinin mülkiyet hakkına yapılan haksız bir fiildir.

-
- 3 Mülga 765 sayılı TCK’nın 2’nci Kitabının 10 uncu Babı “*Mal aleyhine işlenen cürümler*” başlığını taşımakta idi. Mehazımızı da oluşturan İtalyan Ceza Kanunu (1889 Zanardelli Ceza Kanunu) “*Mülkiyete karşı suçlar*”, 1930 tarihli merih İtalyan Ceza Kanunu (1398 s. ve 19 Ekim 1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu) “*Malvarlığına karşı işlenen suçlar*” (2’nci Kitap, 13 üncü Bab md. 624-649), 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu “*Mallara karşı cürüm ve cünbalar*” (3 üncü Kitap md. 311-1 - 322-7), Alman Ceza Kanunu (15 Mayıs 1871) “Özel Bölüm” başlıklı kısmının 19 uncu bölümünde “*hırsızlık ve emniyeti suiistimal*”, 20’nci bölümünde “*yağma ve şantaj*”, 21 inci bölümünde “*suçlunun suçtan kaynaklanan menfaatinin korunması ve suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi*”, 22’nci bölümünde “*dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma*”, 24 üncü bölümünde “*ıflâs suçları*”, 27’nci bölümünde “*mala zarar verme*” suçları şeklinde düzenleme yapmaktadır.
- 4 ÖNDER Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.285.
- 5 Hırsızlık suçunun tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine Bir Araştırma”, Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2011, s.133 vd.; ŞENSOY Naci, Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, İstanbul, 1963, s.13 vd..
- 6 MANZINI Vincenzo, Le varie specie del furto nella storia e nella sociologia, Torino, 1912, s.1; SCARDACCIONE Gilda, “I reati contro la proprietà: Il furto”, Il cambiamento delle forme di criminalità e di devianza, Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, C.10, Milano, 1988, s.243.

Bu fiil ile kişinin malvarlığında bir azalma gerçekleşirken, fail, kendisi veya bir başkası lehine haksız bir yarar, zenginleşme sağlamaktadır; böylece hırsızlık suçu ile fail, bir başkasına ait bulunan malvarlığına ilişkin yararları yok etmekte veya azaltmaktadır.

İşte bu yazıda, başkasına ait malvarlığına ilişkin yararları yok eden veya azalmasına yol açan ve aynı zamanda hırsızlık suçu ile yakın ilgileri bulunan «*yağma*» (md.148), «*mala zarar verme*» (md.151), «*güveni kötüye kullanma*» (md.155), «*dolandırıcılık*» (md.157), «*kaybolmuş veya bata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf*» (md.160) ve «*karşılıksız yararlanma*» (md.163) gibi suçların *hırsızlık* suçuyla mukayesesi yapılacaktır.

Bilindiği üzere malvarlığına karşı işlenen suçlar esasen malvarlığına ilişkin değerleri koruma altına aldıklarından, bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, bu suçlar arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki, Roma hukukunda *furtum* kavramı içinde sadece “hırsızlık” suçu değil, “dolandırıcılık”, “güveni kötüye kullanma” gibi malvarlığına karşı işlenen bazı suç tipleri de değerlendirilegelmiştir⁷; ancak bu suçlar arasında birçok ortak nokta bulunmasına rağmen, “hırsızlık suçu” çeşitli ölçütler uyarınca söz konusu suçlardan ayrılır.

Öncelikle hemen ifade edelim ki, malvarlığına yönelik suçlarda başlı başına bazen mağdurun rızası, bazen de failin kastı suç niteliğini belirleyici olabilmektedir. Örneğin, fail, malı mağdurun rızası hilafına alırsa *hırsızlık*; bu rızayı zor kullanarak elde ederse *yağma*; bu rızayı mağduru aldatarak, hile kullanarak elde ederse *dolandırıcılık*; malı rıza hilafına değerlendirirse *güveni kötüye kullanma*; mağdurun rızasına aykırı olarak mala zarar verme kastı ile hareket ederse *mala zarar verme* suçu söz konusu olmaktadır.

7 Romalılar, bu üç suç tipini kapsar şekilde geniş anlamda *contrectatio rei fraudulosa* terimini kullanmışlardır.

“Hırsızlık”, “yağma”, “güveni kötüye kullanma” ve “dolandırıcılık” suçlarında *animus lucri* (zenginleşme kastı-faydalanma kastı) şeklinde ortaya çıkan “özel kast”⁸ söz konusu olurken⁹, “*mala zarar verme*” suçunda fail, üzerinde tasarruf imkânı bulamadığı, başkasına ait bir mal üzerinde malikin tasarruf imkânını zarara uğratmakta veya ortadan kaldırmaktadır¹⁰.

b) Hırsızlık Suçunun Yağma Suçundan Ayırımı

5237 sayılı TCK’nın 148 inci maddesinde düzenlenen yağma suçu “*bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından babisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malın teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak*” şeklinde tanımlandığından, *hırsızlık suçu* ile “suçla korunan hukuki yarar”, “mağdurdaki rıza”, “maddi unsur”, “mağdurun sıfatı”, “suçun yapısı”, “suçların birinin diğerine dönüşmesi” gibi çeşitli açılardan birçok farklılık arz etmektedir.

Ancak bütün bu farklara rağmen *yağma suçu* esasen hırsızlık suçunun maddi unsurunu da oluşturan *başkasına ait bulunan bir malın alınması* fiilinin özel bir şeklidir¹¹. Bu sebeple de *hırsızlık suçu* ile *yağma suçu* arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Hırsızlık suçunun oluşması için aranan birçok koşul yağma suçu bakımından da aranır: suçun maddi konusunu oluşturan “*malın taşınır olması*”, suçun maddi

8 Maddi fiilin bilinmesi ve istenmesinin (md.21/1) dışında ayrıca failin belli bir amaç uğruna hareket etmesine “*özel kast (dolus specialis)*” denir. *Özel kast*, failin suçu işlemesindeki saiktir. *Saik*, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken, dürtüdür. *Özel kast*, kanunun, failin maddi fiili bilmesi ve istemesinden başka belirli bir saikle hareket etmiş olmasını şart koştuğu, aradığı hallerde dikkate alınır (ANTOLISEI Francesco, Manuale di diritto penale, parte generale, 10. bası, Milano, 1987, s.307; MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, C.I, 5. bası, Torino, 1985, s.773; BETTIOL Giuseppe-MANTOVANI Luciano Pettoello, Diritto Penale, 12. bası, Padova, s.292; MAGGIORE Giuseppe, Diritto penale, C.II, Bologna, 1948, s.442; DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 10. bası, İstanbul, 1994, s.231).

9 “Yararlanma/faydalanma kastı” olarak ortaya çıkan hırsızlık suçundaki özel kast konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. CARMONA Angelo, Il fine di profitto nel delitto di furto, Milano, 1983, özellikle s.9 vd.

10 MANTOVANI Ferrando, Diritto Penale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989, s.111.

11 TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, 4. bası, Ankara, 2009, s.146.

unsurunu oluşturan “*malın bulunduğu yerden alınması*” ve suçun manevi unsurunu oluşturan “ *faydalanma/yararlanma kastı (animus lucri)*” gibi¹².

Yağma suçunu düzenleyen mülga 765 sayılı TCK’nın 495 inci maddesinde yer alan suçun konusunu oluşturan malın “*menkul*” olması şartı, 5237 sayılı TCK’nın 148 inci maddesine ilişkin madde metninde yer almamaktadır¹³; bundan hareketle de bazı yazarlar¹⁴, artık “taşınmaz malların” da yağma suçunun konusunu oluşturabileceğini savunmaktadır. Ancak, yağma suçunun *maddi konusunun* “taşınır mal” olduğu hususunda Türk doktrininde ve yargısında ittifak bulunduğu gibi, maddi unsur oluşturan “*bir malın verilmesi veya teslimi*” olgusu da, bizatihi

12 “TCY. 495 ve 497. maddelerinde ifadesini bulan gasp suçu, hırsızlık suçu ile cebir ve şiddet ve tehdit suçlarının oluşumundan meydana gelen bileşik bir suçtur. Bir başka deyişle gasp suçu ile TCY. 491 ve devamı maddelerinde ifadesini bulan hırsızlık suçunun ana unsurları ortaktır. Bu yönüyle gasp suçu ile hırsızlık suçunun ortak unsurlarını şöylece sıralamak mümkündür.

a) Alınan malın taşınır olması,

b) Taşınır malın başkasına ait olması,

c) Malın rıza dışı alınarak bâkimiyet sabasına sokulması,

d) Malın faydalanmak amacıyla alınması.

Hırsızlık suçu ile ortak bu unsurların yanı sıra gasp suçunun oluşabilmesi için failin eylemleri gerçekleştirmek için cebir şiddet ve tehdit kullanması, cebir, şiddet ve tehdidin malın zilyedine veya suç yerinde bulunan bir başka şahsa yönelmiş olması ve nihayet mağdurun malı teslimine veya alınmasına karşı sessiz kalmaya mecbur bırakılması gerekmektedir.

Cebir, şiddet ve tehdit kullanılmaksızın gerçekleştirilen hırsızlık eylemleri gasp suçunu oluşturamayacağı gibi eylemde hırsızlık suçunun unsurlarından birisinin bulunmaması halinde cebir, şiddet ve tehdit kullanılmış olsa dahi eylem gasp suçunu oluşturmayacaktır. Bu durumda kullanılan cebir, şiddet ve tehdidin niteliğine göre sanık hakkında TCY. 191, 188 veya 456. maddelerin tatbiki ihtimali bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere hırsızlık suçlarında olduğu gibi gasp suçunda da malın faydalanmak özel kastıyla alınması lazımdır. Faydalanmak özel kastı gasp suçunun başka suçlardan ayırmaya yarayan temel unsurlardan birisidir. Failde alınan maldan faydalanmak değil örneğin malı bozmak, tabirip etmek, ve sair düşünceler varsa fiil gasp suçunu oluşturmayacaktır (CGK, 26.11.2002 t. ve 2002/6-271 E., 2002/404 K.)” (www.kazanci.com).

13 Madde metni ile gerekçesi arasında, Kanunun diğer birçok maddesinde olduğu üzere, uyumsuzluk bulunmaktadır. Madde metninde malın “taşınabilir” olduğuna yer verilmezken bu eksik gerekçe ile kapatılmaya çalışılmaktadır: “Madde metninde yağma suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunda da, taşınır malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Ancak, hırsızlık suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun rızasının, cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerekir” (bkz. 148 inci maddenin gerekçesi).

14 DEMİRBAŞ Timur, “Yağma Suçları”, 3. Yılında yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.243.

suçun maddi konusunun “*taşınır mal*” olmasını zorunlu kılmaktadır¹⁵. Zira taşınmaz malları bulunduğu yerden almak mümkün olamayacağı gibi, zilyetliğin devrini sonuçlayan malın teslimi olgusu da taşınmaz mallar için söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, tapunun üstlerine geçirilmesi veya mülkün sattırılarak paranın alınması gibi eylemlerde, ortada bahse konu olan taşınır niteliğindeki ya paranın kendisi ya da ekonomik bir değer ifade eden evrakın teslimi bulunmaktadır¹⁶.

Özellikle başkasının zilyetliğindeki taşınır malın alınması olgusu, hırsızlık ve yağma suçlarında ortak unsurdur. Bu sebeple hırsızlık suçunun konusu teşkil etmeyen şeyler yağma suçunun da konusunu teşkil etmez¹⁷.

15 TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-ÖNOK Murat, Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010, s.560; SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2010, s.394; KOCA Mahmut, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, S.32, Ağustos 2005, s.2801.

16 “Ş. E., B. K. ve İ. A. ’ın, yargılama sırasında cezaevinde ölen O. K. ’ın liderliğini yaptığı çıkar amaçlı suç örgütünün üyeleri oldukları; emlakçılık yapan yakınan İ. Y. ’in (...) Temmuz-Aralık/2000 tarihleri arasında ölüm tebdidiyle 4 adet arsasını sattırarak toplam 15 milyar lira aldıkları; 04/12/2000 tarihinde ölüm tebdidiyle yakınının eşine ait daireyi sattırarak 5,5 milyar lira aldıkları; Ocak/2001 ayında yakınının işyerine giderek tabanca çekip “daba 7,5 milyar lira borcun kaldı, bunu çektiğim zaman ateşlerim, bana bunu çekirtme, bu parayı ya ödersin, ya da vururum” dedikleri; 07/02/2001 günü saat 17.00 sıralarında yakınının işyerine giderek “7,5 milyar lirayı bugün akşama kadar ödeyeceksin, ödemediğin takdirde bu dükkânı kafana yıkarız” dedikleri sabit görülerek, (...) 765 sayılı TCY’nın 495/1, 522/1 (...) cezasıyla hükümlendirildikleri, hükmün Dairemizce onanarak kesinleştiği; (...) -Yağma suçunda 5237 sayılı TCY’nın 43/3. maddesi uyarınca zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı gözetilerek, her bir eylem için ayrı ayrı uygulama yapılmadan, dosya üzerinden ve tek eylemden hüküm kurulması (6.CD., 13.06.2006 t. ve 2005/15401 E., 2006/6002 K)” (www.kazanci.com). Sanıldığının aksine (aksi görüş için bkz. DEMİRBAŞ, s.244), işbu karardaki olayda bizatihi taşınmazın alınması, teslimi değil, taşınmazlardan elde edilen paranın teslimi söz konusu olduğu için, yağma suçuna taşınmaz mal konu edilmemektedir. Konu edilen taşınmazın sattırılması neticesi elde edilen paranın alınmasıdır; taşınmazın devrini sonuçlayan tapu işlemi de yaptırılmış olsaydı bile sonuç değişmez idi. Zira taşınmazın devrini temsil eden tapu kaydını gösteren belge (tapu) veya bunu sağlayan evraklar taşınır nitelikte olduğu için burada senedin yağması vardır (SOYASLAN Doğan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009, s.235; KOCA Mahmut, Yağma Cürümleri, Ankara, 2003, s.104).

17 ÖNDER, s. 343.

Hırsızlık, yağma suçunun bir unsurudur¹⁸ ve *cebiri*¹⁹ veya *tehdit*²⁰ kullanılarak hırsızlığın işlenmesi yağma suçunun oluşumuna sebebiyet vermektedir. Esasen “*yağma suçu cebir veya tehdit kullanılarak işlenen hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalıdır*”²¹. Hırsızlık suçunda fail zilyetten malı çalarak hâkimiyet alanına geçirirken, yağma suçunda fail malın teslimi konusunda yaptığı zorlama sonucu mal üzerinde hâkimiyet kurabilmektedir²². Ancak, yağma suçu bağımsız bir suç olup hırsızlık suçunun nitelikli hâli teşkil etmez. Bu sebeple de hırsızlık suçunun nitelikli hâlleri yağma suçu bakımından uygulanamaz²³. Yağma suçunda, hırsızlık suçundan farklı olarak, fail malın teslimi veya alınması konusunda cebir ve tehdit kullanır yani *yağma suçu* cebir ve tehdit kullanılarak bir malın zorla elde edilmesidir²⁴.

18 KOCA Mahmut, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, s.1479.

19 *Cebir*, mağdura fiziki yönden etki yapan her türlü zorlamadır.

20 *Tehdit*, bir kimsenin şahsen veya malen büyük bir zarara ya da tehlikeye uğratılacağı beyanıyla yapılan manevi cebirdir.

21 GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, “Yağma Cürümleri”, Adalet Dergisi, S.9-10, 1974, s.730.

22 MANZINI Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, C.9, 5. bastı, Torino, 1986, s.412.

23 ÖNDER, s.290, s.343; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.561.

24 “Ceza Yasasının 495 ve devamı maddelerinde düzenlenen yağma suçu, *cebiri-şiddet veya tehdit kullanılarak yapılan bir hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalıdır. Yağma suçunun unsurları;*

a) Eylemin gerçekleştirilmesi için *cebiri-şiddet veya tehdit* kullanılmalı ve korkutucu nitelikteki bu icbar; belli bir yoğunluğa erişmeli,

b) *Cebiri-şiddet veya tehdit*, malın zilyetine veya cürüm yerinde bulunan kişilere yönelik olmalı,

c) Mağdur, malı teslimine veya alınmasına ses çıkarmamaya mecbur bırakılmalıdır.

Yağma suçu bir kişinin malını *cebiri ve şiddet veya tehdit* kullanarak almak suretiyle oluştuğundan, unsurları itibariyle hem zilyetliğe hem de kişinin hürriyetine yönelik bir suçtur. Ancak burada kişi hürriyetine yönelen saldırı, mal aleyhine işlenen suçun gerçekleştirilmesi bakımından bir araç niteliğinde bulunduğundan, bu suç sonuç itibariyle “mal aleyhine” işlenen bir suçtur. Öğretide ve yargısal kararlarda da benimsendiği üzere, a) Malın taşınabilir olması, b) Mal sahibinin rızasının olmaması, c) Malın alınması, d) Faydalanmak cürmü kastının varlığı, gibi bususlar yönünden hırsızlık suçuna benzeyen yağma suçu, failin malı almak veya fer’i zilyedinin malın alınmasına sükut etmesini sağlamak bakımından *cebiri ve şiddet veya tehdit* kullanılarak işlenmesi itibariyle hırsızlık suçundan ayrılmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da belirtildiği üzere, hırsızlık suçunda olduğu gibi, sahibinin rızası olmadan *cebiri-şiddet ve tehdit* ile bir şeyin kullanma amacı ile alınması halinde de yağma suçu oluşmaktadır. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 14.12.1981 gün ve 345-424 sayılı kararında da aynı esas kabul edilmiştir.

Bu sebeple Kanunun 148 inci maddesinde düzenlenen *yağma suçu*, “cebir (md. 108) ve/veya tehdit (md. 106)” ve “hırsızlık suçlarının (md. 141 vd.)” bir araya gelmesinden oluşmaktadır. *Cebir* ve *tehdit*, hırsızlık suçunda ağırlatıcı sebep teşkil ederek yağma suçunu oluşturduğuna göre, yağma suçu *birleşik/mürekkep* suçtur (md. 42)²⁵.

Hırsızlık suçunda mağdur, zilyetliğinde bulunan malın alınmasına hiç rıza göstermez iken, yağma suçunda cebir ve tehdit altında verilen ve hukuken geçerli olmayan bir rıza bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile hırsızlık suçunda mağdurun hiç rızası yok iken, yağma suçunda zorla da olsa alınmış bir rıza vardır. Ancak, rızanın elde edilmesinde kullanılan cebir ve tehdidin Kanunun 148 inci maddesinde öngörülen *yağma suçunun* oluşmasına sebebiyet verecek nitelikte olması gerekir; diğer bir ifade ile failin kullandığı cebir ve tehdit malın alınmasını sağlayacak nitelikte değilse yani illiyet/nedensellik bağının kurulmasına olanak vermiyorsa fiil yağma suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturacaktır.

Hırsızlık suçunda zilyetlik korunurken, yağma suçuyla hem zilyetlik hem de kişi özgürlüğü korunmaktadır²⁶.

Konu öğretilde de ele alınmış ve yararlanmanın geçici olmasının yağma suçunun oluşmasına engel olmayıp, malın mutlaka sahip olmak amacıyla alınmasının şart olmadığı belirtilmiştir. (Prof. Dr. S. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bastı, sb. 435). Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp değerlendirildiğinde;

Sanıkların yanlarında yeterli para bulunmadığı halde, yakınının yönetimindeki ticari taksiye binip Ankara içerisinde çeşitli yerlere gittikleri, daha sonra zorlama ile taksimetreyi kapatıp, yakının, kendilerini Sincan'a götürmesi hususunda bıçakla tehdit ettikleri sabittir. Sanıklar bu eylemleri ile yakınının iradesinin dışında, ticari taksiyi karşılıksız kullanmak için teslim zorladıkları, bıçakla cebir-şiddet ve tehdit kullandıkları anlaşılmakla, yağma suçunun unsurlarının oluştuğu açıktır. Yerel Mahkemece, sanıkların herhangi taşınır bir mal talep etmediklerinden babisile dosya kapsamına uymayan gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir. Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (CGK., 13.04.2004 t. ve 2004/6/59 E., 2004/93 K.)” (www.kazanci.com).

- 25 DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 13. bası, İstanbul, s.407.
- 26 DÖNMEZER Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul, 2001, s.428; SELÇUK Sami, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986, s.26; DEMİRBAŞ, s.242; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.560. *Koca ve Selçuk*, bu suçla ayrıca vücut dokunulmazlığının da korunduğunu düşünmektedir (KOCA, s.2801; Aynı yazar, “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, s.1483; SELÇUK, s.25).

Hırsızlık suçu, taşınır malı alma, aşırma şeklinde ortaya çıkan tek bir eylemden oluşurken, yağma suçu cebir ve tehdit kullanılarak bir malın alınması veya tesliminin sağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık eylemi tamamlanmadan fiile cebir ve şiddet eklenecek olursa, fiil artık hırsızlık suçuna değil, yağma suçuna sebebiyet vereceğinden mülga 495 inci maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye yerinde olarak²⁷ 5237 sayılı TCK'da yer verilmemektedir²⁸. Fail suça konu malı ele geçirip malik gibi tasarrufta bulunma olanağına kavuştuktan sonra cebir ve tehdit gösterecek olursa, artık fiil yağma suçuna sebebiyet vermez²⁹.

Hırsızlık suçu da yağma suçu da faydalanma (*animus lucri*) kastı şeklinde ortaya çıkan özel kastla işlenebilen suç tipidir³⁰. Ancak yağma suçunda, failde, ayrıca suçun konusunu oluşturan maldan yararlanmak/faydalanmak için cebir ve tehdit etme yönündeki kastın varlığı da gerekir. Bu sebeple de suç olası kastla işlenmeye müsait değildir³¹.

27 Koca, mülga 495/2'nci maddede yer alan hükmün 5237 sayılı TCK'da yer almamasını eleştirmekte ve yazar "evin içindeki eşyayı alıp kapıdan dışarı çıktıktan sonra eşyayı yolda park edilen otomobile götürürken mal sahibi ile karşılaşan hırsız ona karşı cebir veya tehdit kullansa hangi suç oluşacaktır? tasarımlara göre yağma suçu oluşmayacaktır" demektedir (KOCA Mahmut, "Yağma Suçları", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004, s.127). Kanaatimizce, sorunun cevabı basittir; eğer fail, malı zilyedin hâkimiyet alanından çıkarıp üzerinde malik gibi tasarruf edebilecek duruma gelmeden fiili tamamlamak için cebir ve tehdit gerçekleştirecek olursa, fiil artık yağma suçunu oluşturacağından, verilen örnekte fiilin yağma suçunu oluşturmadığı görüşü yerinde değildir. Diğer bir ifade ile verilen örnekte fail, mal üzerinde tasarruf yetkisi yani malikmiş gibi davranabilme yeteneğine haiz olmadan mal sahibine karşı cebir ve tehdit gerçekleştirdiğinden ortada TCK'nın 148 inci maddesinde düzenlenen yağma suçu uyarınca cezalandırılacak bir eylem bulunmaktadır. Diğer taraftan hem TCK'nın 25/1 inci maddesinde düzenlenen *meşru savunma* hem de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi düzenlemesi (*kendi bakımını vikaye için kuvvet kullanılması*) mal sahibine malını savunma hakkı vermekte olduğundan yazarın örneğinde her zaman fiil yağma suçunu oluşturacaktır.

28 Mülga 495/2 inci maddedeki durum sadece 5237 sayılı TCK'da değil, yerinde olarak *Dönmezer Tasarımları* nda da yer almamakta idi.

29 KOCA, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s.1483.

30 SANTORO Arturo, Manuale di diritto penale, parte speciale, C.V, Torino, 1962, s.395; ANTOLISEI Francesco, Manuale di diritto penale, part. spec., C.I, Milano, 1986, s.326; MANZINI, C.9, s.430; DÖNMEZER, s.435; SOYASLAN, s.399;

31 Aksi kanaat TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.569. Ancak yazarların, bu suçun oluşumu bakımından *animus lucri/faydalanma kastı* şeklinde ortaya çıkan kastı dahi yeterli görmeyerek ayrıca failde maldan faydalanmak için cebir ve tehdit etmek yönündeki kastını da arayan görüşleri ile bu suçun olası kastla da işlenebileceğini öne süren görüşleri kendi içinde büyük bir çelişki taşımaktadır.

c) Hırsızlık Suçunun Mala Zarar Verme Suçundan Ayırımı

5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci Kısımının “*malvarlığına karşı suçlar*” başlıklı 10 uncu Bölümünde yer alan mala zarar verme suçları, Kanunun 151 inci maddesinde “*basit mala zarar verme suçu*”, 152'nci maddesinde “*mala zarar verme suçunun nitelikli hâlleri*” ve 153 üncü maddesinde de “*ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu*” olarak düzenlenmektedir. «*Mala zarar verme suçları*», «*hırsızlık suçu*» gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “*malvarlığına karşı işlenen suçlar*” bölümünde yer almakta ise de, hırsızlık suç tipinden çeşitli açılardan ayrılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “*mala zarar verme suçları*”, esasen “hırsızlık”, “yağma”, “dolandırıcılık”, “güveni kötüye kullanma” suçlarında olduğu gibi, malvarlığına ait bir değerın mağdurun tasarruf alanından çıkartılarak fail veya bir başkasına aktarılmasını, kazandırılmasını değil, mağdurun malvarlığının zarara uğratılmasını sonuçladığı için malvarlığına karşı diğer suçlardan ayrılır³². Diğer bir ifade ile “*mala zarar verme*” suçlarında faildeki amaç mağdurun malına “zarar vermek” iken, diğer malvarlığına karşı suçlarda fail açısından amaç “*yararlanma*” kasıdır³³.

Az evvel de ifade olunduğu üzere, her ne kadar *mala zarar verme suçları*, hırsızlık suçu gibi malvarlığına karşı suçlardan ise de hırsızlık suçundan çeşitli açılardan ayrılmaktadır. Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, mala zarar verme suçunda korunan hukuki yarar mağdurun mal varlığıdır.

Hırsızlık suçu ile fail, başkasının malvarlığına ait çaldığı mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunma (*uti dominus*) imkânı kazanmaktadır; mala zarar verme suçunda ise fail, mülkiyeti kendisine ait olmayan, üzerinde tasarruf imkânı bulunmadığı başkasına ait bir mal üzerinde malikin tasarruf imkânını zarara uğratmakta veya ortadan kaldırmaktadır³⁴.

32 TOROSLU s.155; ALŞAHİN M. Emin, Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2010, s.26.

33 TURABİ Selami, Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2008, s.22.

34 MANTOVANI, s.111.

Hırsızlık suçunun konusunu sadece taşınır malvarlığı oluştururken mala zarar verme suçunun konusunu hem *taşınır* hem de *taşınmaz* malvarlığı oluşturur³⁵.

Fail, ne şekilde olursa olsun mal üzerinde mülkiyeti elde ettiğinde, artık bu andan itibaren mülkiyeti kendisine geçmiş bulunan bir mal üzerinde yapacağı tasarruflar mala zarar verme suçunu oluşturmaz. Diğer bir ifade ile failin *faidalanma kastı ile* hırsızlık suçu neticesi *elde ettiği mal üzerindeki* ızzar hareketleri, mülkiyet kendisine geçtiğinden dolayı artık mala zarar verme suçunu oluşturmaz³⁶. Zira bu durumda fail, başkasına ait odunları alıp ısınmak için yakılması, başkasına ait meyveleri aldıktan sonra yenmesinde olduğu üzere³⁷ suç neticesi elde ettiği yani mülkiyetini ele geçirdiği malda tasarrufta bulunmaktadır³⁸. Ancak, failin zilyetliğini elde etmesine rağmen mülkiyetini elde edemediği mallarda, failin zarar vermeye yönelik hareketleri mala zarar verme suçunu oluşturabilir³⁹. Aynı şekilde evden hırsızlık yapmak amacıyla evin kapı, pencere gibi unsurlarına zarar verme örneğinde olduğu üzere, fail hırsızlık yapmak için mala zarar verdiği durumlarda hem *hırsızlık* hem de mala zarar verme suçundan ayrı ayrı sorumlu olur⁴⁰. Mala zarar verme suçu

35 MANTOVANI Ferrando, “Danneggiamento”, Novissima Digesta Italiano, C. V, Torino, 1960, s.112; BRICOLA Franco, “Danneggiamento”, Enciclopedia di diritto, C.XI, Milano, 1981, s.601.

36 “Hırsızlığın yapılması ile mal sahibinin mal sahibinin mülkiyeti nezedilmiş (değiştirilmiş) olacağından bal kovanlarını çalmaktan ceza verilmiş olan sanıkların bilâhare kovanları yakmalarından dolayı ayrıca 516. madde (nası ızzar suçu) ile cezalandırılmalarında isabet yoktur (7.CD., 11.03.1946 t. ve 2229 E., 3037 K.)” (karar için bkz. DÖNMEZER, s.556).

37 Örnekler için bkz. MANTOVANI, s.111.

38 MANTOVANI, s.111; DÖNMEZER, s.555. Yargıtay’ın, mülkiyet faile geçtiği için çaldığı üç adet sırtığı yakılması eylemini hırsızlık olarak nitelemesi yerindedir: “*sanık, üç adet sırtığı müşterinin avlağından ısınmak için almış olmasına göre suç hırsızlık niteliğindedir (6.CD., 06.11.1975 t. ve 4818/5015)*” (karar metni için bkz. AKDAĞ Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1976, s.863).

39 Hırsızlık suçlarında failin faidalanma kastı maddi olabileceği gibi manevi de olabilir; bu sebeple fail, malı mala zarar verme kastı ile çalacak olsa bile, hırsızlık eylemindeki maldan faidalanması mala zarar verme kastı ile elde edeceği manevi duygu olacağından artık sadece hırsızlık suçunu kabul etmek gerekir. Eğer, fail, malın mülkiyetini elde edemeyecek olur ve bu durumda mala zarar verirse, artık mala zarar verme suçu söz konusu olur. Örneğin, hırsızlık amacıyla girdiği müzede yerinden aldığı tabloyu müzeden çıkartmadan güvenlik görevlilerinin müdahalesi sonucu üzerinde tasarruf yeteneği kazanamadan kızgınlıkla zarar verecek olursa hırsızlık suçu değil, mala zarar verme suçu olur.

40 “Hükümlü Tarkan’ın, 07.04.2002 gecesi saat 20.00 sıralarında yakınının evinin sağlam ve muhkem pencere çerçevesini tornavida ile açarak içeri girip 1.438.000.000 TL değerinde ziynet eşyası çaldığı ... 765 sayılı Yasa’nın 493/1. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 5237 sayılı Yasa’nın 142/1-b maddesinde tanımlanan hırsızlık suçlarının öğelerinin farklı olduğu, hüküm-

genel kastla işlenebilen bir suç olduğu için, failin, hırsızlık yapmak amacıyla mülkiyeti kendine ait olmadığını bildiği bir mala zarar verdiğini bilerek ve isteyerek hareket ettiği durumlarda hem mala zarar verme hem de koşulları olduğu takdirde hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olması gerekir⁴¹.

Hırsızlık suçunda mal, zilyedin rızası dışında fiili egemenlik alanı dışına çıkartılır, mala zarar verme suçu ise rıza ile teslim olunan mal üzerinde de işlenebilir⁴².

Hırsızlık suçu faydalanma, o maldan yararlanma kastı/*animus lucri* şeklinde ortaya çıkan *özel kast* ile işlenebilirken, mala zarar verme suçu

lünün eyleminin 5237 sayılı Yasa'nın 142/1-b maddesine uyan hırsızlık suçunun yanı sıra, aynı Yasa'nın 116/1-4. maddesine uyan konut dokunulmazlığını bozmak ve 151/1. maddesine uyan mala zarar vermek suçlarını da oluşturduğu, 765 sayılı Yasa'da bu tür suçlarda ağırlaştırıcı neden olmayan gece kavramının 5237 sayılı Yasa'nın 143/1. maddesine göre cezayı artırım nedeni olduğu, bireyselleştirme amacına yönelik takdir hakkının nedenleri de gösterilmeden uygulama yapıp dosya üzerinden hüküm kurulmuş ise de;

5237 sayılı Yasa'ya göre hırsızlık, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozmak suçlarını oluşturan eylem nedeniyle verilecek temel cezanın ne şekilde saptanacağı belirlenmesi; hırsızlık suçunun gece sayılan zaman diliminde işlenmesi yönünden artırım oranının takdiri ve mala zarar verme suçu bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için duruşma açılarak hüküm kurulması gerekirken, dosya üzerinde inceleme yapılarak karar verilmesi (6.CD., 16.02.2006 t. ve 2005/14712 E., 2006/1249 E.) (YKD., C.33, S.4, Nisan 2007, s.806-808); "... sanık Hüseyin Y tarafından tüm zararlarının tazmin edildiği ve şirkete ait paranın ve kasaya verilen zararın ödendiğinin belirtilmesi karşısında; sanık hakkında hırsızlık ve mala zarar verme suçları nedeniyle kurulan hükümlerde 527 sayılı TCY'nin 168/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına kararda açıklanıp tartışılmaması ... (6.CD., 21.10.2010 t. ve 2009/20491 E., 2010/16312 K.)" (YKD., C.37, S.4, Nisan 2011, s.735).

- 41 Mala zarar verme suçu genel kastla işlenebilen bir suç olduğu için failin mala zarar verdiğini bilip neticeyi istemesi suçun oluşumu için yeterli olacağından Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız: "Devlet Su işlerine ait su kanalından tarlasına su alamayan sanık Ali, sırf tarlasını sulamak amaç ve kastı ile kanalın beton plakasını kırıp suyu tarlasına akıttığı, bu durumdan Devlet adına işletme ve bakım işlerini yürüten Alaşebir İşletme ve Bakım Mübendisiğinin haberi olmadığı, rızasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sanığın ızzar kastı ile hareket ettiğine ilişkin kanıt ve iddia mevcut değildir. Sanığın asıl kastı tabrip değil, su alıp faydalanmaktır. Suyun alınması ise bir nizama, şarta bağlıdır. Aksine bareket eden sanığın eylemi bütünüyle hırsızlık kastına yöneliktir. Kanalın beton plakasını kırması devlete ait suyu çalmadaki eyleminin bir bölümüdür (CGK., 08.12.1980 t. ve 1980/6-349 E., 1980/419 K.)" (YKD., C.VII, S.2, Şubat 1981, s.225).

- 42 DÖNMEZER, s.556; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.581.

*genel kast*⁴³ ile işlenebilir⁴⁴. Hırsızlık suçu *animus lucri* yani zenginleşme, faydalanma kastı şeklinde belirlenen özel kastla işlenebilen bir suç olduğundan *olası kastla* işlenebilmesi mümkün değildir, buna karşın

43 “Yasada tanımlanan mala zarar verme suçu genel kasta tabi olup, olayda, sanıkların müştekiye ait meyveli ağaçları bilerek kesmek suretiyle atılı suçu işledikleri halde yazılı düşüncelerle be-
raatlarına karar verilmesi ... (9.CD., 25.01.2006 t. ve 5881 E., 47 K.)” (karar metni için bkz. PAR-
LAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, s.1192);
“Bazı Yargıtay kararlarında, ızzar suçunun oluşması için “failin başkasının malına zarara ver-
mek amacıyla hareket etmiş olması” gerektiği kabul edilerek, bu yolda bir uygulamaya gidilmişse
de, bu görüş ve uygulama yerinde bulunmamaktadır. Şöyle ki;

*Zekâyı (bilinç-düşünme) ve iradeyi içeren bileşik yapıyla kast, her cürüm için o suç kalıbında tanımlanan, ya da belirlenen bareketle, bu harekettten sonucunu bilmek ve karar verip irade et-
mek olduğuna göre, kastın kapsam ve içeriği o suç kalıbının incelenmesinden anlaşılacak ve kuş-
kusuz suçtan suça geçişecektir.*

“Kast” kavramının yapısında bilinç ve iradedden başka öge yoktur. Bu kavram günümüzde iyiden
iyiye saydamlanmış, güdü (saik), amaç (maksat) ve erek (gaye) kavramlarından ayrılmıştır.

Bu nedenle, “başkasının malını yıkmak, yok etme, bozma ya da zarar verme” bilinç ve iradesiyle
suç işlendiğinde ızzar kastının var olduğunun kabulü gerekmektedir. Bir başka deyişle fail başka-
sının malına, yasal hakkı olmadığı halde bilerek zarar vermiş ve özgür iradesiyle bu suçu işlemiş-
se, ızzar suçunun manevi ögesi oluşacaktır.

Bundan da anlaşılacağı üzere, ızzar suçunun işlenmesi için genel kast yeterlidir. Bu konuda
Türk-Alman-İspanyol-İsviçre ve Fransız öğretisi oybirliği içindedir (ANTOLISEI, Manuale di diritto
penale, parte speciale, 1977, I, S. 331; MARSICO, delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951, S. 117;
MAJNO, Ceza Kanunu Şebri, 1971, IV, N. 2006; MANZINI, Tratto di diritto penale Italiano, 1922, N.
2735; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, 1981, n. 500; EREM, Türk Ceza Hukuku Hu-
susi Hükümler, 1968, S. 1105; VLİST, Traité de droit penal Allamagne, partie speciale, Paris 1933,
S. 23; LOGOZ, Commentaire du code penal suisse, partie cspecial, Neuchatel, 1956, S. 142; Dori-
gez Devesa, Derecho penal Espanol parte special, Madrid, 1983, S. 363; Corçon Code penal Annoto,
Paris 1952, n. 127 ve devamı; ROUSSELET-ARPAILLANOE-PATİN, Droit penal special, Paris, 1952,
n. 1265; HELİE, pratique criminelle der cours ex tribaneux, Paris 1948, n. 875; MERLE-VİTU, Trai-
te de Droit criminel, droit penal special, n. 2525; VOULİN, Droit penal special, Paris 1968, m. 108).

Bu suçun oluşması için ayrıca sanığın yıkmak, bozma amacıyla eylemde bulunması gerekme. Sa-
nığın irade ve bilinçli hareket etmesi yeterlidir.

Eylem başkasına ait olmak şartıyla bir malın durumunu iyileştirmek, bir yapının estetik olmayan
bölümünü yıkmak, mesela hapisneden kaçabilmek gibi bir nedenle çıkılacak yeri kırmak gibi
niyetlerle de yapılırsa ızzar suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Yeter ki eylem, yasada öngörülen
başka bir suçun ögesini oluşturmazın.

Açıklanan hususlar gözönünde tutulduğunda, kendi malını zarardan korumak amacıyla hare-
ket ettiği sabit olmakla birlikte; bilerek ve isteyerek, yasal hakkı olmadığı halde, müştekiye ait ki-
remitlerini kıran sanığın, bu eylemiyle “ızzar” suçunu işlediğini kabulde zorunluluk bulundu-
ğundan, C.Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile ve kısmen kabulüne karar verilmelidir (CGK.,
17.12.1984 t. ve 1984/9-198 E., 1984/436 K.)” (www.kazanci.com/09.05.2011).

44 FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo, Diritto penale, parte speciale, C. II, Delitti contro il patrimo-
nio, 5. Basti, Bologna, 2007, s.141.

mala zarar verme suçu olası kastla da işlenebilir. 765 sayılı TCK yürürlükte iken Yargıtay yerinde olarak mala zarar verme suçlarında olası kastın uygulanmasını kabul etmişse de, 5237 sayılı TCK'nın 21 inci maddenin ikinci fıkrasında *olası kast* müessesesi düzenlendiğinden artık bu tartışmanın da bir önemi kalmamış bulunmaktadır.

“*Mala zarar verme suçunda mağdurun mal varlığını azaltmakta, ancak bundan kendisinin veya başkasının yararı bulunmamaktadır*” şeklindeki görüşte⁴⁵ ise, isabet bulunmamaktadır. Zira bazen mala zarar verme suçu ile, köyde iki traktörün bulunup diğerinin çalışamaz hale getirilmesi ya da bölgedeki başka birisine ait ağaç, bağ çubuğu gibi nesnelerin zarara uğratarak ürün elde edilmesinin önüne geçilmesi veya bir koleksiyonun nadir parçasının yok edilerek başka bir koleksiyonun değer kazanması suretiyle elde edilen menfaat durumları gibi örneklerde olduğu üzere⁴⁶, fail kendisine veya başkasına bazen ekonomik bazen de manevi yarar kazandırabilir⁴⁷.

En nihayet hırsızlık suçu, suçu hafifleten haller hariç, *resen* kovuşturulurken, mala zarar verme suçunun kovuşturulması *şikâyete* tabidir⁴⁸.

45 Centel-Zafer-Çakmuf'un, “*mala zarar verme suçunda fail mağdurun mal varlığını, azaltmakta, ancak, bundan kendisinin veya başkasının yararı olmamaktadır. Oysa hırsızlıkta, mağdurun mal varlığı azalmakta ve bundan fail veya başkası yarar sağlamaktadır*” şeklindeki görüşünde isabet bulunmadığı düşünmekteyiz (CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, 2. Bası, İstanbul, 2011, s.384); zira mala zarar verme suçu ile bazen fail veya bir başkası maddi veya manevi bir yarar elde edebilir. Mala zarar verme suçu ile failin elde edemeyeceği hırsızlık suçunda olduğu üzere *uti dominus* yani malik gibi tasarruf edebilmesidir (bu konuda bkz. MANTOVANI, s.111). Yoksa bu suçta “manevi tatmin” şeklinde ortaya çıkan fayda daima vardır (MANZINI, C.9, s.575; EREM Faruk-TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2000, s.518).

46 “*Daba fazla çalışabilmek ve daha fazla kâr etmek için arkadaşının arabasını kullanılamaz hale getiren taksi sürücüsü, mala zarar verme suçunu işlemiş olur*” (örnek için bkz. TOROSLU, s.159). Bize göre, verilen örnekte mala zarar verme suçuyla birlikte ayrıca TCK'nın 117/1 inci maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlâl suçu da oluşur.

47 MANTOVANI, s.111; MANZINI, C.9, s.575; EREM -TOROSLU, s.518.

48 “*5237 sayılı TCK'nın 152/1-a maddesinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tabis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşyaya zarar verilmesi halinde uygulanabileceği, şikâyetçinin mesken olarak kullandığı lojmanın mülkiyeti kamuya ait olmakla birlikte kamu hizmetine tabis edilmiş sayılamayacağı, bu nedenle sanığın lojman pencere camını kırmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 151/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı ve takibinin şikâyete bağlı olup müştekinin 09.11.2005 tarihli oturumda şikâyetten vazgeçtiği anlaşıldığından sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi (9.CD., 28.02.2008 t. ve 2007/4802 E., 2008/1157 K.)” (YKD., C.34, S.9, Eylül 2008, s.1860-1861).*

d) Hırsızlık Suçunun Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Ayırımı

5237 sayılı TCK'nın 155 inci maddesinde “(1) *Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufla bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.* (2) *Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezasına hükmlenir*” şeklinde “*güveni kötüye kullanma suçu (inancı kötüye kullanma suçu - emniyeti suiistimal cürmü 765 s. TCK. 508. md.)*”⁴⁹ düzenlenmektedir⁵⁰. Maddenin ikinci fıkrasında ise *güveni kötüye kullanma suçunun* nitelikli hâline yer verilmektedir.

Kanunun 141 inci maddesindeki *hırsızlık suçu*, Kanunun 155 inci maddesinde düzenlenen *güveni kötüye kullanma suçu* gibi, 5237 sayılı TCK'nın 2'nci Kitabının 2'nci kısmının *mal varlığına karşı suçlar* başlıklı 10 uncu bölümde yer aldığından, bazı ortak noktalar taşımakla beraber esasen iki suç arasında birçok fark bulunmaktadır.

Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki yarar *mülkiyet* hakkıdır⁵¹. Bazı ya-

49 Anayasamızın 76'ncı maddesinde “*inancı kötüye kullanma*” suçu olarak isimlendirilen suça, 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinde, Yargıtay'ın da etkisiyle olsa gerek, *güveni kötüye kullanma suçu* ismi verilmekte ve böylece 5237 sayılı Kanun ile AY hükmü çelişmektedir. *Dönmezer'in* de haklı olarak eleştirdiği üzere (DÖNMEZER, s.501), birçok yazarca “Kanun” tabiri yerine “Yasa” kelimesinin kullanılmasında bir çekince görülmemesi örneği gibi, günümüzde Kanunlarda yer alan terimler yerine lügat karşılığındaki başka kelimeler tercih edildiğinden, AY ile Kanun arasındaki bu açık çelişki de ne yazık ki kimseyi rahatsız etmemektedir. Kullanılan terimler konusundaki duyarlılık konusunda ayrıca bkz. CARNELUTTI Francesco, Questioni sul processo penale, Bologna, 1930, s.31; KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2002, s.7 ve özellikle dipnot 9).

50 Güveni kötüye kullanma suçunun kanundaki sistematığı konusunda birçoğuna katıldığımız ağır eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010, s.348 vd.; HAFIZOĞULLARI Zeki, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları”, Prof.Dr. Firat ÖZTAN'a Armağan, C.2, Ankara, 2010, s.2761 vd..

51 DÖNMEZER, s.502; ÖNDER, s.409; TOROSLU, s.162; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s.350; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.589; BAKICI Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.I, Ankara, 2008, s.2.

zarlarca, zilyetliğin kaynağını oluşturan ve malı muhafaza etmek veya belli şekilde kullanma yükümlülüğünü içeren ilişkide yer alan güvenin ihlali olgusunun da korunduğu iddia olunmakta⁵² ise de, bu anlayış İtalya’da Zanardelli Ceza Kanunu düzenlemesi (Eski İt.CK. md.417) uyarınca geçerli olup⁵³, 1930 tarihli Rocco Ceza Kanunu ile (İt.CK.md.646)⁵⁴ terk edilmiş ve yeni hüküm ile mülkiyetin korunması esas alınmıştır⁵⁵.

TCK 141 inci maddesinde düzenlenen *hırsızlık suçunun* konusu “mal” kavramı ile 155 inci maddede düzenlenen *güveni kötüye kullanma suçunun* konusunu oluşturan “mal” kavramı aynı niteliktedir; diğer bir ifade ile hırsızlık suçunun maddi konusu ile güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusu aynıdır⁵⁶. Bu sebeple, sadece ekonomik veya mübadele değeri bulunan şeyler değil, aynı zamanda mağdur için manevi değeri bulunan şeyler de bu suçun konusunu oluşturabilir. Yine bir taşınmazın parçasını oluşturan fakat taşınmaz maldan ayrılabilen ağaç, kapı, pencere, tuğla vs. gibi şeyler de taşınabilir mal olarak kabul olduklarından⁵⁷, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluştururlar.

-
- 52 TOROSLU, s.162; DURSUN Selman, “Emniyeti Suistimal Suçu”, İÜHFİM, C. LVII, S.1-2-3, 1999, s.3 vd.; *Wessels-Hillenkamp* ise, inancı kötüye kullanma suçunu, “mülkiyeti başkasına ait olan bir malvarlığı değeri üzerinde tesis edilen gözetim yükümlülüğünün iblali dolayısıyla malikin malvarlığında zarara sebebiyet verme olarak” tanımlamaktadır (WESSELS Johannes-HILLENKAMP Thomas, “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar”, (çev. TEPE İlker), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara, 2009, s.183).
- 53 PETROCELLI Biagio, L'appropriazione indebita, Napoli, 1933, s.83 ve 133.
- 54 talyan Ceza Kanunu’nun 646’ncı maddesi: “*Her kim, kendisine veya başkasına baksız bir yarar sağlamak için, zilyedliği kendisine devredilmiş başkasına ait parayı veya taşınır malı mal edinirse, mağdurun şikâyeti üzerine, üç yıla kadar ağır hapis ve ikimilyon lirete kadar da ağır para cezası ile cezalandırılır*”.
- 55 ANTOLISEI, part. spec. C.I, s.275; FIANDACA-MUSCO, s.103. Özbek ise, bu suç ile “mülkiyet hakkının”, “zilyetliğin” ve “kişilerin sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı güven ilişkilerinin” korunulduğunu ileri sürmektedir (ÖZBEK Veli, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Ankara, 2008, s.1189).
- 56 TOROSLU, s.164.
- 57 Bazı yazarlar (bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.423; ÖZBEK, s.1190; SOYASLAN, s.433), taşınmaz mülkiyete konu ağaç, kapı, pencere vs. gibi şeylerin aslında her zaman taşınır mal niteliğinde olduklarını, taşınmaz malda yer almalarının taşınır mal olma özelliklerini kaybettirmediklerini, bu özellikleri dolayısıyla taşınmaz maldan ayrıldıklarında (bunlar esasen taşınır olduklarından) gerek hırsızlık gerekse güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturduklarını gözden kaçırmaktadır. Bu yanlış anlayışları kabul olunacak olsa idi, bu yazarlar hırsızlık suçunun taşınabilir mallar üzerinde gerçekleştiğini kabul ettiklerinden, taşınmaz mal üzerinde bulunan ağaç, kapı, pencere vs. gibi şeylerin çalınması halinde hırsızlık suçunun oluşmadığını kabul etmeleri gerekecektir.

Güveni kötüye kullanma suçu⁵⁸ ile hırsızlık suçu arasında, bu suçların konusunu oluşturan “malın” *taşınır*⁵⁹ ve *başkasına ait olmasının* gerekmesi gibi⁶⁰ önemli benzerlikler bulunmakla beraber, hırsızlık suçunda fail malın zilyedi değil iken, güveni kötüye kullanma suçunda fail, mal kendisine teslim edildiği için, suça konu mala zilyet bulunmaktadır⁶¹.

Hırsızlık suçunda mal zilyedin rızası hilafına alınmaktadır, hâlbuki güveni kötüye kullanma suçunda mal zilyedin veya malikin rızası ile faile teslim edilmektedir. Hırsızlık suçunda fail malik gibi tasarruf edebilecek şekilde zilyetliği ele geçirdiği anda suç tamamlanırken, güveni kötüye kullanma suçunda, mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunduğu veya teslim yani zilyetliğin devri olgusunun inkâr edildiği anda suç gerçekleşmektedir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçu failin mağdurla arasındaki sözleşmeye aykırı davranmaya başladığı anda gerçekleşen bir suçtur.

Ancak faille mağdur arasındaki söz konusu bu sözleşme mülkiyetin değil, zilyetliğin devrine ilişkin olmalıdır; eğer mülkiyetin devrine ilişkin ise, ne hırsızlık ne de güveni kötüye kullanma suçu oluşur⁶². Bu durumda mülkiyetin devri, eğer cebir ve tehdit gibi zor kullanılarak gerçekleştirse TCK 148 inci maddesi kapsamında *yağma*, irade kandırılmak suretiyle sağlanırsa TCK 157 inci maddesi kapsamında *dolandırıcılık* suçu sözkonusu olacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleşebilmesi için zilyetliğin devri gerekmektedir, zilyetliğin devredilmediği durumlarda güveni kötü-

58 Bazı yazarlar, hem madde gerekçesinden hem de maddede geçen *başkasına ait ... mal* deyiminin hareketle güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusunu oluşturan malı taşınmazların da oluşturabileceğini iddia etmektedir (bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.423; SOYASLAN, s.433; ÖZBEK, s.1190; ÖZBEK Veli Özer-KANBUR Nihat-DOĞAN Koray-BACAŞIZ Pınar-TEPE İlker, Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Ankara, 2010, s.673). Hemen söyleyelim ki maddede belirtilen “*zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde*” deyimi ancak taşınır mallar için sözkonusu olabilir, zira taşınır malların zilyetliği devrolunabilir, taşınmaz malların zilyetliğini devredebilmek mümkün değildir.

59 HAFIZOĞULLARI, s.2764; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s.350; TOROSLU, s.164.

60 HAFIZOĞULLARI Zeki-KURŞUN Günel, “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, İstanbul, (tarihsiz), s.151.

61 ANTOLISEI, part. spec. C.I, s.274.

62 TOROSLU, s.164; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.529.

ye kullanma değil, hırsızlık suçu söz konusu olabilir. Ceza hukuku anlamında “*zilyetlik*” kavramı, mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabilme yeteneği olduğundan, malın kontrol ve hâkimiyeti faile geçmediği müddetçe, kişi malın zilyedi değil, olsa olsa “*malı elinde bulunduran*” kabul olunur⁶³; bu sebeple zilyetliğin devri niyeti olmaksızın fiziksel olarak faile verilen bir şey üzerinde rıza hilafına tasarrufta bulunulacak olursunsa, artık *güveni kötüye kullanma suçu* değil, *hırsızlık suçu* oluşur⁶⁴. Zorunlu teslim olgusu ile diğer bir ifade ile mesleki bir faaliyetin mecbur bıraktığı teslim ile yani mesleğin zorunlu kıldığı zilyetliğin bir an için verilmesi ile mağdurun aldatılması sonucu elde edilen malın teslimi olgusundaki farkı gözden kaçırmamak gerekir. Bu konuda, Biz de *Tezcan-Erdem-Önok* gibi düşünmekte⁶⁵ ve denemek için verilen bir giyeceğin yahut deneme sürüşü için teslim edilen aracın alınması örneğinde hırsızlık suçunun oluştuğunu⁶⁶, buna karşın failin mağduru aldatarak malın teslimini sağladığı durumlarda dolandırıcılık, zilyetliği elde ettikleri mallar üzerinde tasarruf etmeye başladığı durumlarda ise, zilyetlik devredildiği için, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmekteyiz⁶⁷.

63 YAZICIOĞLU R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.5, Aralık 2007, s.339.

64 Yargıtay da bu görüştedir ve zilyetliğin devri amacı taşımayan teslimlerde suç güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçunu oluşturur demektedir: “*Sanığın, ruhsatlı olan tabancayı satın almadan önce deneme atışı yapmak amacıyla alıp geri vermemekten ibaret eyleminin, silahın zilyetliğinin devredilmemesi nedeniyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması* (11. CD., 16.12.2008 t. ve 2008/16452 E., 2008/13402 K.)”; “*Satmak üzere bulduğu müşteriye göstermek bahanesiyle katılandan kısa süreliğine aldığı otomobili iade etmeyen sanığın eyleminin, suça konu araç üzerindeki zilyetliğin devredilmemiş olması nedeniyle hırsızlık suçuna uygun bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mabkumiyetine hükümlenmesi* (11. CD., 09.02.2011 t. ve 2010/17678 E., 2011/642 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

65 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.67.

66 ÖNDER, s.411.

67 “*Olaya tarihinden 2-3 hafta önce tanışıp mağdure ile arkadaşlık kuran sanığın olay günü okul çıkışı bulunduğu adı geçen mağdureden cep telefonunu ertesi günü iade etmek üzere istediği, ertesi gün de telefonu işyerinde unuttuğundan babisle iade etmediğini anlaşılması karşısında, mağdurenin cep telefonunun zilyetliğini ertesi gün getirileceği düşüncesiyle sanığa devrettiği, sanığın aldatmaya yönelik bileli davranışlarından da söz edilemeyeceği cibetle, eyleminin “güveni kötüye kullanma” suçunu oluşturacağı, mağdurenin suç tarihinde 16 yaşından büyük olup lise öğrencisi olduğu ve mümeyyiz olmadığı yönünde iddia ve delil bulunmayıp şikâyet hakkının mağdureye ait bulunduğu nazara alınarak, sanığa yüklenen ve takibi şikâyetle bağlı olan güveni kötüye kullanmak suçundan dolayı mağdureden şikâyeti sorulup, şikâyetçi olması halinde emniyeti suisti-*

Güveni kötüye kullanma suçu ile *hırsızlık suçu*, birincisi seçimlik hareketli suç diğeri ise tek hareketli suç olduğu için de birbirinden ayrılır.

Hırsızlık suçu, icrai hareketlerle işlenebilirken güveni kötüye kullanma suçu ihmali hareketle de işlenebilen bir suçtur.

Paydaş veya elbirliği ile malik olunan bir mal üzerinde hırsızlık suçunu da güveni kötüye kullanma suçunu da işleyebilmek mümkündür; ancak bu durum hırsızlık suçunun *nitelikli hâli* (TCK md.144/1-a) sayılıp cezasında indirim sebebi kabul olunurken, bu husus güveni kötüye kullanma suçu bakımından dikkate alınmış bir olgu teşkil etmemektedir⁶⁸.

e) Hırsızlık Suçunun Dolandırıcılık Suçundan Ayrımı

“*Dolandırıcılık suçu*” 5237 sayılı TCK’nın 157’nci maddesinde, “(1) *Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmektedir.

Dolandırıcılık suçu, bugünkü anlamından önce⁶⁹ tarihsel geçmişinde uzunca bir süre hırsızlık suçu içinde değerlendirilmiş⁷⁰ bir suç şekli ol-

mal suçundan mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşerek yazılı şekilde unsurları yönünden oluşmayan “dolandırıcılık” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, BOZULMASINA (11. CD., 02.11.2010 t. ve 2010/12083 E., 2010/12149 K.)” (www.kazanci.com.tr).

68 Bu durumun AY’nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz; Anayasa’ya açık aykırı bu haksızlığın giderilmesi için diğer bir ifade ile 144/1-a maddesinde yer alan düzenlemenin *güveni kötüye kullanma suçlarını* da kapsamı için Kanunkoyucunun 5560 sayılı Kanunla (RG. 06.12.2006 t ve S.26381) 245 inci maddeye eklenen ek fıkra gibi bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

69 Roma hukukunda *fraus* (suiistimal) terimi, kanuna karşı gelmek, hükmü suiistimal etmek anlamındaydı ve *vis* (kuvvet) ve *dolus* (kast)’un karşılığı kullanılmaktaydı. Bununla kasıtlı olarak (hukuka aykırılık şuuru da denebilir) kanun hükmünün ihlâli, suiistimali ifade olunurdu (krşz. MANZINI, C.9, s.659 dn.1).

70 Roma Hukukunda dolandırıcılık suçunun, bugünkü tanımına yakın olarak *furtum* (hırsızlık suçu) kavramı içinde değerlendirildiği ifade olunmakta ise de (TAHİROĞLU Bülent, Roma Hukukunda Furtum, Doğentlik Tezi, İstanbul, 1975, s.109), ilk önceleri *fallum* (sahtecilik suçları) tabiri hile, de-sise gibi aldatıcı hareketlerin bulunduğu bütün aldatıcı hareketleri kapsayıp çok geniş bir tanımı içerdiğinden dolandırıcılığın «*stellionatus*» kavramı içinde ele alındığı gözlenir (MANZINI, C.9, 661; BRASIELLO Umberto, “Stellionatus”, Novissimo Digesta Italiano, C. XIII, Torino, 1971, s.227 vd.; ZİYA Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1975, s.198; TÜMERKAN Somay, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987, s.2; ÖNDER, s.363). Ancak, *Paulus*’un “*furtum, bir malın veya kullanımının yabut zilyetliğinin bileyle kazanç veya menfaat amacıyla elde edilmesidir*” şeklindeki tanımının hırsızlık suçunun dolandırıcılık suçunu da kapsadığını göstermektedir.

duğundan⁷¹, her iki suç birçok açıdan birbirine yaklaşırken, çeşitli noktalar uyarınca da birbirlerinden ayrılmaktadır.

Dolandırıcılık suçu da *hırsızlık suçu* gibi malvarlığına karşı suçlardan olmakla beraber, bu iki suç tipi birbirinden “suçla korunan hukuki yarar”, “suçun maddi konusu”, “suçun maddi unsuru”, “suç mağduru-
nun rızası” olmak üzere çeşitli açılardan ayrılır⁷².

Hırsızlık suçuyla korunan hukuki yarar *zilyetlik* iken, *dolandırıcılık suçu* ile öncelikle malvarlığı değerleri korunmaktadır. Ancak dolandırıcılık suçuyla hırsızlık suçunda olduğu üzere sadece malvarlığı değerleri değil, birçok yazar tarafından da savunulduğu gibi, hileli davranışlar sonucu esasen irade aldatıldığından yani mağdur aldatıldığından⁷³, dolandırıcılık suçuyla malvarlığı değerlerinin korunmasının yanında, ayrıca “*irade ve karar özgürlüğü*” de⁷⁴ korunmaktadır⁷⁵. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için iradenin aldatılması gerektiğinden, bu suç ancak gerçek kişilere karşı işlenebilir⁷⁶. Bilgisayar ve bilişim sistemlerinde irade

71 TÜMERKAN, s.2.

72 Eski dönemlerde *dolandırıcılığım*, dolaylı hırsızlık olarak yorumlandığı da bilinen bir gerçektir (MANZINI, C.9, 674; DE MARSICO Alfredo, Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951, s.141). Herhalde eski dönem yaklaşımının bir sonucu olsa gerek, *dolandırıcılık suçunu* hırsızlık suçunun özel bir şekli (bkz. YAVUZ A. Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Basit Dolandırıcılık Suçu”, CHD, Y.1, S.1, Ekim 2006, s.346), hatta “*aldatarak hırsızlık*” olarak yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır (bkz. SELÇUK Sami, Dolandırıcılık, İstanbul, 1982, no.47).

73 Üçüncü şahısların iyiniyetinin de korunduğu ifade olunmaktadır (DÖNMEZER, s.448).

74 “*Söz konusu suç tanımı ile, kişilerin sahip malvarlığı bakımının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işlenişi sırasında bileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan bareketlerle, kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlâl edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlâl edilmektedir*” (bkz. TCK 157’nci maddenin gerekçesi).

75 MANZINI, C.9, s.667; ANTOLISEI, parte spec., C.I, s.293; MAGGIORE Giuseppe, Diritto penale, parte speciale, C.II, Delitti e contravvenzioni, 2. bası, Bologna, 1961, s.1007; SELÇUK, s.7; Aynı yazar, Dolandırıcılık, no.47; TOROSLU, s.175; YAVUZ, s.348. Tezcan-Erdem-Önok ise, sadece malvarlığının korunduğuna inanmaktadır (TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.599).

76 “*Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için bileli davranışın gerçek kişiye yöneltilerek aldatılması ve bu işlemler sonucunda onun veya başkasının zararına olarak, samimin veya bir başkasının lebhine yarar sağlanması gerekli olup* (11.CD., 24.06.2009 t. ve 2009/6640 E., 2009/7968)” (www.kazanci.com).

bulunmadığından, diğer bir ifade ile bulunması mümkün olmadığından, bu sistemlere hukuka aykırı veri girmek suretiyle haksız kazanç elde edilmesi fiillerinden yani hukuka aykırı veri girilmek suretiyle bilgisayarların aldatılması eylemlerinde, bilgisayarın özgür iradesinin kandırılması söz konusu olamaz⁷⁷; bu sebeple de dolandırıcılık suçu oluşmaz⁷⁸: işte başta bu nedenle olmak üzere Yargıtay'ın 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. sayılı kararına katılabilmek mümkün değildir⁷⁹. Hemen ifade edelim ki, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesini nitelikli hal olarak belirleyen TCK'nın 158/1-f maddesi yanlış bir düzenlemedir⁸⁰.

77 YAZICIOĞLU R. Yılmaz, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Bilişim Suçlarında Önemli Sorun", Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.4, Ekim-Kasım-Aralık, 2009, s.7.

78 *Selçuk* da, dolandırıcılık suçunda mağdurun iradesini değerlendirirken "*bileli araç, ruh ve zekâsı olmayan bir makineye karşı kullanılmakta, irade ve zekâ aldatılmamaktadır*" diyerek makinelele yapay olarak insan gibi kişilik vermenin mümkün olamayacağını açıklamaktadır (SELÇUK, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, s.9).

79 Yargıtay'ın, TCK'nın 244/4 üncü maddesindeki düzenlemenin ikincil nitelikte olduğu, eyleme uyan başka bir hüküm bulunmaması halinde uygulama bulabileceği şeklindeki devamda görülen kararına katılabilmek mümkün değildir (aynı yönde bkz. YILDIZ M. Emre, "İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay'ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi", CHD., Y.5, S.14, Aralık 2010, s.145-149; BAŞBÜYÜK İsa, "Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", CHD., Y.5, S.14, Aralık 2010, s.164 ve 177-179): "*Sanık Volkan'ın; firarı Saim ile birlikte bareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş bank Ankara K. ... Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi Ş ... bank-İstanbul Z Şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCY'nin 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan "bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık" suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır (YCGK., 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K.)" (YKD., C.36, S.4, Nisan 2010, s.705-725).*

80 Eski TCK'nın 525/b-2'nci maddesinde yer alan "*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle haksız menfaat elde edilmesi suçu*", Yeni Türk Ceza Kanunundaki birçok garabet yaklaşım gibi, başta "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi olmak üzere ceza hukukunun birçok önemli prensibine aykırı olarak ele alınmış ve bunun sonucunda eski 525/b-2 maddesindeki düzenleme YTCK 244/4'de tali, ikincil bir düzenleme haline getirilmiş ve bu suretle de bilgisayarlara/bilişim sistemlerine karşı dolandırıcılık suçu işlenebilmiş gibi bir yaklaşımın doğmasına sebebiyet verilmiş bulunmaktadır. Hâlbuki Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin de çeşitli kararlarında ortaya koyduğu üzere, **dolan-**

Az evvel de ifade olunduğu üzere, *hırsızlık* ve *dolandırıcılık* suçlarının maddi konusunu malvarlığı değerleri oluşturmaktadır; ancak hırsızlık suçu taşınır mallar aleyhine işlenebilirken, dolandırıcılık suçu hırsızlık suçu gibi, sadece taşınır mallara karşı değil, aynı zamanda taşınmaz mallara ve/veya alacak hakkı gibi her türlü hakka yönelik⁸¹ olarak da iş-

dırıcılık suçu, ancak hileli davranışlarla bir kimsenin iradesinin aldatılmasıdır ve gerçek bir kimseyle karşı karşıya gelinmeden bilgisayar gibi sistemlerin kullanılması suretiyle haksız çıkar sağlandığı durumlarda bilişim sistemine girilerek haksız çıkar sağlanması suçu gerçekleşmiş olacaktır: *“Dolandırıcılık suçu; bileli davranışlarla bir kişinin aldatılıp onun veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suretiyle oluşur. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin, gerçek bir kişiye yöneltilmiş olması, onun kandırılarak çıkar sağlanması gerekir*. Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, hileli davranışlarla gerçek kişiler dolandırılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde “bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu” gerçekleşecektir. Somut olayda oluşa uygun kabule göre; Kayseri PTT Müdürlüğü Otomasyon Bölümünde bilgisayar teknisyeni olarak görev yapan sanık M.Ö.Ö. ile Kayseri’de bulunan özel bir dershanede öğretmen olan diğer sanık A.K.’nın fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2002 yılının Mayıs ve Eylül ayları arasında Sivas, İstanbul-Fatih, Beyazıt, Bağcılar, Zeytinburnu, Küçükçekmece, Sefaköy, Merter, Bayrampaşa, Aksaray, Mecidiyeköy, Avcılar ve Kağıthane, Ankara- Ulus, Kızılay, Ahmetler, Emek ve Keçiören PTT merkezlerinden kabul işlemi yapılan bir kısım para havaleleri tutarlarına, PTT on-line sistemi veri tabanına girilmek suretiyle rakam ilave edilerek ödeme merkezlerince, gerçekte havale edilen 10 veya 100 kat fazla tutarda ödeme yapılmasını sağlayarak haksız menfaat temin eden sanıkların eylemlerinin tamamen bilişim ortamında gerçekleştirilmiş olması, gerçek kişiye karşı yöneltilen her hangi bileli bir davranışın bulunmaması nedeniyle 765 sayılı TCK.nun 525/b-2 maddesindeki (5237 sayılı TCK.nun 244/4 md) bilişim suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması ...bozmayı gerektirir (11. CD., 12.10.2009 t. ve 2008/11060 E., 2009/11936 K.)”; “Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonucunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği somut olayda ise, sanığın mağdur Murat Ar’ın Yapı Kredi Bankası Çemenzar şubesindeki hesabına ait internet şifresini kırarak, 21.11.2006 tarihinde besapta bulunan 4.500 YTL’yi İskenderun’da bulunan Veli Çiftçi’den aldığı bilgisayar bedeli olarak havale etmesi, 22.11.2006 günü ise 3.700 YTL’yi İstanbul ili Beşiktaş ilçesinde bulunan Tuncay Aydoğdu’dan sipariş ettiği televizyon bedeli olarak aynı yöntemle havale etmesinden ibaret eyleminde, gerçek kişiye yönelen bileli bir hareket bulunmaması nedeniyle fiilin zincirleme şekilde 5237 Sayılı TCK.nun 244/4 maddesine uygun “bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanlışla düşülerek yazılı şekilde bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mabkumiyyetine karar verilmesi, yasaya aykırı ... bozulmasına (11. CD., 10.03.2008 t. ve 2008/362 E., 2008/1377 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

81 “Evli olan sanıkların, sanık Hayriye’nin SSK’dan emekli aylığı alan babasının 17.03.2001 tarihinde vefatından sonra yetim maaşı almak amacıyla danışıklı olarak boşanıp, birlikte aynı evde yaşamaya devam ederek 01.06.2002-10.04.2007 tarihleri arasında toplam 19.565 lira haksız çıkar sağladıklarının iddia olunması, sanıkların soruşturma sırasında sanık Hayriye’ye maaş bağlanması için boşandıklarını beyan ederek kovuşturma evresinde geri almaları karşısında, gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi bakımından boşanma dosyası getirilerek incele-

lenebilir. Bu sebeple *hırsızlık suçu*, somut, dokunulabilir yani bir şekilde maddi varlığa sahip şeylere (*quae tangi possunt*) karşı işlenebilir. Hırsızlık suçu mülkiyete yönelik işlenebilirken dolandırıcılık suçu hakka yönelik işlenir⁸².

Hırsızlık suçu ile *dolandırıcılık suçu*, mağdurun rızası yani mağdurda oluşan rıza bakımından da birbirinden ayrılır. Hırsızlık suçu mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilirken, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla sakatlamak suretiyle elde edilen mağdurun rızası vardır; ancak bu rıza hukuken geçerli bir rıza değildir. Dolandırıcılık suçunda söz konusu olan yani elde edilen rıza mağdurun aldatılması suretiyle elde edilmiş bir rızadır, diğer bir ifade ile mağdur gerçeği bilse idi kabul etmeyeceği bir rızadır. Bu rıza fail tarafından mağdurun iradesi aldatılarak elde edilmiş bir rıza olduğundan (TCK md.157) hukuken geçerli bir rıza değildir.

nip içeriği ve boşanma nedeni ile, sanıkların boşandıktan sonra aynı evde birlikte yaşamaya devam edip etmediklerinin muhtarlık, zabıta ve komşularından sorulup araştırılıp, ikametgahın bir başka yere nakledilip nakledilmediğinin tespitinden sonra, toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme sonucu " tarafların mahkeme ilamı ile boşanmalarında ve boşandıktan sonra sanık Hayriye'nin babasından kalan sigorta aylığını almasında dolandırıcılık suçunun unsuru olan hile ve aldatıcılıktan söz edilemeyeceğinden" babisle yazılı şekilde beraatlerine hükümlenmesi, bozmayı gerektirir (11. CD., 22.12.2010 t. ve 2008/1657 E., 2010/14820 K.); "Sanığın boşandığı eşi ve müdabilerin babası olan Recep'in ölümü üzerine, daha önceki tarihli olarak düzenlediği sabte "talimat mektubu"nu ... Nenebatun Şubesi'ne ibraz ederek, müşterek besaptan 3.833.685.784 lirayı çektiğinin iddia edilmesi karşısında; eylemin sübutu halinde, 29.11.1990 tarihinde yürürlüğe giren TCK.nun 3679 sayılı Yasa ile değişik 504/3. maddesinde öngörülen banka aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmasının ve davaya bakmanın Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girdiği gözetilmeden duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, ... Bozmayı gerektirmiş (6.CD., 17.12.1996 t. ve 1996/13386 E., 1996/13197 K.); " Vergi mükellefi bulunan sanığın, vergi dairesine verdiği katma değer vergisi iadesi beyannamesinde gösterdiği 213 sayılı Kanunun 230. maddesinde yazılması zorunlu bilgiler arasında yer alan müşterinin adresi, düzenleme tarihi ile genel geçerlilik koşulu olan düzenleyenin imzasını taşımayan suça konu faturanın, aynı kanunun 227. maddesinin 3. fıkrasının "bu kanuna göre kullanılan veya bu kanunun Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır" şeklindeki hükmü karşısında, bu kanun yönünden yok sayılması gerekmesine göre eylemin aynı kanunun 359/b-1 madde ve fıkrasındaki suçu ihlal etmediği, TCK.nun 504. maddesinin 7. bendi kapsamında değerlendirilmesi yapılarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden suçun nitelemesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde uygulama yapılması (11.CD., 22.11.2001 t. ve 2001/7501 E., 2001/10734 K.)" (kararlar için bkz. www.kazan-ci.com).

Dolandırıcılıkta hile, mağdurun bilse idi vermeyeceği rızasını elde etmeye yöneliktir; fail hile ile elde ettiği rızadan faydalanarak haksız çıkarı elde etmektedir. Hâlbuki hırsızlıkta, başlangıçtan beri mağdurun rızası hiçbir şekilde bulunmamaktadır.

Diğer taraftan rıza hile ile elde edildiğinden *dolandırıcılık suçunda* iradesi fesada uğratılacak bir mağdurun varlığı daima zorunludur⁸³. Bundan dolayıdır ki, *dolandırıcılık suçunda*, dolandırılabilme yani mağdur olabilme ehliyeti aranır⁸⁴. Hâlbuki *hırsızlık suçunu*, küçükklere ve akıl hastalarına karşı işleyebilmek mümkündür. Akıl hastaları ile idrak yeteneği bulunmayan küçüklerin aldanabilme yetenekleri bulunmadığından yani bunlara karşı yapılan hileler dolandırıcılık suçunun oluşumunda bir anlam ifade etmediğinden, İtalyan Yargıtay'ın da belirttiği üzere bu nevi hareketlerle maddi konunun elde edilmesi *dolandırıcılık* suçuna değil, *hırsızlık* suçuna vücut verir⁸⁵. Deneyimsizlik, acemilik, saflık ise, küçüklük veya akıl hastalığı demek değildir. Kanunun 158/1-c maddesi dolandırıcılık suçunun “*kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle*” işlenmesini nitelikli hâl olarak düzenlediğinden Türk Ceza Kanunu da mağdurun yapılan hileyi algılayabilecek düzeyde bulunmasını aramaktadır; eğer mağdur, fail tarafından başvurulmuş davranışların hileli olduğunu algılayabilecek yeteneğe dahi sahip değilse, fiil dolandırıcılık değil, yerine göre hırsızlık suçu oluşabilir⁸⁶. Bu sebeple herkes hırsızlık suçunun mağduru olabilirken herkes dolandırıcılık suçunun mağduru olamaz.

Hırsızlık suçunun maddi unsuru, başkasına ait taşınabilir bir malın bulunduğu yerden faydalanma/yararlanma amacıyla alınması iken (md. 141/1), *dolandırıcılık suçunun* maddi unsuru hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması sonucu onun veya başkasının zararına kendisine veya bir üçüncü şahsa yarar sağlanmasıdır.

Hırsızlık suçu da dolandırıcılık suçu gibi hile kullanılarak işlenebilir, bu durum Kanunumuzda, *hırsızlık suçunun, yetkisi olmadığı halde*

83 Bundan dolayıdır ki de yukarıda belirttiğimiz Yargıtay CGK'nın 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. sayılı kararı yanlıştır.

84 SELÇUK, s.10.

85 MANZINI, C.9, s. 714'te yer alan İtalyan Yargıtay'ı kararları.

86 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.601.

resmi sıfat takınarak” işlenmesinde olduğu üzere, nitelikli hal kabul edilmektedir (md. 142/2-f son cümle)⁸⁷. Ancak burada fail tarafından gerçekleştirilen hilenin, mağdurun malı kendisine vermesine ilişkin değil, malın çalınmasına yönelik olması gerekir⁸⁸.

Hırsızlık suçu ancak icrai bir hareketle işlenebilirken, *dolandırıcılık suçu* “susmak” gibi ihmal suretiyle icrai bir hareketle de işlenebilir⁸⁹; bu gibi durumlarda failin susmakla bir *bukukî görevi* ihlâl etmesi gerekmektedir⁹⁰ (StGB md.263/1)⁹¹; ancak failin susarak mağdurun zarara uğramasına sebebiyet vermesi yeterli olmaz⁹². Her iki suç da zarar suçudur; ancak, *hırsızlık suçu* neticesi harekete bitişik bir suç iken, *dolandırıcılık suçunda* netice hareketten ayrılır ve hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi arasında hem zaman hem de mekân farkı bulunabilir.

Hırsızlık suçunun tamamlanması için alınan maldan yararlanılması gerekmemektedir, mal üzerinde zilyedin tasarruf imkânının kaldırılması yeterlidir; buna karşın dolandırıcılık suçunda suçun tamamlanması için haksız yararın sağlanması gereklidir.

Dolandırıcılık suçu genel kastı değil⁹³, hırsızlık suçunun manevi un-

87 İtalyan Ceza Kanunu hırsızlık suçunun hile yapmak suretiyle işlenmesini yaptırım altına almakta ve hırsızlık suçunun işlenmesinde hilenin araç olarak kullanılmasını ağırlatıcı hal kabul etmektedir (İt.CK. md.625/2).

88 MANZINI, C.9, s.674.

89 TOROSLU, s.179.

90 MANTOVANI, s.161.

91 Alman Ceza Kanunu’nun (15 Mayıs 1871 t.li) 263 üncü maddesinde bu hususta açık hüküm bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu madde 263/1: “*Yanlış olguları gerçek gibi göstermek veya gerçek olguları tabrif etmek veya gizlemek suretiyle, bir kişiyi bataya düşürerek veya batayı sürdürerek, kendisine veya üçüncü bir şahsa hukuka aykırı bir mal varlığı çıkarı sağlamak maksadıyla, başkasının mal varlığına zarar veren kişi ... cezalandırılır*” (madde metninin tercümesi için bkz. YENİSEY Feridun-PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009).

92 DÖNMEZER, s.456.

93 Ancak doktrinde görüşlerine katılmadığımız bazı yazarlar (ANTOLISEI, part. spec., C.I, s.303; MANTOVANI, s.167; SELÇUK, s.17; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.616; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAŞIZ-TEPE, s.703) dolandırıcılık suçunun genel kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Hemen belirtelim ki, Kanunkoyucu suçun oluşması için fail tarafından gerçekleştirilen hilenin bizzat kendisi veya bir üçüncü şahıs lehine haksız bir menfaat temini için yapılmasını aradığından, diğer bir ifade ile kendisi veya bir başkası lehine haksız menfaat edinmeyi isteyen kasta sahip olması Kanun tarafından arandığından, işte bu istem *animus lucri* olarak ortaya çıkan özel kastı oluşturmaktadır. Zaten fail, faydalanma kastı ile hareket etmeyecek olursa, suç da dolandırıcılık teşkil etmeyecektir.

suru gibi *animus lucryi* (zenginleşme, faydalanma kastını)⁹⁴ içeren özel kastı gerektirir⁹⁵. Dolandırıcılık suçunda fail kendisi veya başkası lehine haksız bir menfaat sağlamak için hileli davranışları bilerek ve isteyerek kullanmalıdır.

f) Hırsızlık Suçunun Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçundan Ayrımı

Türk Ceza Kanunu'nun 160'ncı maddesi "*kaybedilmiş olması nedeniyle malikin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır*" şeklindedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 160'ncı maddesi ile gerçekte bir değil, biri "*kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf*" suçu, diğeri de "*bata sonucu ele geçmiş mal üzerinde tasarruf*" suçu olmak üzere iki ayrı suç aynı maddede düzenlenmektedir⁹⁶.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun, 769 uncu maddesi, "(1) *Kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilan etmek zorundadır. (2) Bulunan şey önemli ölçüde değerli ise, her halde kolluk kuvvetlerine veya muhtara bildirmek gerekir. (3)*

94 Hiç tartışmasız *dolandırıcılık suçu* kastı gerektiren bir suçtur. Fail, kendisi veya başkası yararına haksız bir menfaat elde etmek için hileli davranışlarda bulunduğunu bilecek ve bunu isteyecektir. İşte failin burada haksız menfaat elde etmek istemesi "*animus lucryi*/faydalanma kastı" olarak ortaya çıkan özel kast çeşididir; zira fail haksız menfaati de bilerek istemektedir. Biz de, *Manzini* gibi (MANZINI, C.9, s.769) düşünmekte ve *dolandırıcılıkta kastın*, hileli hareketlerde bulunarak bir kimsenin hataya düşürülmesi, aldatılmasını ve bu suretle de haksız olduğu bilinen bir menfaatin kendisi veya bir başkasına kazandırılması olgusunu kapsamı gerektiğine inanmaktayız. Bu da faydalanma kastı olarak ortaya çıkan özel kasttır. Aksi halde, yanlış olarak -olası kastı (md. 21/2) düzenleyen TCK sisteminde, dolandırıcılık suçunun, hiç katılmadığımız bir düşünce ile, olası kastla da işlenebileceğini kabul etmek gerekir (aksi görüş ÖNDER, s.385; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.616).

95 MANZINI, C.9, s.769; DE MARSICO, s.148; SANTORO, C.V, s.449; DÖNMEZER, s.473; TOROSLU, s.185; SOYASLAN, s.421;

96 765 sayılı TCK'nın 511 inci maddesinin 1 inci ve 2'nci bentlerinde ayrı ayrı düzenlenen biri "*kaybedilmiş eşyaya usulsüz temellük*" suçu ve diğeri de "*bata neticesi ele geçen malda mülkiyet iddia etmek*" suçu, 5237 sayılı Kanunda yer almakta olan birçok ciddi yanıştan bir diğeri olarak, Kanunun 160'ncı maddesi içinde tek bir fıkra içinde sanki ortada tek bir suçmuş gibi düzenlenmektedir.

Oturulan bir evde veya işyerinde ya da kamu hizmeti görülen yerde bir şey bulan kimse, bunu o yer sahibine veya kiracıya ya da kamu hizmeti görülen yerde denetim ve gözetim ile görevli olanlara teslim etmek zorundadır” hükmüne, taşınır mülkiyetinin kaybedilmesini düzenleyen 778 inci maddesi de “taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermez” hükmüne, 976’ncı maddesi de “fiili hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılamaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez” hükmüne haizdir.

İşte Medeni Kanun, kaybolmuş eşyanın ele geçmesini mülkiyetin kazanılması için yeterli görmemekte ve Türk Ceza Kanunu da kaybolmuş veya hata sonucu ele geçen eşya üzerinde tasarrufta bulunmayı suç haline getirmektedir. Ancak, kaybolduğu sanılan eşya malikin egemenlik alanı içinde ise, malik nerede olduğunu bilmese de bu nevi eşya kaybolmuş mal sayılmaz (4721 s. TMK md.796). Malın kaybolmuş kabul olunabilmesi için malikin denetiminden çıkmış olması ve nerede olduğunun bilinmemesi gerekir⁹⁷. Yine unutulmuş eşya da kaybolmuş eşyadan farklıdır; zira malikin aidiyet iradesi mal üzerinde devam etmektedir. Kaybolmuş eşya ise, unutulmuş eşyadan farklı olarak malik malın nerede olduğunu bilmemekte ve mal üzerinde denetim imkânı kalmamış bulunmaktadır⁹⁸. Bu sebeple kaybolmuş eşya, zilyedinin nerede olduğunu bilmediği ve egemenlik alanı dışında bulunan taşınır maldır. Hata sonucu ele geçmiş eşya ise, failin malın eline geçmesi için herhangi bir katkısının bulunmadığı ve hata ya da tesadüf sonucu elde ettiği

97 “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 10.06.1997 gün ve 132/151 sayılı kararında da açıklandığı üzere, suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 511. maddesinde öngörülen suçun oluşabilmesi için mal sahibinin, malının nere olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkanının kalmamış bulunması, en önemli unsur ise, suç işleyenin mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması gerektiği ve sahibi bilinen malın kaybolmuş mallardan sayılmayacağını da göz önüne alarak, sanığın, olay günü oyun oynadıkları kabubanede arkadaşı olan mağdur Sezgin’in düşürdüğünü bildiği, içerisinde adı geçen mağdura ait sürücü belgesi ve 180 Euro döviz bulunan cüzdandaki paraları barcadığının iddia ve kabul olunması karşısında, eyleminin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdirinin, hükümden sonra, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Yasanın 10 ve 11. maddeleri gereğince üst dereceli asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, (11.CD., 22.01.2007 t. ve 2005/7502 E., 2007/66 K.)” (Karar metni için bkz. BAKICI, s.857).

98 BAKICI, s.840.

maldır⁹⁹. Bu sebeple mağdurun malın eline geçmesinde bir katkısı var ise, artık hata ya da tesadüf sonucu ele geçmiş malda tasarruf suçu oluşamaz, bu durumda şartları oluşuyorsa dolandırıcılık suçu söz konusu olabilir¹⁰⁰.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, hırsızlık suçu gibi mal aleyhine işlenen suçlardandır. Her iki suçta da fail, eline geçen mal üzerinde malikmiş gibi tasarruf etme imkânı bulmaktadır. Hırsızlık suçunun maddi konusu olan mal, zilyedinin egemenliği altında bulunmaktadır, hâlbuki kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun konusunu oluşturan mal ise, zilyedinin tasarruf alanından yani egemenliğinden zaten çıkmış bulunan eşyadır. Hırsızlık suçunda malın mağdurun egemenlik alanından çıkmasına failin bir eylemi sebebiyet verirken, kaybolmuş veya hata sonucu

99 “Dolandırıcılık suçundan unsur olan hileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Somut olayda ise; sanığın 03.10.1997 tarihinde... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğündeki daktilo memuru olarak göreve başladığı, Emekli sandığı Genel Müdürlüğünden yetim aylığı aldığının çalıştığı kurum tarafından 11.11.1997 tarihinde yazı ile Emekli Sandığına bildirildiği halde anılan kurumun ihmali sonucu hesabına yatırılan parayı almaya devam etmek biçimindeki sanığın eyleminde dolandırıcılık suçunun unsuru olan hileli hareket bulunmadığından, fiilinin 765 sayılı TCK'nun 511 (5237 sayılı TCK'nun 160) maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi (11 CD., 24.04.2007 t. ve 2005/8949 E., 2007/2773 K.)” (BAKICI, s.860).

100 Tesadüf veya hata sonucu ele geçmiş malda malın ele geçiş biçiminde failin bir katkısının bulunmaması gerekir; eğer failin bir katkısı bulunuyorsa artık TCK'nın 160'ncı maddesindeki suç değil, katkısı mağdurun iradesini yanıltmaya yetecek oranda bir hile içeriyorsa dolandırıcılık suçu söz konusu olur. Bu sebeple Yargıtay'ın aşağıdaki kararında isabet bulunmadığı gibi, zaten fail, hileli hareketleri ile banka çalışanlarını yanıltmayı hedeflemekte ve bunu da başarmaktadır: “Sanığın bankamatik bir zarf içerisinde 200.00 TL para yatırmış gibi bankamatik kartı ile işlem yapması, banka görevlilerinin zarfı alıp kontrol ettiklerinde zarfta para bulunmadığını tespit edip bu durumu bilgisayar kayıtlarına işlerken hata ile para varmış gibi kayda geçirmeleri, hesaba para aktarılmış olduğunu gören sanığın bankamatik kartı ile bu parayı çekmesi, bir süre sonra aynı şekilde bankamatik 1.000.00 TL para yatırmış gibi işlem yapıp para çekmeye teşebbüs ettiği sırada banka görevlilerince yakalanması şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın eylemi sonucu yatırılmış gibi işlem yapılan para otomatik olarak hesaba geçmeyip banka görevlilerinin zarf içerisinde para bulunup bulunmadığını ve varsa bu para miktarının işleme uygun olup olmadığını kontrol etmeleri sonucunda paranın hesaba geçip geçmeyeceğine karar verilmesi nedeniyle bilişim ve hileli hareketlerin aldatıcı özelliğinin bulunmayıp yeterli boyuta ulaşmadığından dolandırıcılık suçlarının oluşmayacağı, kontrol görevlilerinin yanlışlıkla onay tuşuna basması ve sanığın da çok kısa bir süre içerisinde hata sonucu yatırılan parayı çekmesi eyleminin, 765 sayılı TCK'nın 511. (5237 sayılı TCK'nın 160.)maddesindeki “hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf” suçunu oluşturduğının gözetilmeden (11.CD., 16.10.2009 t. ve 2007/3773 E., 2009/12167 K.)” (bkz. YKD., C.35, S.4, Nisan 2010, s.756).

ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise malın mağdurun egemenlik alanından çıkmasında failin bir çabası bulunmamaktadır. Hırsızlık suçu zilyetliğe karşı işlenen bir suç iken, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu mülkiyete karşı işlenen bir suçtur.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuyla, hırsızlık suçunda olduğu üzere, kişilerin mülkiyet hakları dolayısıyla mağdurun zilyetliğinde bulunan maldan tasarruf edebilme olgusu korunmaktadır. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuyla korunmakta olan hak dolandırıcılık suçu gibi aynı veya alacak haklarını da kapsamına almaz ve hırsızlık suçu gibi sadece taşınır malları kapsar.

Kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail, mağdurun kim olduğunu bilmemektedir, eğer mağdurun kim olduğunu biliyorsa ortada kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu değil, şartları varsa hırsızlık suçu oluşur¹⁰¹. Mal hata sonucu ele geçmişse, fail, hırsızlık suçunda olduğu üzere mağdurun kim olduğunu bilebilir de.

Hırsızlık suçu ile kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu manevi unsur bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. Fail herhangi bir şekilde güç kullanarak¹⁰² mağdurun zilyetliğini engellememektedir, dolayısıyla da malı mağdurun tasarruf alanından çıkartıp kendi egemenlik alanına sokmamaktadır. Zira kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail malı sahibinin kaybetmiş olduğu kastını taşımaktadır¹⁰³; diğer bir ifade ile fail malın sahibinin olduğunu bilmekte

101 “Sanığın, önceden tanıdığı mağdura kamyonuyla kum taşıdığı sırada mağdurun cüzdanını araç içerisinde düşürdüğü, araçta temizlik yaptığı sırada mağdurun olduğunu bildiği cüzdanı bulup içerisindeki paraları alıp barcadığı, mağdurun cüzdanının akıbetini sorması üzerine ise görmediğini söylediğinin anlaşılması karşısında, eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, 765 sayılı TCK.nun 511. maddesinde düzenlenen kaybolmuş malda temellük etmek suçunu oluşturduğu kabul edilerek kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeni ile 765 sayılı TCK.nun 99. Maddesi gereğince düşürülmesine karar verilmesi (11.CD., 12.10.2006 t. ve 2005/159 E., 2006/8056 K.)” (BAKICI, s.856).

102 Burada ifade olunan güç terimi (*vis*) yağma suçundaki cebir, şiddet ve tehdit anlamındaki güç değil, malın ele geçirilmesi için sarf edilen enerji anlamındadır.

103 “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.6.1963 gün 33/31 sayılı kararı ile daha sonra verdiği birçok kararında açıkladığı üzere bir eylemin, TCK’nun 511. maddesinde belirtilen nitelikte bir suç olduğunun kabul edilebilmesi için, mal sahibinin, malının nerede olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkânının kalmamış bulunması ve en önemli bir koşul ve unsur olarak da, **suç işleyenin mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması lâzımdır** .

veya bilebilecek durumda olmalı ve sahibinin mülkiyet hakkının devam ettiğini ve malı terk etmediğini bilmelidir¹⁰⁴. Bu sebeple kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun manevi unsuru hırsızlık suçunun aksine genel kasttır. Kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda fail, eşyanın sahihsiz olmayıp kaybedilmiş olduğunu bilmeli ve bu durumu bilerek mal üzerinde tasarrufta bulunmayı istemelidir¹⁰⁵.

Maddi olayda ise; katılanın ineği suç tarihinden 1 gün önce kaybolmuştur. Olay günü katılanın köyü civarındaki ormana avlanmak için gelen sanıklardan S ., ağaçların arasında gördüğü bayvanı domuz zannederek av tüfeğiyle ateş edip öldürmüş, yanına gelen diğer sanık S . ile birlikte vurulanan domuz olmayıp dana olduğunu gördüklerinde verdikleri karar gereği arka bacaklarını kesip bilahare yemek üzere arabaya koymuşlar ve Çar ilçesine gitmişlerdir. İlçede sanık S., evinden satır ve masat alıp geldikten sonra, bayvanın butlarını parçalamak için uygun bir yer aradıkları sırada, durumlarından şüphelenen polisler tarafından suça konu etler ve suç aletleri ile yakalanmışlardır. Olay yeri olan Topallar mezarlığı mevkisinde yapılan aramada müştekinin bayvanından arta kalan işkembe, yarım gövde ve baş kısmı toprağa gömülü vaziyette bulunmuştur. Kesilen bayvandan arta kalan kısımlar katılana gösterilmiş, o da, bunları teşhis ederek kendi bayvanına ait olduğunu söylemiştir.

Katılanın bayvanının, köyün yakınlarındaki bir otlakta diğer hayvalarla veya tek başına bulunduğu sırada Topallar mezarlığı mevkisine yakın ormana girip vurulduktan sonra kesildiği yerin, köyün çok uzağında olmaması; malın sahibinin tasarruf alanından çıkmadığını göstermektedir. Esasen köy yaşantımızda, büyükbaz bayvanların köyün civarında zaman zaman otlamak üzere bırakıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu bayvanların bırakıldıkları yerden bir süre uzaklaşıp köyün civarındaki arazi ve ormanlara girmeleri başıboş oldukları ve sahiplerinin de bunların nerede olduğunu bilmediğini göstermez. Nitekim, yapılan arama sonucu bayvanın arta kalan kısımları gömülü olmalarına rağmen bulunmuştur. Ayrıca; sanıkların savunmalarının aksine, bayvanı kestikten sonra kalan kısımlarını toprağa gömmeleri de, kendilerinin bulunmuş ve sabıpsız malda temellük etme kastı ile değil, “suç delil ve izlerini yok ederek” sabıplı malı hırsızlamak kastı ile hareket ettiklerini ortaya koymaktadır (YCGK., 10.06.1997 t. ve 6/132 E., 151 K.)” (karar için bkz. KABAN Mater-AŞANER Halim-GÜVEN Özcan-YALVAÇ Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurumu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara, 2001, s.585-586)

104 “Suça konu köpeğin, arazide bayvan olatırken tanık Niyazi tarafından bulunarak köye getirilmesi sonrasında sanığın evine geldiği ve sanığında çocuğunun istemesi ve terk edilmiş olduğu zannıyla bu köpeği alıp beslediğinin anlaşılması karşısında yöresel koşullar dikkate alındığında suç kastının varlığından söz edilemeyeceği ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (11 CD., 17.06.2002 t. ve 2002/5328 E., 2002/5860 K.)”; “Camiye giderken 180,000,000 lira bulan sanığın bu durumu müezzine söyleyip ilan etmesini istediği, birbirini izleyen iki Cuma namazından sonra hoparlörle anons edildiği, şikayetçinin kaybettiği paranın bir milyar olduğunu söylemesi üzerine bu miktarda para bulmadığını bildirdiği, ikinci kez müracaatında ise paranın 250-300 milyon lira olduğunu söyleyerek çelişkili beyanda bulunan şikayetçiye inanmayıp bulduğu parayı fakirlere dağıtan sanıkta suç kastının bulunmadığı ve yüklenen suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması (11 CD., 31.03.2003 t. ve 2002/13449 E., 2003/806 K.) (kararlar için bkz. BAKICI, s.849).

105 “...Tutanaklarda yazılı şeylerin bulundukları yerlerden, katılan idarenin rızası bilâfına sanıklar tarafından ve faydalanmak amacıyla alındıkları sanıkların aşamalarda değişmeyen savunmaları ile dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise, fail eline geçen malın kendisine ait olmadığını, zilyetliğine geçen malın bir başkasının hatası sonucu elde ettiğini bilmeli ve başkasının malı olduğunu bilmesine rağmen mal üzerinde tasarruf ettiğini bilerek istemelidir¹⁰⁶. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, mal, faile malik veya zilyedi tarafından bir sözleşme gereği teslim olunmaktadır, hâlbuki kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunda kaybolunan malın fail tarafından herhangi bir şekilde bulunması gerekmektedir¹⁰⁷. “*Dolandırıcılık suçunda ise, unsur olan bileli hareketlerle kişinin aldatılıp, kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine bir işlemde bulunulmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığa veya başkalarının yararına baksız bir menfaatin sağlanması gerekir*”¹⁰⁸. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda ise failin malı elde etmek yani malın zilyetliğini ele geçirmek konusunda aktif bir hareketi yoktur; ya kaybolmuş bir malı bulmaktadır ya da mal zilyedinin hatası sonucu failin eline geçmektedir¹⁰⁹.

Yine suça konu şeylerin, demirbaş düşümü yapılmışsa da, maddi değere haiz olduğu ve katılan idare tarafından zorunluluk nedeniyle, sonradan götürülmek üzere, geçici olarak yol kenarlarına bırakıldığı da anlaşılmaktadır. Bunların maliki tarafından kesin olarak ve daimi suretle terk edilmiş bulunduklarından (Res derelictae) söz edilemez. Karayollarının şikâyet yolunu seçmesi ve davaya katılmasında bu kabulü doğrulamaktadır.

Kaldı ki suça konu şeylerin tür ve değerleri, sanıkların bu eşyasının terk edilmiş olup olmadığını kolaylıkla öğrenme olanağına sahip bulunmalarına rağmen bu yola başvurmayıp gizlice götürmüş olmaları müstet suç kastını taşıdıklarının diğer önemli bir kanıtını oluşturmaktadır. Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA karar verilmelidir (YCGK., 16.12.1997 t. ve 6/276 E., 308 K.)” (karar için bkz. KABAN-AŞANER-GÜVEN-YALVAÇ, s.583).

- 106 “*Sanığın, yakınan tarafından işyerinde unutulmuş çalışan durumdaki cep telefonunu faydalanmak amacıyla alıp götürdüğüünün anlaşılması karşısında; eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı biçimde bulunmuş eşyada sabiplenme iddiası niteliğinde kabul edilerek vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmıştır (6. CD., 30.05.2007 t. ve 2005/5998 E., 2007/6751 K.)” (karar için bkz. BAKICI, s.861).*

- 107 DÖNMEZER, s.530.

- 108 11. CD., 24.04.2007 t. ve 2005/8949 E., 2007/2773 K. (karar için bkz. BAKICI, s.860).

- 109 “*Müddabil idare tarafından, banka hesabına sehvén gönderilen, hak ettiğinden fazla miktarda ki parayı bilerek alıp temellük eden sanığın eyleminin TCK’nın 511/2-son maddesinde öngörülen suç oluşturduğu gözetilmeden bu suç üzerinde durulmadan eylemde emniyeti suistimal suçunun unsurlarının bulunmadığından babilse beraatine karar verilmesi (11 CD., 27.09.2001 t. ve 8658 E., 8724 K.); “Cep telefonu bayii olan şikâyetçinin bir adet cep telefonu sattığı sanığa bu telefona ait boş kutu yerine yanlışlıkla içinde aynı model telefon bulunan dolu bir telefon kutusu verdiği, durumu fark eden sanığın hata sonucu ele geçirdiği suça konu telefonu iade etmeyerek arkadaşına sattığının sanığın aşamalarındaki açık itirar, şikâyetçi ve diğer sanık Tefvîk’in beyanları ile tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında, sanığın unsurları itibarıyla oluşan hata so-*

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu, malın kaybolduğu anda veya malın hata sonucu ele geçtiği anda değil, failin bu nevi mal üzerinde tasarrufta bulunmaya başladığı anda gerçekleşir. Hırsızlık suçunda ise, suç mal mağdurun egemenlik alanından çıkıp failin mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunabilme olanağını elde ettiği anda gerçekleşir.

İki suç arasındaki diğer bir fark ise suçun kovuşturulması bakımındandır: Hırsızlık suçu resen soruşturulup kovuşturulabilen suçlardan iken, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunun kovuşturulması şikâyet tabidir (md. 160)¹¹⁰.

f) Hırsızlık Suçunun Karşılıksız Yararlanma Suçundan Ayırımı

“Karşılıksız yararlanma” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu’nun 163 üncü maddesi “(1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon batları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir.

nucu ele geçen malda mülkiyet iddia etmek suçundan mahkumiyeti yerine suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmadığından babilse beraat kararı verilmesi (11 CD., 20.03.2006 t. ve 2004/2284 E., 2006/2027 K.)”; “Müdbil idare tarafından, banka hesabına sebven gönderilen, bak ettiğinden fazla miktardaki parayı bilerek alıp temellük eden sanığın eyleminin TCK’nın 511/2-son maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden bu suç üzerinde durulmadan eylemde emniyeti suistimal suçunun unsurlarının bulunmadığından babilse beraatine karar verilmesi (11 CD., 27.09.2001 t. ve 2001/8658 E., 2001/8724 K.)” (kararlar için bkz. BAKICI, s.848 ve 854).

- 110 “Sanığın eyleminin 765 sayılı TCK. nun 511. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edildiğine göre; bu suçun kovuşturması ve yargılamasının şikâyet şartına bağlı olduğu gözetilerek karar tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 253 ve inceleme tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK.nun 223. Maddesi gereğince dava şartının gerçekleşmesini beklemek üzere fail ve fiilin öğrenilmesinden başlayacak şikâyet süresi ya da zamanaşımı süresinin sonuna kadar durma kararı verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması (7.CD., 20.10.2005 t. ve 2005/36918 E., 2005/19109 K.)”; “Sanığa yüklenen TCK.nun 511. Maddesinde yazılı takibi şikâyete bağlı olan buluntu malda mülkiyet hakkı iddia etmek suçuyla ilgili şikâyetçinin, 18.05.2004 tarihli duruşmadaki ifadesinde şikâyetinden vazgeçtiği gözetilmeden 765 Sayılı TCK.nun 99. (5237 Sayılı TCK. nun 73/4) maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi (11.CD., 19.09.2007 t. ve 2005/10841 E., 2007/5589 K.) (Kararlar için bkz. BAKICI, s.852 ve 861).

TCK'nın 163 üncü maddesindeki karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında iki ayrı ve birbirinden bağımsız eylem suç olarak düzenlenmektedir¹¹¹. Bunlar: (1) *Hizmet otomatlarından karşılıksız yararlanma suçu* (md. 163/1); (2) *Şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma suçu* (md.163/2)¹¹².

Türk Ceza Kanunu otomatlardan karşılıksız yararlanma eylemleri bakımından sadece hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanmayı suç haline getirmekte olup, mal veren otomatlardan karşılıksız yararlanma hâlini ayrı ve bağımsız bir suç olarak değerlendirmemektedir. Eğer fail, bazı yollara tevessül etmekle mal veren otomatlardan karşılığını ödemeksizin otomattaki malı elde edecek olursa, diğer şartların varlığı hâlinde hırsızlık suçu söz konusu olabilir¹¹³.

TCK'nın 163/1 inci maddesinde düzenlenen “*hizmet otomatlarından karşılıksız yararlanma suçu*” ile *hırsızlık suçu*, öncelikle suç konusu ve suçun maddi unsurları bakımından birbirinden ayrılır.

Hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun konusunu taşınabilir bir mal değil, otomatlar sayesinde faydalanılan herhangi bir hizmet oluşturur. Bununla metro, tren, otobüs, vapur gibi toplu taşıma sistemlerindeki, bedeli karşılığı uzağı veya bir noktayı gösteren dürbün, teleskop gibi manzara noktalarındaki, artık gündelik hayatın içine giren çeşitli etkinliklere bilet sağlayan kiokslardaki yahut bedeli karşılığı yararlandırılan tuvalet gibi hizmet alımlarına olanak veren otomatlar kast olunmaktadır¹¹⁴. Hırsızlık suçunun konusu ise taşınabilir bir maldır.

Diğer taraftan hırsızlık suçunun maddi unsuru almak eylemi iken, hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçunun maddi unsuru herhangi bir suretle otomatın sağladığı hizmetin karşılıksız olarak yani hizmet bedelinin ödenmeksizin elde edilmesi eylemidir.

111 Bazı yazarlar TCK'nın 163 üncü maddenin 2'nci fıkrası ile iki ayrı suçun düzenlendiğini düşünmektedir (TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.637; BAKICI, s.884)

112 Aynı yönde HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s.395.

113 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.635; BAKICI, s.884.

114 “*Maddde metninde karşılıksız yararlanma suçu tanımlanmıştır. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdabalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdabale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir*” (bkz. 163 üncü maddenin gerekçesi).

Bize göre, 163/1 inci maddedeki suç da *animus lucri / zenginleşme - faydalanma kastı* şeklinde ortaya çıkan özel kastı gerektirir. Failin, otomatın sağladığı hizmeti, bedelini ödemeksizin elde ettiğini bilmesi yetmez, aynı zamanda fail, bu eylemini zenginleşme kastı şeklinde ortaya çıkan bir kastla işlemelidir. Bu sebeple zenginleşme kastı olmaksızın, cüzdanını kaybettiği veya yeterli parası olmadığı için bir suretle otomatı yanıltarak vapur, metro, tren vs. gibi ulaşım araçlarından bedelini ödemeksizin eve dönüş seyahatini sağlayan kimse örneğinde olduğu üzere, kişi de zenginleşme kastı bulunmadığı için hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu gerçekleşmez. Bu nedenle hizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu da hırsızlık suçu gibi *animus lucri/ zenginleşme - faydalanma kastı* olarak ortaya çıkan özel kastla işlenebilen bir suç şeklidir.

Verilecek cezada indirim sebebi olarak *hırsızlık* suçunda özel bir zorunluluk hali (md. 147) düzenlenmekte iken, *bizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu* bakımından böyle bir düzenleme söz konusu olmayıp genel hukuka uygunluk halinden yararlanmak mümkündür.

Yine *hırsızlık* suçunda, fiilin gece gerçekleştirilmesi nitelikli hal iken, *bizmet veren otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu*nda gece vaktinin bir önemi bulunmaz.

Türk Ceza Kanunu'nun 163 üncü maddesinin 2'nci fıkrasında *şifreli veya şifresiz yayınlardan, yayınların zilyedinin veya sahibinin rızası bilafına yararlanmak* suç haline getirilmektedir. Böyle bir maddenin ceza kanununda yer almasındaki garabet bir yana, hükmün kaleme alınmasındaki yaklaşım da son derece hatalıdır; bundan dolayıdır ki, bazı yazarlar, belki de maddenin anlamsız gerekçesi sebebiyle¹¹⁵, hükmü

115 “Keza başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur. Başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiili, karşılıksız yararlanmanın tipik örneğini oluşturmaktadır” (bkz. 163 üncü madde gerekçesi). Bu ifadelere yer veren ve hükümde telefon veya frekanslarının hukuk dışı kullanılmasının düzenlendiğini iddia eden gerekçenin devamında, telefon hatları ile frekansları veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınların izinsiz kullanılmasını da cezalandırdığı iddia olunarak bir yerde “suçta ve cezada kanunilik” ilkesiyle alay edilmektedir: “Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon batları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayım yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suçundan söz edilemez” (bkz. 163 üncü madde gerekçesi).

“*telefon hizmetlerinden karşılıksız yararlanma suçu*” ve “*elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan karşılıksız yararlanma suçu*” diye ikiye ayırarak incelemektedir¹¹⁶. Hâlbuki madde telefon hatlarından karşılıksız yararlanmayı değil, bedeli karşılığı izlenebilecek bazı yayınlardan izinsiz, başka bir söylemle yayın bedeli ödenmesizin faydalanmasını yaptırım altına almayı amaçlamaktadır. Bugün şifreli veya şifresiz yayınlar sadece elektromanyetik dalgalarla değil, kablo TV örneğinde olduğu üzere, telefon hatları yardımı ile veya internet yahut cep telefonları örneğinde olduğu üzere telefon frekanslarından da gerçekleşmektedir. Madde ikiye ayrılarak değerlendirilecek olunursa, günümüzde yoğun olarak telefon hatları ile frekanslarından gerçekleşen yayınlar korumasız kalmakta ve sadece klasik usulde elektromanyetik dalgalarla yapılan yayınlar koruma altına alınabilmektedir¹¹⁷. Ancak burada kullanılan “*telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlar*” tabiri, yayınların yapılış şekline ilişkindir ve yayınların gerçekleşebileceği üç mecraayı kapsamaktadır. Diğer taraftan, bir an için hükmün telefon hatları ile frekanslarının karşılıksız kullanımını yaptırım altına aldığı düşünülecek olunursa, suçun telefon hattı ile frekansı sahibi veya zilyedinin rızası hilafına kullanılması halinde gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir ki, telefon kullanıcıları, telefon hatları ile frekanslarının sahibi olamayacakları aşikârdır; ancak, bunlardan faydalanan kimse olabilirler. Diğer taraftan başkasına tahsis olunmuş telefon numarasından hukuka aykırı yararlanmayı *hırsızlık suçu* olarak değerlendiren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’na¹¹⁸ aykırı bir şekilde hükmü karşılıksız yararlanma olarak de-

116 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.637; SOYASLAN, s.380; BAKICI, s.884; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s.714

117 BAKICI, s.884.

118 “*Türk Ceza Kanunu’nun 491. maddesinin 1. fıkrasında hırsızlık şöyle tarif edilmiştir: “Her kim, diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alırsa, altı aydan üç seneye kadar hapsedilir”. Bu tanım açısından içtihadı birleştirmenin konusu (taşınabilir mal), ve (bulunduğu yerden alma) kavramları yönünden özellik kazanmaktadır. Bu sözler değerlendirilirken kuşkusuz (zilyetlik) ve (mamelek) kavramlarının dikkate alınmaları zorunludur. İçtihadı birleştirmeye esas tutulan kararlarda sözü edilen olayların ortak özelliği herhangi bir kişiye ait telefon hattından saplama yapmak suretiyle hat alıp sanığın kendisine ait telefon makinası ile rıza olmaksızın konuşma sağlaması keyfiyetidir. Ceza Genel Kurulu’na intikal eden diğer bir olayda ise sanıkların kendi evlerinde kurdukları özel telefon santralleri ile Tarabya santrallerini kullanarak kaçak milletlerarası konuşmalar yapılmasını sağlamaları söz konusu*

ğerlendirmesi durumunda, bu suç için öngörülen ceza hırsızlık fiiline ilişkin ceza ile karşılaştırıldığında nefasetsizlik teşkil edecektir¹¹⁹. Zira bir bedel karşılığı seyredilebilecek bir yayının bedeli ödenmeksizin seyretilmesi ile oluşan zarar ile kullanıma bağlı olarak meydana gelen maddi, ekonomik zararın hiçbir şekilde karşılanamayacağı durumlardaki cezanın bir tutulması yanlış bir yana, hırsızlıkta 1 yıldan üç yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı ceza adli para cezasına çekilmiş olunacaktır.

Diğer taraftan “*şifreli veya şifresiz yayınlardan sabibi veya zilyedinin rızası bilafına faydalanmak suçu*”, Anayasa’da düzenlenen “*haberleşme hürriyetine* (AY md.22)”, “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine* (AY md.26)”, “*bilim ve sanat hürriyetine* (AY md.27)”, yerine göre de “*basın hürriyetine* (AY md.26/3)”, “*eğitim ve öğretim hakkına* (AY md.42/1)”, “*suç ve cezalara ilişkin esaslar* (AY md.38)” ve “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin hükümler* (AY md.13)” ile AİHS’nin

edilmiştir. Bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ablaka ve bu-
kuka aykırı sonuçlar doğurduğu tartışmasızdır. Türk Ceza Kanununun 491. maddesinin ilk fı-
rasındaki unsurlar genişletici yoruma tabi tutulduğunda yukarıda özetlenen eylemleri kapsa-
mına aldığı kabulü gerekli görülmüştür. Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin
gerisinde kalmamaz.

Görüşmeler sırasında Ceza Hukukunda kıyasen caiz olmadığı, toplumun değer yargılarına göre,
yasada açıklık olmadığı halde bir eylemin suç sayılmayacağı ileri sürülmüşse de çoğunluk olay-
da kıyas yoluna başvurulmadığı, yukarıda da açıklandığı üzere genişletici yorum yapıldığı; buna
da cezada cevaz bulunduğu; genişletici yorum yoluna başvurulurken toplumun değer yargıların-
dan yararlanılabileceği gerekçeleriyle bu görüşlere katılmamıştır.

Buradaki genişletici yorum TCK’nun 491. maddesinin kapsamı dışında kalan bir eylemi madde
kapsamına dabil etmek anlamında değil; esasen maddenin içinde mündemiç bulunan ve zama-
nın teknolojik gelişmeleri ile ekonomik değeri olan her türlü şeyin sabibinin rızası dışında kulla-
nılması eylemlerinin de TCK’nun 491. maddesinin kapsamında olduğunu açıklığa kavuşturmak-
tan ibarettir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle telefon hizmetinden çeşitli usul ve yöntemlerle saptama yapmak
suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, Türk Ceza Kanunu açısından hırsızlık fiilini oluştu-
racığına, 6.4.1990 gününde ilk görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi (YİBGK.,
06.04.1990 t. ve 1989/2 E., 1990/3 K.)” (www.kazanci.com).

- 119 Ancak çeşitli müdahalelerle başkalarının telefon numaralarından yararlanma fiillerinde Yargıtay’ın
yeni eğiliminin TCK’nın 163/2’nci maddesi kapsamında değerlendirmek şeklinde ortaya çıktığı
gözlenmektedir: “*Yakınana ait telefonu yakınının bilgisi dışında ve kabule göre de hattına sapla-
ma yaparak değişik tarihlerde kullanan sanığın eylemi, 5237 sayılı TCY’nin 163/2. maddesindeki
suçu oluşturduğunun gözetilmemesi ... Bozmayı gerektirir* (6.CD., 30.06.2009 t. ve 2008/21993 E.,
2009/10834 K.)”; “*Mağdurun onayı olmadan, telefon hattına bağlantı yaparak yararlanan sanı-
ğın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 163/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı
Yasanın 141/1. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi ... Bozmayı gerektirir* (6. CD., 28.05.2007
t. ve 2006/17827 E., 2007/6918 K.)” (kararlar için bkz. www.kazanci.com).

10 uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı olarak kaleme alındığından, Anayasa'ya da aykırı bir düzenlemedir.

163 üncü maddenin 2'nci fıkrası ile şifreli veya şifresiz yayın şeklinde gerçekleşen bir hizmetin yayın sahibinin yahut zilyedinin rızası hilafına¹²⁰ faydalanılması suçu hem suç konusu hem de suçun maddi ve manevi unsuru, yaptırım, suçun nitelikli halleri itibarıyla hırsızlık suçundan ayrılır.

Hemen belirtelim ki hırsızlık suçunun konusu mülkiyete konu taşınabilir bir mal iken, şifreli veya şifresiz yayınlardan rıza hilafına faydalanılması suçunun konusu bedeli karşılığı elde edilebilecek bir hizmettir.

Hırsızlık suçunun maddi unsuru taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması iken, 163/3 üncü maddenin maddi unsuru bir yayının elde edilmesi yani seyredilmesi, dinlenmesi, kaydedilmesi, içeriğine vakıf olunmasıdır.

Hırsızlık suçunun manevi unsuru zenginleşme kastı şeklinde ortaya çıkan özel kast iken 163/2'nci maddedeki suç failin yayın yapan kişi veya kuruluşun rızası hilafına yayından faydalandığını bilmesi ve bunu istemesinin yeterli olduğu genel kastla işlenebilir.

Hırsızlık suçu için bazı nitelikli haller öngörülmüş iken söz konusu ettiğimiz suç bakımından böyle bir durum mevzu bahis olmadığı gibi yaptırımı da hem seçenek cezayı içermekte hem de hırsızlık suçuna oranla daha hafiftir.

120 Genelde burada kast olunan rıza hizmet bedeli için tespit edilen ekonomik meblağın ödenmemesi anlamı taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ Selami**; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1976.
- ALŞAHİN M. Emin**; Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2010.
- ANTOLISEI Francesco**; Manuale di diritto penale, parte generale, 10. bası, Milano, 1987.
- ANTOLISEI Francesco**; Manuale di diritto penale, parte speciale, C.I, Milano, 1986.
- BAKICI Sedat**; Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C.1, Ankara, 2008.
- BAŞBÜYÜK İsa**; “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.5, S.14, Aralık 2010.
- BETTIOL Giuseppe-MANTOVANI Luciano Pettoello**; Diritto Penale, 12. bası, Padova.
- BRASIELLO Umberto**; “Stellionatus”, Novissimo Digesta Italiano, C. XIII, Torino, 1971.
- BRICOLA Franco**; “Danneggiamento”, Enciclopedia di diritto, C.XI, Milano, 1981.
- CARMONA Angelo**; Il fine di profitto nel delitto di furto, Milano, 1983.
- CARNELUTTI Francesco**; Questioni sul processo penale, Bologna, 1930.
- CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT Özlem**; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, 2. Bası, İstanbul, 2011.
- DE MARSICO Alfredo**; Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951.
- DEMİRBAŞ Timur**; “Yağma Suçları”, 3. Yılında yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009.
- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. bası, İstanbul, 1994.
- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 10. bası, İstanbul, 1994.

- DÖNMEZER Sulhi**; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bası, İstanbul, 2001.
- DURSUN Selman**; “Emniyeti Suistimal Suçu”, İÜHFM, C. LVII, S.1-2-3, 1999.
- EREM Faruk-TOROSLU Nevzat**; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara, 2000.
- FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo**; Diritto penale, parte speciale, C. II, Delitti contro il patrimonio, 5. Bası, Bologna, 2007.
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat**; “Yağma Cürümleri”, Adalet Dergisi, S.9-10, 1974.
- HAFIZOĞULARI Zeki**; “Güveni Kötüye Kullanma Suçları”, Prof.Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C.2, Ankara, 2010.
- HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010.
- HAFIZOĞULLARI Zeki-KURŞUN Günel**; “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Prof.Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, İstanbul.
- KABAN Mater-AŞANER Halim-GÜVEN Özcan-YALVAÇ Gürsel**; Yargıtay Ceza Genel Kurumu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara, 2001.
- KOCA Mahmut**; “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayırımı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002.
- KOCA Mahmut**; Yağma Cürümleri, Ankara, 2003.
- KOCA Mahmut**; “Yağma Suçları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar 2004.
- KOCA Mahmut**; “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, S.32, Ağustos 2005.
- KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun**; Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. bası, İstanbul, 2002.
- MAGGIORE Giuseppe**; Diritto penale, C.II, Bologna, 1948.
- MAGGIORE Giuseppe**; Diritto penale, parte speciale, C.II, delitti e contravvenzioni, 2. bası, Bologna, 1961.
- MANTOVANI Ferrando**; Diritto Penale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 1989.
- MANTOVANI Ferrando**; “Danneggiamento”, Novissima Digesta Italiano, C.V, Torino, 1960.

- MANZINI Vincenzo**; Le varie specie del furto nella storia e nella sociologia, Torino, 1912.
- MANZINI Vincenzo**; Trattato di diritto penale italiano, C.I, 5. bası, Torino, 1985.
- MANZINI Vincenzo**; Trattato di diritto penale italiano, C.9, 5. bası, Torino, 1986.
- ÖNDER Ayhan**; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.
- ÖZBEK Veli**; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Ankara, 2008.
- ÖZBEK Veli Özer-KANBUR Nihat-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar-TEPE İlker**; Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Ankara, 2010.
- PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer**; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007.
- PETROCELLI Biagio**; L'appropriazione indebita, Napoli, 1933.
- SANTORO Arturo**; Manuale di diritto penale, parte speciale, C.V, Torino, 1962.
- SCARDACCIONE Gilda**; “I reati contro la proprietà: Il furto”, Il cambiamento delle forme di criminalità e di devianza, Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense, C.10, Milano, 1988.
- SELÇUK Sami**; Dolandırıcılık, İstanbul, 1982.
- SELÇUK Sami**; Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara, 1986.
- SOYASLAN Doğan**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2005
- SOYASLAN Doğan**; “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara, 2009.
- TAHİROĞLU Bülent**; Roma Hukukunda Furtum, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1975.
- TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-ÖNOK Murat**; Ceza Özel Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2010
- TOROSLU Nevzat**; Ceza Hukuku, Özel Kısım, 4. bası, Ankara, 2009.
- TURABİ Selami**; Mala Zarar Verme Suçları, Ankara, 2008.
- TÜMERKAN Somay**; Dolandırıcılık Suçu, İstanbul, 1987.

YAVUZ A. Hakan; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Basit Dolandırıcılık Suçu”, CHD., Y.1, S.1, Ekim 2006.

YAZICIOĞLU R. Yılmaz; “Hırsızlık Suçunun Tarihi Üzerine Bir Araştırma”, Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2011.

YAZICIOĞLU R. Yılmaz; “Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S.5, Aralık 2007.

YAZICIOĞLU R. Yılmaz; “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Bilişim Suçlarında Önemli Sorun”, Suç ve Ceza, Crimen e Poena, S.4, Ekim-Kasım-Aralık, 2009.

YENİSEY Feridun-PLAGEMANN Gottfried; Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.

YILDIZ M. Emre; “İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay’ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi”, CHD., Y.5, S.14, Aralık 2010.

ZİYA Umur; Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1975.

WESSELS Johannes-HILLENKAMP Thomas; “İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar”, (çev. TEPE İlker), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara, 2009.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YAKLAŞIMI

(Hakemli Makale)

Ar. Gör. Can Çelik*

Özet

Bu çalışmada öncelikle ifade özgürlüğünün Türk Hukuku'ndaki yerine değinilmiştir. Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlandırma usulü, bu hakkı kullanan kişilerin görev ve sorumlulukları ile devletin bu hakkın kullanılmasını sağlaması için haiz olduğu pozitif yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmanın son bölümünde ulusal güvenli, toprak bütünlüğü ve şiddet çağrısı, basın özgürlüğü ve siyasetçilerin eleştirilmesi, ticari beyanat ve reklamlar, bilimsel ve akademik yayınlar, kitap ve sanat eserleri konularında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne yaklaşımı örnek kararlar çerçevesinde analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İfade Özgürlüğü, Takdir Yetkisi, Görev ve Sorumluluk, Drittwirkung, Pozitif Yükümlülük, Şiddet Çağrısı, Basının Bekçilik Etme Rolü

Abstract

In the first part of this study, the status of freedom of expression in Turkish Legal System is mentioned firstly. In the second part, scope and restriction procedure of freedom of expression, , duties and responsibilities of the persons, , and also positive obligation of the state, are examined with the framework of the decisions of European Court of Human Rights. In the last part of the study, the approach of the European Court of Human Rights to the freedom is analyzed under the the topics of national security, territorial integrity and the incitement to violence, commercial announcements and advertisements, academic and scientific texts, book and artistic work.

Keywords

European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Freedom of Expression, Margin of Appreciation, Duties and Responsibilities, Drittwirkung, Positive Obligation, Incitement to Violence, Watchdog Role of the Press

* İstanbul Kültür Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Araştırma Görevlisi - Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

Giriş

“Düşünen, sosyal ve duygusal bir varlık olan insan, doğası gereği diğer insanlarla iletişimde bulunmak durumundadır. Fikirlerinin ve taleplerinin diğer insanlara aktarılması insan için vazgeçilemez bir ihtiyadır. Bu yüzden ifade özgürlüğü, en temel insani ihtiyaçlardan biri, insan baysiyetinin dışavurumudur. Temel bir hak olan ifade özgürlüğü, aynı zamanda demokratik bir devlet düzeninin işlerliği açısından temellendirici bir anlama sahiptir. İfade özgürlüğü, farklı fikirler arasındaki rekabete imkan tanıdığı için demokratik devlet yapısı için yapıcı bir özellik taşır. Bu da demokrasiyi olanaklı kılan ve yaşatan bir öğedir. Temel bir hak olarak ifade özgürlüğü iki farklı amaca hizmet eder. Birincisi, insanın kendisini zihinsel ve iletişimsel olarak ifade etmesi, ikincisi de bireylerin demokratik gelişmelerine katkıda bulunduğundan siyasal etkinlik haklarından biri sayılır. İfade özgürlüğü aynı zamanda yeni ve farklı fikirlerin yaratılmasına olanak sağlar. Farklı fikirlerin mevcut olması ve bunların tartışılması, bireylere fikirler arasında seçim yapma imkanını sunar.¹ Ancak, ifade özgürlüğünün mevcudiyeti halinde bireyler kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu sınayabilirler.² İfade Özgürlüğü uluslararası veya bölgesel ölçekte birçok belgede tanınmaktadır. Mesela; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 19. madde³, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 19. madde⁴, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 10. madde⁵.⁶

1. Türk Hukuku'nda İfade Özgürlüğü

A. Özel Hukuk Perspektifinde İfade Özgürlüğü

İfade Özgürlüğü Türk Özel Hukuku'nda özellikli olarak düzenlenmemiş, bütün hak ve özgürlükleri kapsayacak şekilde kişiliğin korunması ve kişilik haklarının zedelenmesi şeklinde düzenlenmektedir.

- 1 NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku'nda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 63 – 64, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009, s. 213.
- 2 ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Basımevi, Ankara, 1995, s. 220.
- 3 http://isay.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/gib/iheb.pdf (Son erişim tarihi 16.11.2011).
- 4 <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Son erişim tarihi 16.11.2011).
- 5 <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=9218> (Son erişim tarihi 16.11.2011).
- 6 ÇELİK, Can, Terörizm ve İfade Özgürlüğü, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2010, Cilt 2, İstanbul, 2010, s. 1609.

Medeni Kanun'da "Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı Kişiliğin Korunması" başlığı altında 23. maddede kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün olduğu fakat biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemeyeceği, bu sebeple maddî ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı ifade edilmiştir.

Kişilik haklarına saldırı olması halinde prensip 24. maddede, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. 25. maddede de hakka saldırı olması halinde, davacının, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacının bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceğini ayrıca davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkının saklı olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, manevi tazminat isteminin, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemeyeceği ve miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmeyeceği belirtilmiştir. Bunlarla beraber davacı için kolaylık getirilerek kişilik haklarının korunması için davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilmesi yanı sıra kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabileceği ifade edilmiştir.

Kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi zarara uğrayan kişinin manevi tazminat davası açabileceği, hakimin, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimini kararlaştırabileceği veya bu tazminata ekleyebileceği; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebileceği ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebileceği Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenmiştir. Hakimin, manevi tazminatın miktarını belirler-

ken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacağı belirtilmiştir. 01.07.2012'de yürürlüğe girecek olan Yeni Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde de aynı düzenleme vardır. Ancak eski kanunun haksızlık yaratan *“tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacağı”* şeklindeki düzenlemesi yeni kanunda yer almamaktadır.

B. Kamu Hukuku Perspektifinde İfade Özgürlüğü

1. Anayasa Hukuku'nda İfade Özgürlüğü

İfade Özgürlüğü, Türk Anayasa Hukuku'nda Anayasa'nın ikinci bölümünde yer alan “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlığı altında 26. maddede, “Bilim ve Sanat Hürriyeti” başlığı altında 27. maddede, “Basın Hürriyeti” başlığı altında 28. maddede, “Sürelili ve Süresiz Yayın Hakkı” başlığı altında 29. maddede, “Basın Araçlarının Korunması” başlığı altında 30. maddede, “Kamu Tüzelkişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı” başlığı altında 31. maddede ve “Cevap ve Düzeltme Hakkı” başlığı altında 32. maddede düzenlenmiştir.

Kısaca ifade edecek olursak Anayasa'nın 26. maddesinde, herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu hakkın resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı belirtilmiştir. Bununla beraber bu hakkın radyo, televizyon, sinema vb. yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel olmayacağı ve haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümlerin bu hakkın sınırlandırılması anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında *“millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yabut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi”* özel sınırlama sebepleri olarak gösterilmiş ve bu hakkın kullanılmasını ilişkin şekil şart ve usullerin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

27. maddede herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu, ancak yayma hakkının Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacağı ve bu hakkın yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel olmayacağı belirtilmiştir.

28. madde oldukça uzun bir maddedir; basın özgürlüğü kısaca tanımlanarak ardında oldukça ayrıntılı şekilde nasıl sınırlandırılacağı anlatılmıştır. Öncelikle basının hür olduğu, sansür edilemeyeceği, basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı ve devletin, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Ardından bu hürriyeti sınırlandırmada 26 ve 27. maddelerdeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Daha sonra; *“Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenlerin”* bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ardından, dağıtımın *“tedbir yolu ile hakim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle”* önlenebileceği, dağıtımı önleyen yetkili makamın, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildireceği, yetkili hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararının hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrafta hangi olaylara yayım yasağı konamayacağı; *“yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz”* şeklinde belirtilmiştir.

Altıncı fıkrafta süreli veya süresiz yayınların, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hakim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabileceği, toplatma ka-

rarı veren yetkili merciin, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildireceği, hakim de bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararının hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir.

Ardından süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanacağı, Türkiye’de yayımlanan süreli yayınların, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkum olmaları halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabileceği belirtilmiştir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasak olduğu ve bunların da hakim kararıyla toplatılabileceği belirtilmiştir.

29. maddede süreli veya süresiz yayın önceden izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamayacağı, süreli yayın çıkarabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesinin yeterli olduğu, ancak bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, yayının durdurulması için mahkemeye başvuracağı, süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esasların kanunla düzenleneceği ve kanunun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırmacı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koymayacağı belirtilerek süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve olanaklarından eşitlik esasına göre yararlanacağı ifade edilerek süreli ve süresiz yayın hakkı düzenlenmiştir.

30. maddede, kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamayacağı belirtilerek basın araçları koruma altına alınmıştır.

31. maddede, kişilerin ve siyasi partilerin, kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahip olduğu, bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenleneceği belirtilerek, bu kanunun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamayacağı şeklinde hangi hallerde bu özgürlüğün kısıtlanacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, 32. maddede düzeltme ve cevap hakkının, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınacağı ve kanunla düzenleneceği, düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verileceği düzenlenmiştir.

ii. Diğer Kamu Hukuku Dallarında İfade Özgürlüğü

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2098 sayılı Dernekler Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurumu Kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 sayılı Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunu, 5680 sayılı Basın Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu gibi kanunlar demokrasiyi olduğu kadar, doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde bilgi edinme, tek başına veya başkalarıyla birlikte bu bilgileri açıklayabilme, savunabilme ve yayabilme özgürlüklerini de sınırlandırıcı hükümleri içermektedir.⁷

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesi ile Eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve ifade özgürlüğünü" sınırlandıran 140 (Yurtdışında devletin iç işleyişiyle veya özel konuları ilgili asılsız, abartılı haber nakletmek), 141 (Devletin anayasal teşkilatına ve ulusal hassasiyete muhalif ve zayıflatmaya yönelik örgüt kurmak), 142 (141'deki suçun propagandasını yapmak) ve 163. (dini duyguları kullanarak halkı devletin emniyetini suiistimale teşvik etmek) maddelerini ve düşüncenin ifade ediliş biçimini sınırlayan 3932 sayılı *"Türkçeden Başka Dillerde Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanunu"* yürürlükten kaldırarak, ifade özgürlüğü önündeki engellerin giderilmesi konusunda önemli bir mesafe alınmasını sağlamıştır. Her ne kadar Eski TCK'daki bu hükümler "Ulusal Değerleri, Devlet Teşkilatını ve Emniyeti" korumaya yönelik de olsa pratikte bu amaçları haiz olmayan sol veya dini grupları sindirmeye yönelik olarak "düşünce suçu" olarak da kullanılmıştır. TMK'nın genel gerekçesinde söz konusu maddelerin uygulamada *"düşünceyi ifade hürriyeti ve düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı"* hale geldiği belir-

7 TOKBAŞ, Hakan, Düşünce Açıklaması (İfade Hürriyeti), Prizma Hukuk ve Danışmanlık Hukuki Metinleri, s. 7.

<http://www.prizmahukuk.com/HukukiMetinler.html> (Son erişim tarihi 18.12.2011).

tildikten sonra bu kısıtlamaları kaldırarak “bunların yerine kaim olmak ve fakat şiddeti vasıta kılmayan düşüncüyü ifade hürriyeti ile bu düşünceler etrafında örgütlenme hürriyetini koruyan düzenlemeler yapılmakta olduğu açıklanmıştır.⁸ Şu halde yasakoyucunun da amacı kuşku götürmez bir şekilde şiddet içermeyen (TMK 8 hariç – devletin bölünmezliği aleyhine propaganda) düşünce ve örgütlenmenin mümkün kılınmasıdır. Komünist, anarşist, cumhuriyet ve demokrasi karşıtı, ırk temelli, ulusal duyguları zayıflatıcı sayılan düşünceler ile (Eski TCK 142), antilaik düşüncelerin propagandası (Eski TCK 163) ya da övülmesi artık suç değildir. Bu tür siyasal görüş ve ideolojilerle ilgili “düşünce suçları” kalkmıştır. Yurtdışındaki basın ve yayın faaliyetlerini tehdit altında tutmuş bulunan Eski TCK 140 hükmünün kalkmış olması da unutulmaması gereken başka bir olumluluktur.⁹

Türk Ceza Kanunu’nun “*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamayı*” cezalandıran 301. maddesinde, “*suçu ve suçluyu övmek, halkı kin veya düşmanlığa tabrik veya aşağılama, halkı kanunlara uymamaya tabrik etmeyi*” cezalandıran 215, 216 ve 217. maddelerinde yer alan hükümler de ifade özgürlüğünü sınırlandıracak esnekliktedirler veya en azından çoğu kez bu şekilde yorumlanıp uygulanmaktadırlar.¹⁰

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İfade Özgürlüğü

AIHS Madde 10

İfade özgürlüğü

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.

8 TBMM Terörle Mücadele Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/802), 08.04.1991, s. 3, S sayısı 554 (TBMM Tutanak Dergisi, c. 59, Birleşim 106’ya ek).

9 TANÖR, Bülent, Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni Yıl 10, Sayı 1-2, 1990, s. 170.

10 TOKBAŞ, a.g.e., s. 7.

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.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) önsözünde ifade edilen gerçek siyasal demokrasi ve insan haklarına saygı şartlarında, ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz, ayrıca, AİHS'ten kaynaklanan diğer hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Bağımsız ve tarafsız mahkemelerin koruması altında olan geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne özgür bir ülkeden, ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu, yadsınamayacak bir genel yaklaşımdır.¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bölgesel bir örgüt olan Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş olan uluslararası bir mahkemedir. Mahkeme, AİHS ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların ihlal edilmesi durumunda bireylerin, grupların, tüzel kişiliklerin ve diğer devletlerin başvurabileceği bir yargı makamıdır.¹² AİHS, AİHM tarafından insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olarak tanımlanmıştır¹³ ve tipik bir uluslararası anlaşmadan farklı olarak kendine özgü (sui generis) özellikleri haizdir.¹⁴ AİHM, içtihatları ile AİHS'i yaşayan bir sözleşme olarak ayakta tutmaktadır. Bu açıdan 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırını anlamak için AİHM içtihadı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

11 FROWEIN, Jochen Abr., Freedom of Expression under the European Convention of Human Rights, in Monitor/Inf (97) 3, Council of Europe'dan aktaran MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 6.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C3804E16-817B-46D5-A51F-0AC1A8E0FB8D/0/DG2ENHRHAND022004.pdf> (Son erişim tarihi 16.11.2011).

12 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Tarihçe, örgütlenme ve yargılama usulü). <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/315.htm> (Son erişim tarihi 16.11.2011).

13 Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), 15318/89, 23.03.1995, para. 75.

14 AYDIN, Ömür, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Politik İfade Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda Ulusal Takdir Payının Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 71 - 72, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009, s.159.

A. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

AIHM'in *Lingens Avusturya'ya karşı* davasında belirttiği üzere ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir. Bu, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur.¹⁵ Ayrıca Mahkeme'nin *Handyside Birleşik Krallık'a karşı* davasında vurguladığı üzere ifade özgürlüğü; 10. madde-nin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devleti veya toplumun bir bölümü için kısıtıcı olan, şok edici ya da rahatsızlık veren haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olamaz.¹⁶ AIHM'in bu kadar büyük önem verdiği ifade özgürlüğü, bu başlık altında ifade özgürlüğünün içeriği, bilgi edinme, kanaat oluşturma ve bilgi ve düşünceleri açıklama, sessiz kalma hakkı, Drittwirkung doktrini ve devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmiştir.

i. İfade Özgürlüğünün İçeriği

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi (AIHM), 1 Kasım 1998 tarihinde yeniden yapılanmıştır.¹⁷ İfade özgürlüğü alanında verdiği ilk karar ile bu özgürlüğe verdiği önemi sembolik olarak belirtmiştir.¹⁸ AIHM uygulamasında ifade özgürlüğü, bir olayın yorumlanması ve düşüncelerin ifadesi yanında, sanatsal ya da bilimsel faaliyetleri, basın özgürlüğünü de kapsamına almakta ve düşüncelerin, herhangi bir yolla (basın, radyo, televizyon, sinema, fotoğraf, kitap vs) kamuoyuna aktarılabilmesini içermektedir. Başka bir deyişle aktarılan düşüncenin içeriği siyasi, kültürel, ekonomik, ticari, sanatsal olabilir. Böylelikle Mahkeme, 10.maddenin koruma alanını, okul kitaplarına¹⁹, akademik yazı ve araştırmalara²⁰, tica-

15 Lingens v. Austira, 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

16 Handyside v. The UK, 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

17 Protocol 11 and the New European Court of Human Rights.
<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp98/rp98-109.pdf> (Son erişim tarihi 16.11.2011).

18 Fressoz & Roire v. France, 29183/95, 21.01.1999, para. 56.

19 Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001, para. 250.

20 Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, 25.08.1998, para. 50.

ri beyanata²¹, tıbbi veya hukuki meslekler alanındaki reklamlara²², uydu ve kablolu yayın aracılığı ile gerçekleştirilen program yayınlarına²³ kadar genişletmiştir.²⁴

iii. Bilgi Edinme, Kanaat Oluşturma, Bilgi ve Düşünceleri Açığa Vurma

AİHS'in 10.maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün iki aşaması bulunmaktadır: Birincisi kanaat oluşturma, bu kapsamda bilgi edinebilme, bilgilere ulaşabilme, ikincisi de bunları her türlü araçla açıklayabilme ve yayabilme özgürlüğüdür. O zaman ifade özgürlüğü, bir yandan kişinin iç dünyasında özgürce kanaat oluşturabilmesini öte yandan özgürce oluşturabileceği bu kanaat ve düşüncelerini dışa vurabilmeyi, açıklayabilmeyi, yayabilmeyi içerir. Böylelikle ifade özgürlüğü, serbestçe oluşturulan kanaat ve düşüncelerin açığa vurulması suretiyle serbest bir tartışma ortamı yaratılmasına ve kamuoyu oluşturulmasına olanak sağlamaktadır.²⁵

iv. Sessiz Kalma Hakkı

İfade özgürlüğü aynı zamanda sessiz kalma hakkını da kapsamaktadır. Young, *James and Webster İngiltere'ye karşı* davasında Komisyon ve Mahkeme işçi sendikasına zorunlu üyelik ve 10. madde arasında bir bağlantı kurmuştur. Zorunlu üyeliğin sonucu olarak söz konusu işçi, sendika tarafından açıklanan bir görüş ile aynı fikirde olmama özgürlüğünü haiz olamamaktadır.²⁶ Komisyon *K. Avusturya'ya karşı* kararında delil sunmayı reddeden bir şüphelinin de 10. maddeden dolayı başvurusunu kabul ederek aynı yaklaşımı sergilemiştir. Başvurucunun iradesi-

21 Markt Intern v. Germany, 10572/83, 20.11.1989, para. 37.

22 Colman v. The UK, 16632/90, 28.06.1993, para. 11.

23 Groppera v. Switzerland, 10890/84, 28.03.1990, para. 61.

24 KOCASAKAL, a.g.e., s. 29.

25 KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, E. Eylem, MEMİŞ, Pınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003, s. 28.

26 Report of 14 December 1979, para. 175; judgment of 13 August 1981, para. 57 referred by VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZWAAK, Leo, Theory and Practice of European Convention on Human Rights, Intersentia Publishers, 4th Edition, Antwerpen – Oxford, Oct. 2006, p. 783.

ne aykırı olarak onu ifade vermeye zorlamanın ifade özgürlüğünün negatif görünümü olan sessiz kalma hakkına müdahale oluşturacağı belirtilmiştir.²⁷

v. Drittwirkung Doktrini ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

İfade özgürlüğü negatif statülü bir haktır. Negatif hakların kullanılması için devletin müdahale etmemesi yeterlidir. AİHS, bireyi kamu otoritesine karşı korumaktadır. Kural olarak devlet tarafından ihlal edilmeyen AİHS tarafından korunan bir hak için AİHM'e dava açılamaz. Ancak, yaşam hakkı ve bazı haklarda olduğu gibi ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddenin ihlali için yalnızca kamu otoritesi ve birey arasındaki ilişkiler gerekmemektedir, ayrıca devletin belirli önlemler alması konusunda başarısız olduğu horizontal (iki özel hukuk kişisi arasındaki) ilişkilerde de (mesela 10/2. maddede belirtilen başkalarının saygınlığını ya da haklarını koruma konusunda başarısız olduğunda) AİHM'e başvurulabilmektedir. İki özel hukuk kişisi arasındaki anlaşmazlık nedeniyle verilen bir mahkeme kararının devletin alması gereken önlemlerden biri olarak düşünüldüğü üzere bu özel hukuk tarafları arasındaki anlaşmazlıklara müdahil olmanın pek çok olanağı vardır.²⁸ Drittwirkung (Engle'nin ifadesi ile *temel haklara üçüncü kişinin etkisi*), bireyin ulusal mevzuat tarafından korunan bir hakkının ihlal edilmesi sebebi ile ihlal eden bireye ya da devlete zarara sebep olması nedeniyle dava açması anlamına gelen bu doktrin Alman Yüksek Yargısı tarafından geliştirilmiştir. Her ne kadar AİHM, 10. madde konusunda Drittwirkung düşüncesini kabullenme konusunda ikircikli davranırsa da ilk olarak *Fuentes Bobo İspanya'ya karşı* davasında kamu otoritesinin ifade özgürlüğüne karşı özel hukuk kişilerinden bile gelebilecek müdahalelerden koruması gereken pozitif yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.²⁹

27 Report of 13 October 1992, para. 46'dan aktaran DIJK, HOOFF, RIJN, a.g.e., s. 783.

28 ENGLE, Eric, Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung), Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, Bremen, s. 165.

29 DIJK, HOOFF, RIJN, a.g.e., p. 784-785.

İfade özgürlüğü çerçevesinde taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sağlaması anlamına gelen pozitif yükümlülüklerinin açık ve net bir şekilde tanımlandığı ikinci dava olan *Özgür Gündem Türkiye'ye karşı* davasında³⁰ davaya konu olan olay kısaca şöyledir: Günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiş olmasına rağmen bu olayları araştırma konusunda kamu makamlarınca herhangi bir işlem yapılmamıştır. Saldırı ve tacizlerin kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı yönlendirmesi ile gerçekleştiği iddia edilmiştir. Gazetenin ofisinde güvenlik kuvvetlerince yapılan aramada binada bulunan kişilerin hepsi gözaltına alınmış, bütün belge ve arşivlere el konulmuştur. Arama süresince gazete iki gün yayınlanamamıştır. Gazetenin editörleri terör örgütüne üye olmak, yardım ve yataklık etmek suçunu işledikleri gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir. Olayı değerlendiren AİHM, ifade özgürlüğünün önemli fonksiyonlarından birisinin demokrasinin gerektiği gibi çalışmasının bir ön şartı oluşturması olduğunu, bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin ifade özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığı bunun yanında devletin, pozitif önlemler alması gerekebileceği, söz konusu gazeteye ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediğinin devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmediği, saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemeyeceği, gazetenin arşivlerine, dokümanlarına ve kütüphanesine el koymayı haklı kılan bir sebebin olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, aşçı, temizlikçi ve kaloriferci dahil, gazetenin binasında bulunan herkesin toplu olarak göz altına alınmasını haklı kılan bir sebebin hükümetçe gösterilemediği, arama sırasında binada, gazete ile ilgisi olmayan kırk kişinin bulunması herkesin yakalanmasını haklı kılamayacağı, bir terör örgütü üyesinin görüşlerinin yayınlanmış olması veya devletin resmi politikasını ifade eden fikirlerin kötü-

30 Özgür Gündem v. Turkey, 23144/93, 16.03.2000, para. 42 – 46.

lenmesi tek başına bir gazetenin ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olmadığı tespitini de yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.³¹

Hrant Dink davasında; Hrant Dink'in mağdur sıfatını etkileyen özel koşullar açısından, AİHM ilk olarak, Dink'e karşı yürütülen ceza kovuşturmasının kökeninin, Dink'in beyanlarından dolayı "Türk" kimliklerinin aşağılanmış olduğu zannına kapıldıklarını ifade eden aşırı milliyetçi bir gruba mensup kişilerin şikayetine dayandığını gözlemlemiştir. Savcı, Dink'e kamu davası açtığı zaman, Asliye Ceza Mahkemesi bu grup üyelerinin ceza yargılamasına müdahil olarak katılmalarına izin vermiştir. İkinci olarak, Mahkeme, başvuranların ileri sürdüğü gibi, Dink'in Ceza Kanununun 301. maddesi gereğince mahkumiyetine hükmedilmesinin, O'nu kamuoyu önünde, özellikle de aşırı milliyetçi gruplara karşı, tüm Türk kökenlileri aşağılayan bir birey olarak gösterdiğini tespit etmiştir. Son olarak AİHM, Dink'i öldürmekle suçlanan kişilerin konu hakkında çok hassas olan aşırı milliyetçi gruplara mensup olduğunu ve bu suçun hazırlığından açık biçimde haberdar olan güvenlik güçlerinin, bunu önlemeye dönük hiçbir önlem almadıklarını hatırlatmıştır.³²

Diğer başvuranların, mahkumiyet kararının Dink'i, nihayetinde onu öldüren aşırı milliyetçi gruplar için hedef haline getirdiği yönündeki iddialarına cevap olarak, AİHM, ifade özgürlüğü alanındaki Devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin görüşlerini yinelemiştir ve başvuranların ifade etmiş oldukları iddiaların ve somut olayın özel koşullarının Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde Devletin pozitif yükümlülüğünün irdelenmesini gerektirdiği fikrine kanaat getirmiştir. AİHM bunu, *"ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili kullanımının sadece Devletin bu alana müdahaleden kaçınma yükümlülüğüne bağlı olmadığını ; bireyler arasındaki ilişkilere varıncaya kadar pozitif koruma önlemlerinin alınmasını gerektirdiğini de hatırlatır. Gerçekten de bazı durumlarda, Devletin özel kişilerden gelen saldırılara karşı da ifade özgürlüğünü koruma pozitif yükümlülüğü vardır"* şeklinde ifade etmiştir.³³

31 MOWBRAY, Alastair, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, published in North America, 2004, s. 195.

32 Dink v. Turkey, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010, para 107.

33 Dink v. Turkey, para. 106.

AİHM'e göre, “*ifade özgürlüğü alanındaki pozitif yükümlülükler, devletlere, diğerlerinin yanında, yazar ve gazetecilerin etkili bir biçimde korunması için bir sistem inşa ederek; kamusal tartışmalara tüm ilgililerin katılımı için uygun bir ortam yaratma ve resmi makamlar tarafından savunulanlara ya da kamuoyunun önemli bir bölümüne ters olsa, batta onları şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikte olsa bile ilgililerin fikir ve düşüncelerini korkusuzca ifade etmelerine izin verme zorunluluklarını yükler*”.³⁴

Bu bağlamda AİHM'e göre, somut olayda, güvenlik güçlerinin aşırı milliyetçi bir grubun saldırılarına karşı Dink'in yaşamını korumadaki ihmalleri, hiçbir üstün toplumsal gereksinime dayanmayan mahkumiyet kararıyla birleşerek, Türkiye'nin başvuranın ifade özgürlüğünün korunmasındaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etmesiyle sonuçlanmıştır.³⁵

C. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İfade Özgürlüğü mutlak ve sınırlandırılmaz değildir. Sözleşmenin 10.maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkrada öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için üç şartın bir arada bulunması zorunludur. Bunlar: “Sınırlamanın kanun ile olması”, “Meşru ve haklı bir amaca dayanmasıdır” ve “Demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olması” şeklindedir. Bunlardan birinin dahi bulunmaması halinde herhangi bir sınırlandırma, kural veya yaptırım, 10.maddenin ihlali olarak kabul edilmektedir.³⁶

i. İfade Özgürlüğü Kapsamında Kişilerin Görev ve Sorumlulukları

10. maddenin 1. paragrafı kapsamında, herkes düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahiptir; bu özgürlük, aynı zamanda, bilgi alma ve başkalarına bilgi sunmayı da içerir. Ancak, maddenin ikinci paragrafıyla bu özgürlüğün kullanımı aynı zamanda belli görev ve sorumluluklara bağlanmıştır. 10. madde ile ilgili Komisyon ve AİHM içtihatlarında, “görev ve sorumluluk” faktörünün “demokratik bir toplumda gerekli olma” ölçütüne bağlı olduğu açıkça vurgulanmıştır. AİHM, *Sunday Times İngiltere'ye*

³⁴ Dink v. Turkey, para. 137.

³⁵ Dink v. Turkey, para. 138.

³⁶ KOCASAKAL, a.g.e., s. 30 – 37.

karşı (No:1) davasında, gazetenin rolünün, toplumu güncel konularla ilgili bilgilendirmek olduğunu belirtmiş ve getirilen yayın yasağının demokratik bir toplumda halkın haber alma ve gazetenin halka bilgi sağlama özgürlükleriyle çeliştiğine karar vermiştir.³⁷ Aynı şekilde, AİHM, *Jersild Danimarka'ya karşı*³⁸ davasında da, bazı ırkçı gençlerle, göç karşıtı konularda görüşmelere dayalı bir haber yapan televizyoncunun, ırkçılık yanlısı yayın yaptığı gerekçesiyle para cezasına mahkûm edilmesini, 10. maddeye aykırı bularak, söz konusu haberin, toplumu yakından ilgilendiren bir konuda başlatılan halka açık tartışmaya objektif katkı sağladığına karar vermiştir.³⁹

a) Kamu Çalışanlarının Görev ve Sorumlulukları

Birçok kamu çalışanı, özel statüleri nedeniyle, 10. maddeyle güvence altına alınan haklarının azaldığından şikayet etmişlerdir. Strasbourg Organları (AİHM ve Komisyon), devletlerin, kamu çalışanlarının ifade özgürlüklerini, yalnızca yaptıkları görev ve işlevleri ile ilgili konular kapsamında kısıtlayabileceğinde hem fikirdirler. Mesela AİHM, silahlı kuvvetler mensuplarıyla ilgili birçok davaya bakmıştır. *Engel ve Diğerleri Hollanda'ya karşı* davasında, AİHM, bazı askerlerin üstlerini eleştirmek için bastırıp dağıttıkları bir yazı nedeniyle ceza almaları olayında, Hollanda'nın takdir yetkisi dahilinde hareket ettiğine karar vermiş, kararın gerekçesinde öncelikle “kamu düzeni” kavramını ele almış ve silahlı kuvvetlerdeki düzensizliğin, genel olarak toplum düzeninin bozulmasına yol açabileceği sonucuna varmıştır. AİHM, daha sonra 10. maddenin, kamu hizmeti gören kişilerin de haklarını koruduğunu belirtmiş ve fakat şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Ordunun özel işlevi nedeniyle, çalışanlarının askeri disiplini yok etmelerine engel olacak yasal kurallar konulması normaldir, bu yönüyle Hollanda'nın bu konudaki yasası da Sözleşme gereklerine uygundur.*”⁴⁰ AİHM, bu kararıyla, özel görev ve sorumluluklar gerektiren askeri konularda 10. maddenin ikinci paragrafında öngörülen takdir yetkisinin, devletlerin lehine yorumlanması ge-

37 The Sunday Times v. The UK (No. 1), 6538/74, 26.04.1979, para. 65.

38 Jersild v. Danimarka, 15890/89, 23.09.1994, para. 31.

39 BİLEN, Ali, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS_ve_AIHM.htm (Son erişim tarihi 18.12.2011).

40 Engel and Others v. Holland, 71/5100, 08.06.1976, para. 101.

rektiğini belirtmiştir. Böylece, başvuru askerlerin ifade özgürlüklerinden yoksun bırakılması gibi bir sorun bulunmadığı, verilen cezanın sadece askerlere tanınan özgürlüğün kötüye kullanılması sonucunda meydana geldiği ve bunun da 10. maddenin ihlali anlamına gelmediği sonucuna varmıştır.^{41, 42}

Bununla birlikte; AİHM, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi Avusturya*'ya karşı davasında, askere alınma konusunda ordu yönetimini eleştiren bir yayına izin verilmemesi olayında farklı bir görüş ortaya koymuştur; “*Sözkonusu yayın, içerik olarak ordu disiplinine zarar vermeyecek belli konulardaki fikirlerin tartışılmasından ibarettir ve demokratik bir toplumun ordusunda da bu tip yayınlara hoşgörü gösterilmesi gerekmektedir.*”⁴³ AİHM, ayrıca *Grigoriades Yunanistan'a karşı* davasında, komutanına yazdığı mektupta orduyu eleştiren bir askere verilen ceza nedeniyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş ve bu kararın gerekçesini ise, söz konusu mektubun herhangi bir yerde yayınlanmamış olması ve hakaret içermemesi oluşturmuştur.⁴⁴

9401/81 sayılı Norveç'e karşı yapılan başvuru, yüksek rütbeli bir memurun psikolojik sorunları nedeniyle başka bir göreve atanmasıyla ilgilidir. Davacı, eski görevindeyken kendisini gözetim altında tutan Norveç Devleti aleyhinde yaptığı eleştiriler sonucu görevinin değiştirildiğini, dolayısıyla, yapılan değişiklikle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, bu davada, Norveç'in 10. maddeyi ihlal etmediğine, “*Yüksek rütbeli memurlar genellikle bulundukları makamlarda kendileri karar verme konumunda olduklarından, önemli bir bölüme başkanlık eden ve akli dengesinin yerinde olmadığı izlenimi veren bir kişinin görevinde bırakılması, Bakanlığın iç ve dış alanlarda prestij ve güvenilirliğini azaltacaktır. Bu nedenle, olayın özel şartları gözönünde bulundurulduğunda, davacının görev yerinin değiştirilmesi 10. madde kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Bu özgürlüğün kullanımı kişilere aynı zamanda belli görev ve so-*

41 Engel and Others v. Holland, 71/5100, 08.06.1976, para. 100.

42 BİLEN, a.g.e.

43 Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 89/15153, 19.12.1994, para. 38.

44 Grigoriades v. Greece, 94/24348, 25.11.1997, para. 47.

rumluluklar da yüklediğinden, ilgili kişinin bunu hesaba katması gerekmektedir.” görüşüyle karar vermiştir.⁴⁵ İsviçre’ye karşı yapılan iki başvuruda ise, R., S. ve Z.’nin başvurusunda Komisyon, devletlerin 10. madde kapsamında bazı hukukçuların haklarını kısıtlayabileceklerini kabul etmiştir. Bunlardan birinde, davacı avukatın verdiği aşağılayıcı ve taraflı ifadelerin⁴⁶, E.’nin başvurusunda ise, bir yargıcın dağıttığı el ilanlarında bazı kamu davaları ile ilgili yaptığı siyasi yorumların⁴⁷ 10. madde kapsamında garanti altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığı sonucuna varılmış ve bu kişilere verilen disiplin cezalarının, özel görev ve sorumlulukları gözönünde bulundurularak, 10. maddenin ikinci paragrafına aykırı olmadığı vurgulanmıştır.⁴⁸

b) Kamu Görevine Giriş

AİHM, 10. maddede belirtilen, ifade özgürlüğünün kullanılması nedeniyle memuriyetten çıkarma veya memuriyete almama konularında zamanla değişen görüşlere sahiptir. Mesela, 1986 tarihli *Kosiek ve Glasenapp Federal Almanya’ya karşı* kararlarında, Almanya’da çalışan memurların anayasa ve anayasanın belirlediği değerlere bağlılıklarını sağlamak amacıyla ortaya konulmuş *Berufsverbot Doktorini* AİHM tarafından incelenmiştir. İkisi de stajyer öğretmen olan davacılarından Glasenapp, aşırı sol; Kosiek ise, aşırı sağ görüşlerinden dolayı öğretmenliğe kabul edilmemişlerdir. AİHM, Almanya’nın bu iki olaya yaklaşımını 10. maddenin ikinci paragrafına uygun bulmuş ve kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin devlet memuriyetine girişle ilgili herhangi bir garanti sağlamadığını belirtmiştir. AİHM, ayrıca, Alman yetkililerince, başvuruçuların düşünce ve eylemlerini değerlendirilirken, yalnızca öğretmenlik mesleğinin gereklerinin gözönünde bulundurulduğu tespitini de yapmıştır.⁴⁹ Ancak, bu arada, şunu da belirtmekte fayda var ki, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) oluşturduğu bir araştırma komisyonu aracılığıyla Almanya’da meydana gelen bu ve benzeri olaylar için Almanya’nın, ILO’nun 1958 tarihli Ayrımcılık Sözleşmesini ihlal etti-

45 X. v. Norway, 17.12.1981, 9401/81, s. 229 -230.

46 R., S., and Z. v. Switzerland, 10414/83, 01.10.1984, para. f.

47 E. v. Switzerland, 10279/83, 07.05.1984, s. 136.

48 BİLEN, a.g.e.

49 Kosiek v. Germany, 82/9704, 28.08.1986, para. 36, Glasenapp v. Germany, 80/9228, 28.08.1986, para. 49–50.

ğini açıklamıştır.⁵⁰ 1995 yılındaki *Vogt Almanya'ya karşı*⁵¹ davasında ise, AİHM, farklı bir sonuca ulaşmış ve Komünist Parti'ye üye olduğu gerekçesiyle görevden uzaklaştırılan bir yabancı dil öğretmenin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵² Bu davada AİHM, Bayan Vogt'un lisede öğretmenlik yaparken bu ideolojisini yansıtmadığı için yapılan müdahaleyi orantısız bulmuştur.⁵³

vi. Sınırlandırma Nedenlerinin Dar Yorumu Tabi Olması

Sözleşme metninde ve AİHM'in oluşturduğu içtihatlar çerçevesinde Madde 10/2'deki sınırlamaların sınırı çizilmiştir. AİHM İfade Özgürlüğüne yönelik sınırlama yapılırken “dar yorum” yapılması gerektiğini *Sunday Times Birleşik Krallık'a karşı* davasında “...İfade Özgürlüğü'nün istisnaları söz konusu olduğunda dar yorumlanmalıdır...”⁵⁴ diyerek sınırlama nedenlerinin dar yoruma tabi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca aynı kararda Mahkeme “...Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeci Devletlerin kendilerinde olduğunun altını çizer; bu bakımdan, madde 10/2 Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan hem ulusal yasa koyucuya hem de, aralarında bağımsız yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara verilmiştir... Bununla beraber, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Mahkeme bir yasağın 10. madde de korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında son kararı vermekle yetkilidir. Bu denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar”⁵⁵ şeklinde karar vererek sınırlama nedenleri konusunda taraf devletlerin takdir yetkisi olduğunu fakat son aşamada yine Mahkeme'nin denetlemede yetkili olduğunu belirtmiştir.

50 GOMIEN, Donna, Short Guide To The European Convention on Human Rights, 2nd ed., Belgium, Council of Europe Publishing, 1998, s.89.

51 Vogt v. Germany, 91/17851, 26.09.1995, para. 60-61.

52 MOWBRAY, Alastair, Cases And Materials On The European Convention On Human Rights, 1. ed, London, Butterworths, 2001, s. 495.

53 BİLEN, a.g.e.

54 The Sunday Times v. The UK (No. 1), 6538/74, 26.04.1979, para. 65/5.

55 The Sunday Times, para. 59/3&4.

vii. Sınırlandırmanın Kanun ile Olması

Bu koşul aynı zamanda söz konusu kanun Parlamento tarafından kabul edilmiş olsa dahi, kanunun niteliği ile de ilgilidir. AİHM her zaman kanunların aleni, ulaşılabilir, tahmin edilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamış ve bu durumu *Sunday Times* davasında şu şekilde belirtmiştir:

“Birincisi, kanun yeterli ölçüde ulaşılabilir olmalıdır: vatandaş belirli bir durumda uygulanacak hukuki kurallar konusunda, verili koşullar altında yeterli derecede bir fikre sahip olabilmelidir. ikincisi, bir kural vatandaşa davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak ölçüde kesin olmadıkça “kanun” olarak görülemez: vatandaş, verili koşullar çerçevesinde belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları (gerekliyse uygun bir danışma sonucunda) makul bir düzeyde öngörebilmelidir. Bu sonuçlar şaşmaz bir kesinlikle öngörülebilir olmak zorunda değildir: deneyim bunun gerçekleştirilemez bir koşul olduğunu göstermektedir. Öte yandan, kesinlik elbette arzu edilir bir şeydir, ama beraberinde aşırı bir katılık getirebilir; oysa kanunlar değişen koşullara uyum sağlayabilmelidir. Dolayısıyla, birçok kanun, değişen derecelerde de olsa, kaçınılmaz olarak belirsiz ifadelerle formüle edilir; bunların yorumu ve uygulanması pratikle gerçekleştirilecek şeylerdir.”⁵⁶

AİHM, çok az sayıda davada, teamül hukuku kurallarının veya uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir. Örneğin, *Sunday Times* davasında, AİHM Britanya teamül hukukunun mahkemeye saygısızlığa ilişkin kurallarının “kanunla öngörülen” koşuluna uyacak kadar kesin olduğuna hükmetmiştir. *Groppera Radio AG*⁵⁷ ve *Autronic AG*⁵⁸ davalarında da, AİHM bu koşulu yerine getirme açısından devletler genel hukukunun ülke içinde uygulanabilecek kurallarını kullanma olanağını devlete tanımıştır. Her ne kadar teamül hukukunun veya geleneksel hukukun ifade özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılmasını dışlamamak gerekirse de, bu daha ziyade ender görülen bir istisnai durum olmalıdır. İfade özgürlüğü o kadar önemli bir değerdir ki, kısıtlanması her zaman, yalnızca parlamentoda yapılacak tartışma ve oylamayla sağlanabilecek olan demokratik meşruiyet temelinde olmalıdır.⁵⁹

⁵⁶ The Sunday Times, para. 49.

⁵⁷ Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, 10890/84, 28.03.1990, para. 68.

⁵⁸ Autronic AG v. Switzerland, 12726/87, 22.05.1990, para. 57.

⁵⁹ MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 31.

Sunday Times davasında AİHM teamül hukukunun kurallarının “kanun” koşulunu yerine getirdiğine, bir gazete olan davacının mahkemeye sunduğu bilirkişi raporunu da göz önüne alarak karar vermişken, *Rotaru* davasında ülke kanununun “kanun” olmadığına hükmetmiştir, çünkü AİHM’e göre kanun “*herhangi birine, (gerekliyse uygun bir davranışma sonucunda) davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak ölçüde kesin olarak formüle edilmiş değildir*”.⁶⁰ *Petra* davasında AİHM şu açıklamayı yapmıştır: “...mahkûmların haberleşmelerinin izlenmesi konusunda ülkede geçerli olan hükümler...ülke mercilerine çok fazla hareket serbestisi tanımaktadır. Öte yandan, gizliliği olan uygulama yönetmelikleri de ulaşılabilirlik koşulunu yerine getirmeye engeldi...Romanya kanunları kamu otoritelerine tanınmış olan takdir hakkının kullanımının kapsam ve tarzını makul bir berraklık düzeyinde açıklığa kavuşturmuyordu.”⁶¹

Her ne kadar *Rotaru* ve *Petra* kararları özel hayatın korunmasına ilişkin 8. madde'nin ihlaline ilişkin bir değerlendirme ve hüküm çerçevesinde alınmış olsa da, AİHM ulusal kanunlara ifade özgürlüğüyle ilgili olarak baktığında da aynı standartları uygulamaktadır.⁶²

viii. Sınırlandırmanın Meşru ve Haklı bir Amaca Dayanması

İfade özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılması mümkün gerekçeler Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılanlarla sınırlıdır ve ulusal makamların kısıtlamaları, bu gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye dayandırmaları da meşru değildir. Dolayısıyla, ulusal mahkemeler ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, söz konusu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı saptamak ve bu değer ya da yararın 2. fıkrada sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Ancak bu denetim sonucunda yanıt olumlu ise mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler. Mesela, birinin şöhretine ya da şerefine hâlel getirmekle suçlanmakta olan bir gazeteci hakkında açılan bir ceza davası ya da medeni hukuk davası “başkalarının şöhret ve haklarını” koruma anlamında meşru bir amaca hizmet ediyordur. Ya da

60 Rotaru v. Romania, 28341/95, 04.05.2000, para. 55.

61 Petra v. Romania, 115/1997/899/1111, 23.09.1998, para. 37.

62 MACOVEI, a.g.e., 32.

devlet sırrı niteliğinde bir bilgiyi yayınlamakta olan bir gazete hakkında ki bir tedbir kararı, “ulusal güvenlik” çıkarı temelinde haklı gösterilebilir. Üst düzey yetkililere veya kamu görevlilerine hakaret ya da bu kişilerin şöhretine zarar verme vakaları söz konusu olduğunda ortaya sorunlar çıkabilir. Bu iki kategoriye giren herhangi birine hakaret eden veya bu kişinin şöhretine halel getiren kişinin mahkum edilmesinde amaç “başkalarının şöhretini ve haklarını” koruma gerekliliği temelinde gerekçelendirilebilirse de, kanunlarda sıradan bir insana hakaret veya şöhretine halel getirme için öngörülenden daha büyük bir ceza öngörülüyorsa, bu haklı görülemez. Üst düzey yetkililere ve devlet görevlilerine hakaret veya şöhretlerine zarar dolayısıyla daha yüksek bir ceza uygulanması, kanun karşısında eşitlik ilkesine aykırı düşer.⁶³ Ayrıca 2. fıkra, “ülkenin veya hükümetin şeref”, “ulusun şerefi”, “devlete ait veya başka resmi semboller”, “mahkemeler dışında kamu otoritelerinin şerefi” türünden değerlerden söz etmediğine göre bunlar, ifade özgürlüğünü kısıtlamak için meşru gerekçeler değildir. Bundan dolayı, ulusal mahkemeler, 2. fıkrada korunmuş olan alanın dışında kalan bu tür soyut kavramlara karşı yöneltilen herhangi bir eleştiriyi cezalandırmamalıdır. Bunun açıklaması demokratik bir toplumun işleyiş kurallarında bulunabilir: böyle bir toplumda, iktidarı yürütmekte olanların eleştirilmesi, medyanın, sıradan kişilerin ve genel olarak toplumun temel bir hakkı ve görevidir. Bunlara ek olarak, “devlet otoritesi” tarzı soyut kavramlar, iktidardakilerin bazı özel ve olası illegal menfaatlerini veya iktidarda kalma hırslarını gizleyebilir.⁶⁴

Sınırlandırmanın meşru ve haklı bir amaca dayandırılmasına örnek olarak *Chorherr v. Avusturya davası*’nı verebiliriz. AİHM, ilgili davada somut olaya göre değerlendirme yaparken ifadenin açıklanış şekli, yeri ve zamanını da dikkate almıştır. Dava, başvurucunun Viyana Belediye Meydanı’nda gerçekleştirilen Avusturya’nın bağımsızlık kutlamalarında, Avusturya ordusuna avcı uçakları alınmasını protesto eden içerikteki pankartın açılması ve bu doğrultuda bildiri dağıtılması ile ilgilidir. Ulusal makamlar izleyicilerin görüş alanının daralacağı gerekçesi ile başvurucuya müdahale etmişlerdir. AİHM, kamuya açık alanda gösteri yapılması

63 MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 34.

64 MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 35.

isteğinin demokratik toplumda hoşgörü ile karşılanması gereğini dile getirmiş ve pankartın izleyicilerin görüş alanını daraltacağı seklindeki gerekçe yerine, gösteride karışıklık çıkma olasılığı sebebiyle ve bu karışıklıkların önlenmesi amacıyla müdahale edilmesi gerekçesini “kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi” sebebiyle haklı bularak Avusturya’nın davranışını sözleşmeye aykırı bulmamıştır.⁶⁵

ix. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli ve Orantılı Olması

AİHM çeşitli kararlarında demokratik toplumun bazı belirgin özelliklerini belirtmiştir. AİHM’e göre demokrasinin var olabilmesi için çoğulculuğun, toleransın ve açık fikirliliğin var olması gerekmektedir.⁶⁶ AİHM’e göre “demokratik toplum” ölçütü üç başlık altında toplanabilir: “İnsan Haklarına Saygı”, “Hukuk Devleti” ve “Yasamada Siyasal Katılım ve Çoğulculuk”.⁶⁷ AİHM, demokratik toplum için gerekli olma ölçütünü incelerken ortaya çıkan toplumsal ihtiyaç, bu ihtiyacın varlığını ortaya koyan inandırıcı, uygun ve yeterli gerekçe, müdahaleyi oluşturan tedbirin orantınlılığı, genel ve bireysel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır.⁶⁸

AİHM’ göre orantısallık konusundaki değerlendirme, demokratik bir toplumu idare eden prensiplere dayanır. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının ortaya konması için, ülke mahkemeleri de, AİHM de, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o istisnai sınırlandırmayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığı konusunda tatmin olmalıdırlar. *Observer ve Guardian Birleşik Krallık’a karşı* davasında, AİHM, bu bağlantıyı “10. madde’nin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibarıyla, gerekli sıfatı, acil bir sosyal ihtiyacın varlığını içerir” şeklinde ifade etmiştir.⁶⁹

65 Chorherr v. Austria, 13308/87, 25.08.1993, para. 28, 31, 32.

66 Handyside v. The UK, 5493/72, 7.12.1976, para. 49/2; Zana v. Turkey, 69/1996/688/880, 25.11.1997, para. 51, Lingens v. Austria, 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

67 DALKILIÇ, Aysun, Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, s. 250.

68 Sunday Times v. The UK, (No. 2), 13166/87, 26.11.1991, para. 50/d.

69 Observer v. The UK, 13585/88, 26.11.1991, para. 59/c.

Acil bir sosyal ihtiyacın var olup olmadığını ilk değerlendirecek olan, ülke otoriteleridir. Bunu yaparken, AİHM'in içtihadına uygun davranmaları gerekir. Ancak hem mevzuatı, hem de mevzuatın uygulanmasına yönelik kararları (bu arada bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da) kapsayan ülkenin takdir payı AİHM'in denetimiyle el ele gider.⁷⁰ Bu açıdan AİHM şunu belirtmiştir: *“Taraflar Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmek bakımından bir takdir yetkisine sahiptir. Ama bu Avrupa düzeyinde, hem mevzuatı, hem de bu mevzuatı uygulayan kararları, hatta bağımsız mahkemelerce verilen kararları da kapsayan bir denetim ile el ele gider.”*⁷¹

Tolstoy Miloslavsky davasında, (jüri sistemine dayanan) ulusal mahkemeler davacının karşısındakine hakaret eden bir yazı yazmış olduğuna hükmetmiş ve onu (yayıncısı ile birlikte) mağdura 1.500.000 İngiliz Sterlini tazminat ödemeye mahkûm etmişti.⁷² AİHM, tazminatın miktarının kendi başına 10. madde'yi ihlâl ettiği hükmüne varmış ve şöyle demiştir: *“...bunun anlamı jürinin gönlünün uygun gördüğü herhangi bir miktarı serbestçe kararlaştırabileceği değildir. Çünkü AİHS çerçevesinde, birine hakaret etme dolayısıyla ödenecek tazminatın söz konusu kişinin şöhretine verdiği zarar ile bir orantısallık ilişkisi içinde olması gerekir. Jüri davacıyı cezalandırmamaya, ama [mağdur] Lord Aldington'ın uğradığı parasal olmayan zararı telafi edecek bir miktar tazminat kararı almaya yönlendirilmiştir.”* Buna ilaveten, AİHM şöyle demiştir: *“davacının yargılandığı dönemde yargı denetiminin kapsamı, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat miktarına karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlamıyordu.”* Dolayısıyla, *“davacının davasında tazminatın miktarı göz önünde bulundurulduğunda ve bu o dönemde ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat miktarına karşı yeterli ve etkili güvencelerin olmaması ile birleştirildiğinde, AİHM davacının AİHS'in 10. maddesi'nden kaynaklanan hakkının ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.”*⁷³

Yine orantılılık açısından, ileride ayrıntılı olarak değerlendirilecek olan *Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye karşı*⁷⁴ davasında AİHM, verilen

70 MACOVEI, Monica, Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004, s. 36.

71 Lingens v. Austria, 9815/82, 08.07.1986, para. 39.

72 Tolstoy Miloslavsky v. UK, 18139/91, 13.07.1995, para. 35, 38.

73 MACOVEI, a.g.e., s. 27.

74 Başkaya & Okçuoğlu v. Turkey, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, para. 61 – 67.

cezaların oldukça ağır olduğu ve özellikle başvuru Başkaya'nın üniversitedeki işini kaybettiğini de hesaba katarak verilen ceza ile elde edilmek istenen araç arasında orantılılık olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.⁷⁵

2. Ulusal Güvenlik ve Şiddet Çağrısı, Basın Özgürlüğü ve Siyasetçilerin Eleştirilmesi, Ticari Beyanat ve Reklamlar, Bilimsel ve Akademik Yayınlar, Kitap ve Sanat Eserleri Konularında AİHM'in İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

AİHM'e göre ifadenin niteliği sağlanacak korumanın genişliği bakımından çok önemlidir. Gerçekten bazı ifade türlerine daha fazla koruma sağlanmaktadır. Sosyal ve siyasi tartışmaya katkı sağlayan yayın ve konuşmalar buna açık bir örnektir. Bu açıdan siyasi ifadelerin korunması demokratik bir toplum açısından özellikle önemlidir. Bu tür sistemlerde hükümetler sadece yasama ve yargının değil aynı zamanda kamuoyu ve basın da sıkı denetimine tabidir. Baskın konumu sebebi ile siyasal iktidar aleyhindeki eleştirileri en fazla ölçüde hoşgörmek zorundadır. Bu sebeple siyasi ifadeye müdahale çok güçlü mazeretlerin varlığını gerektirir.⁷⁶

Bu bağlamda seçilmiş temsilciler ve gazeteciler tarafından beyan olunan siyasi ifadelerin kamuyu ilgilendiren meselelerin tartışılmasına olan katkılarının dolayı daha imtiyazlı bir konumu vardır. Bu tür durumlarda şiddete teşvik olmadıkça kısıtlamaların ihlal niteliğinde olması muhtemeldir. Kamusal yararı ilgilendiren ifadeler ("civil expression") de yüksek derecede korunurlar. Söz konusu kamusal yarar toplumsal, ekonomik, kültürel ve hatta ticari ya da dini boyutlu olabilir. Sanatsal ifadeler de siyasi ve kamusal yararı ilgilendiren ifadeler kadar olmasa da koruma altındadır. Bu açıdan sanatçılar artistik ve vicdani kanaatlerini açıkça sergileyerek alışlagelmiş kalıplara meydan okumaya, yeni ve eleştirel düşünceler yaratmaya teşvik edilmelidir.⁷⁷

75 ÖKTEM, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007, s.381; BİÇAK, a.g.e., s. 246.

76 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa R., SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat M., İnsan Hakları EL Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 328.

77 TEZCAN, a.g.e., s. 329.

Bu başlık altında ulusal güvenliği ilgilendiren konularda AİHM'in basını, ifadeyi beyan edeni ve ifadenin araçlarını inceleme kriterleri, bununla beraber akademik ve bilimsel çalışmalar, sanat eserleri ve ticari konularda AİHM'in ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelere nasıl yaklaştığı örnek kararlar çerçevesinde değerlendirilmiştir.

A. Ulusal Güvenlik ve Şiddet Çağrısı Konusunda Mahkemenin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

AİHS'de yer alan ve mutlak niteliğe sahip olan, yani kendilerine sınırlandırma getirilemeyen bazı hak ve özgürlükler⁷⁸ dışında kalan hak ve özgürlükler belli durumlarda sınırlandırmaya tabi olabilirler. İfade özgürlüğü de sınırlandırmaya tabi olabilecek haklardandır. Devlet kamu yararı değerlendirmesiyle ve diğer bazı koşullarla hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabilmekte, bunlara sınırlandırma getirebilmektedir.⁷⁹ AİHS'in taraf devletlere tanıdığı sınırlandırma takdiri sınırsız olmayıp, mevzuat ve uygulamalarıyla beraber uygunluk denetimi yapan AİHM'in denetimine tabidir.⁸⁰ AİHM, denetim yetkisinin uygulanmasında, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemekte⁸¹, açıklamayı yapan kişi, açıklamanın yapıldığı ortam⁸² ve zaman, açıklamanın içeriği ve yapılış şekli üzerinde durmaktadır.⁸³

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM ifade özgürlüğüne geniş bir hareket alanı tanısa da şiddet çağrısı bu hareket alanının sınır ölçütüdür.⁸⁴ Şiddete, silahlı ayaklanmaya ya da başkaldırıya teşvik niteliğinde olan ifadeler, ifade özgürlüğü koruması dışında kalmaktadır.⁸⁵ Taraf devletle-

78 AİHS m. 15/II – Meşru savaş fiilleri sonucu meydana gelenler ölümler hariç; m.2 Yaşama Hakkı, m.3 İşkence Yasağı, m.4 Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı, m.7 Cezaların Yasallığı İlkesi.

79 DALKILIÇ, Aysun, Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, s. 248.

80 Vogt v. Germany, 17851/91, 26.09.1995, para. 52.

81 Sürek & Özdemir v. Turkey, 23927/94, 24277/94, 08.07.1999, para. 57.

82 Gerger v. Turkey, 24919/94, 08.07.1999, para. 50.

83 GÜLFİDAN, Osman Serkan, AİHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gereklere Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, s.282 – 283.

84 Sürek v. Turkey (No:3), 24735/94, 08.07.1999, para. 35.

85 GÜLFİDAN, a.g.e., s. 283.

rin ulusal güvenlik vb. konularla ifade özgürlüğüne yaptığı sınırlamaları ve bu sınırlamalara karşı AİHM'in yaptığı değerlendirmeleri genel çerçevede inceleyelim.⁸⁶

Zana Türkiye'ye karşı davasında başvuruçunun eski belediye başkanı olması sebebiyle siyasi kimliği ve mahaldeki saygınlığını, ulusal, günlük ve önemli bir gazete olan Cumhuriyet Gazetesi'nde yer alan röportajında terör örgütünün ulusal bağımsızlık mücadelesini desteklediğini belirtmesini, bu yüzden mahkum olmasını ve de bu ifadenin terör örgütünün şiddet eylemlerinin arttığı bir döneme denk gelmesini nazara alan AİHM, ilgili ifadenin hassas bir zamanda terör örgütünün eylemlerinin ulusal bağımsızlık hareketi olarak değerlendirmesinin ortamı gerginleştireceğini, şiddetin ve terör olaylarının artmasına neden olabileceğini belirterek verilen cezanın toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını belirtmiş, bu yüzden ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.⁸⁷

*Sürek Türkiye'ye karşı (No:1)*⁸⁸ davasında haftalık bir dergide yayınlanan “silahlar özgürlüğü engelleyemez” ve “suç bizim” başlıklı iki mektuba yer verilmesi, derginin sahibinin ve sayı editörünün “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak” suçundan dolayı para cezası ile cezalandırılmasına yol açmıştır. Olayı değerlendiren AİHM, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılması ve “faşist”, “ölüm timi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” olarak nitelendirilmesi, mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu, mektuplarla okuyucuya saldırgan olarak gösterilen devlete karşı kendini savunmak için şiddete başvurmalarının gerekli ve haklı olduğu mesajı verilerek şiddetin övüldüğü, mektuplarda açıklanan fikirlerle editör kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme imkanı tanıdığı tespitini yaparak ifade özgürlüğü ihlalinin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.⁸⁹ Ancak AİHM, kullanılan dilin taraflı, düşmanca olması ya da

86 ÇELİK, a.g.e., s. 1615.

87 Zana v. Turkey, 69/1996/688/880, 25.11.1997, para. 46 – 60.

88 Sürek v. Turkey (No:1), 26682/95, 08.07.1999, para. 58 – 65.

89 JACOBS, WHITE & OVEY, The European Convention On Human Rights, Fifth Edition, Oxford Press, 2010, s.430-431.

saldırgan bir üslup taşıması durumlarının, ifadenin şiddete teşvik eder mahiyette olması durumunu doğrudan karşılamadıkları, olayın, ifadeyi çevreleyen şartlarla birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir.⁹⁰

*Sürek Türkiye'ye karşı (No: 3)*⁹¹ davasında, AİHM, bir dergide yayınlanan makalede Türkiye'nin bir kısmını Kürdistan olarak belirtilmesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir. Bununla beraber, bölgede süren çatışmayı Türkiye Cumhuriyeti Devleti kuvvetlerine karşı bir savaş olarak tanımlayan ve tam bir kurtuluş mücadelesinin amaçlandığını belirten makalenin terör örgütü söylemine katıldığını ve Kürdistan ulusal bağımsızlığı için silahlı kuvvet kullanımına çağrıda bulunduğunu tespit eden AİHM, makalenin içeriğinin bölgedeki şiddeti teşvik etmeye olanak tanıdığını ve bu şiddetin bir tür meşru müdafaa olarak sunma izlenimi verdiğini gözlemleyerek Türkiye'nin, başvurunun ifade özgürlüğünü ihlal etmediği kararını vermiştir.⁹²

*Purcell ve diğerleri İrlanda'ya karşı*⁹³ başvurusunda, başvurunun konusu hükümetin, IRA gibi bazı terör örgütlerinin ve onların siyasi kanat temsilcilerinin sözcüleriyle röportaj yapmayı kesin olarak yasaklamasıdır. Aynı şekilde *Brind ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı*⁹⁴ başvurusunun konusu da içişleri bakanlığının Kuzey İrlanda'daki paramiliter örgütlerin veya onların siyasi kanat temsilcilerinin televizyonlarda konuşmalarının yayınlanmasının yasaklanmasıdır. Komisyon, her iki başvuruda da terörizmle mücadele tedbirlerinin sözleşmenin 10/2 maddesindeki meşru amaçlar içerisinde yer aldığına karar vererek başvuruları kabul etmemiştir. Yani söz konusu sınırlamaların ulusal güvenliği koruma, düzensizliği ve suç işlenmesini önleme amacını güttüğünü kabul etmiştir. Komisyon'a göre söz konusu düzenlemelerin amacı anayasal düzeni ve temel hakları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir örgütün basını kullanarak şiddeti ve yasal olmayan araçları desteklemesini engellemesidir.⁹⁵

90 GÜLFİDAN, a.g.e., s. 284.

91 Sürek v. Turkey (No: 3), a.g.e., para. 36 – 43.

92 ÖKTEM, a.g.e., s. 376.

93 Purcell & Others v. Ireland, 15404/89, 16.04.1991.

94 Brind & Others v. UK, 18714/91, 09.05.1994.

95 NAL, 2009, a.g.m, s. 225 – 226.

Sürek ve Özdemir Türkiye'ye karşı davasında⁹⁶ bir terörist örgütün lideriyle iki ayrı tarihte gerçekleştirilen röportajları yayınlayan ve başka bir sayısında da dört sosyalist kuruluşun ortak deklarasyonunu yayınlayan dergi toplatılmış ve yayıncı “Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda yapmak” suçu işlediği gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Konuyu inceleyen AİHM, basın politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve hatta bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da, bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu, kişilerin de bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı olduğunu, politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğu, röportaj yapılan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olmuş olmasının tek başına ifade özgürlüğünün sınırlanması için yeterli olmadığını, bir röportajın bir devlet politikasına ciddi eleştiriler getiriyor olması ve ülkenin bir bölümündeki bir problemin kaynağı veya sorumluları hakkında tek taraflı bir görüş aktarıyor olmasının ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olamayacağını ifade ederek Türkiye'nin, başvuruçuların ifade özgürlüklerini ihlal ettiği kararını vermiştir.⁹⁷

*Sürek Türkiye'ye karşı (No 4)*⁹⁸ davasının konusu ise haftalık bir dergide bir süre sonra olabilecek birtakım olaylar hakkında spekülasyon içeren ve PKK terör örgütünün siyasi kanat temsilcisi ile yapılan röportaja yer verilmesi üzerine dergi toplatılmış ve başvuruçucu bölücü propaganda yapması sebebiyle Terörle Mücadele Kanunu'na muhalefetten mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen AİHM, haberde yer alan ifadelerin şiddeti daha da arttırmaya yönelik bir çağrı niteliği taşımadığı, halkın olayları değişik bir açıdan öğrenme hakkının olduğu tespitini yaparak, müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁹⁹

AİHM'e göre şiddet içermeyen direniş çağrısı da ifade özgürlüğü kapsamındadır. Şöyle ki, *İncal Türkiye'ye karşı*¹⁰⁰ davasının dava konusu kısaca şöyledir. Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin il örgütü idare kurulunun bir üyesi tarafından, partinin il örgütünün yoksul insanların yaşadığı bölgede güvenlik güçlerince alınan önlemleri

96 Sürek & Özdemir v. Turkey, a.g.e., para. 57 – 64.

97 BİÇAK, a.g.e., s. 244.

98 Sürek v. Turkey (No: 4), 24762/94, 08.07.1999, para. 54 – 61.

99 ÇELİK, a.g.e., s. 1617.

100 İncal v. Turkey, 41/1997/825/1031, 09.06.1998, para. 46 – 60.

eleştiren bir bildiri dağıtma kararı almıştır. Bu bildiride belli bir etnik grubun ilden uzaklaştırılmak istendiği, bu kişilerin doğum yerlerine dönmeye zorlandığı, kamu birimlerinin bahsi geçen etnik grubu toplumsal yaşamdan dışlanması gerektiğine yönelik propaganda yaptığı belirtilmiş ve bu uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmıştır. Bildiri savcılıkça toplatılmış ve bildiriye hazırlayan kişi, devleti terörist olarak tanımladığı, vatandaşlar arasında ayrımcılık yaptığı gerekçesi ile halkı kasten kin ve düşmanlığa tahrik ve kanun dışı yollar kullanmaya yönlendirmekten dolayı hapis cezasına mahkum edilmiştir. AİHM, bildirinin yerel yönetimin özellikle esnafa karşı almış olduğu bazı tedbirlere eleştirmekte olduğu, olayın geçtiği ilin halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayandığı, uygulamalara karşı direniş yapılması çağrısının şiddet içermediğini belirterek ifade özgürlüğünün cezai müeyyide ile sınırlandırılmış olmasının bu özgürlüğün ihlali olduğunu belirlemiştir.¹⁰¹

D. Basın Özgürlüğü ve Siyasetçilerin Eleştirilmesi Konusunda Mahkemenin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

Her ne kadar 10. madde basın özgürlüğünün açıkça sözünü etmiyorsa da, AİHM, bu maddede ele alınan özgürlüklerin kullanılması bakımından basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir. Basın özgürlüğünün özel olarak ele alınmasının önemli gerekçesi ulusal uygulamalarda bulunabilir çünkü kamu otoritelerinin ifade özgürlüğünü ihlâl ettiği durumların mağdurları başka türden bireylerden çok daha büyük oranda gazetecilerdir. AİHM, ifade özgürlüğü ve siyaset ilişkisi bağlamında tespit ettiği ilkeleri *Castells İspanya'ya karşı* davasında¹⁰² somutlaştırmıştır. İlgili davada, Baskların bağımsızlığını savunan bölücü bir partinin üyesi olan senatörün, Bask bölgesinde gerçekleşen faili meçhul cinayetler hakkında yazdığı bir makalenin yayımlanması üzerine, dokunulmazlığının kaldırılmasından sonra hapis cezasına mahkum edilmesi davanın konusu olmuştur. Makalede, işlenen cinayetlerin ve cinayetleri işlediğini düşündüğü örgütlerin listesini verilmiş, suçluların cezalandırılmamasının nedeni olarak da örgütleri desteklediği iddia edilen hükümet gösterilmiş,

101 KAZAN, Turgut, İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003, s. 182 – 186.

102 Castells v. Spain, 11798/85, 23.04.1992, para. 40 – 50.

yaşananlardan tüm devlet idaresinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. AİHM, ifade özgürlüğünün herkes için önem taşımakla beraber, seçilmiş temsilciler açısından ayrıca önemli olduğunu söyleyerek, demokratik bir sistemde, hükümetin eylem ve ihmallerinin sadece yasama ve yargının değil, basın ve kamuoyunun da kontrolü altında olması gerektiğinden, hükümet hakkında yapılacak eleştirilerin sınırlarının bireylere hatta siyasetçilere yönelecek eleştirilerin sınırlarından daha geniş tutulması gerektiğini, elinde bulundurduğu güç karşısında hükümetin, haksız eleştirilere cevap vermek için başka araçlara sahip olması durumundayken cezalandırma yoluna başvurusunun orantısız bir müdahale oluşturacağını ifade etmiş ve bu yüzden olayda İspanya'nın, başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir.¹⁰³

Basının siyasi hayatın bekçisi rolünü AİHM ilk kez *Lingens Avusturya'ya karşı* davasında vurgulamıştır. Bu davadaki gazeteci, birkaç yazısında, o zamanki Avusturya Federal Şansölyesi'ni, geçmişinde Nazi faaliyetleri olan birinin yönettiği bir parti ile koalisyon kuracağını açıklamak türünden özellikli bir politik adımı dolayısıyla eleştirmiştir. Gazeteci Lingens Şansölye'nin davranışını “ahlâsızca”, “yüz kızartıcı” ve “en adi türden oportünizm”in kanıtı olarak nitelemiştir. Şansölye'nin açtığı özel hukuk davasında Avusturya mahkemeleri bu ifadelerin hakaret kabilinden olduğuna karar vererek gazeteciyi para cezasına çarptırmıştır. Mahkûmiyetin gerekçesinde mahkemeler aynı zamanda gazetecinin iddialarının doğruluğunu kanıtlayamamasını da ileri sürmektedir. Bu son konuyla ilgili olarak, AİHM ulusal mahkemelerin yaklaşımını yanlış bulmuştur, çünkü kanaatler (değer yargıları) kanıtlanamazlar ve kanıtlanmaları ilke olarak mümkün değildir.¹⁰⁴ AİHM, *Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria* davasında aynı doğrultuda karar vermiştir. Davanın konusu, gazetecinin ve yayın evinin, aşırı sağcı politikacının kendi gibi politikacı olan eşine “Nazi” ifadesinin kullanımının ulusal mevzuatta hakaret suçu olarak kabul edilmesi nedeniyle cezalandırılmasıdır. AİHM, maddi anlamca sert bir terimi kullanmanın, bu terime yapılandırılan özel damga nedeniyle otomatik olarak hakaret suçundan mahkum edilmeyi haklı kıldığını düşünmektedir. AİHM, bu bağlamda, yetkili bir mahkemenin suç isnadını kanıtlanmış sayması için gerekli ke-

103 GÜLFİDAN, a.g.e., s. 284 – 285.

104 *Lingens v. Austria*, 9815/82, 08.07.1986, para. 41.

sinlik derecesinin, bir gazetecinin kamuyu ilgilendiren bir konuda görüşlerini özellikle bir değer yargısı biçiminde ifade ederken araması gereken kesinlik derecesiyle pek karşılaştırılamayacağını hatırlatmaktadır.¹⁰⁵ AİHM'e göre bir kişinin siyasi faaliyetlerini ahlaki yönden değerlendiren uygulanan standartlar ile ceza kanununa göre bir suçun varlığını kanıtlarken gerekli standartlardan farklıdır. Bununla beraber AİHM' göre hakkında yazı yazılan kişinin bir politikacı olması ve gazeteciler ile basın kamuyu ilgilendiren konularda muhalif, çarpıcı veya rahatsız edici de olsa bilgi ve görüşlerini iletme rolü dikkate alındığında, maddi anlamca sert bir terimin kullanılması ifade özgürlüğü kapsamında.¹⁰⁶ *Dalban Romanya'ya karşı davasında* AİHM şunu belirtmiştir: “bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlamadıkça eleştirel değer yargılarında bulunmasının engellenmesi kabul edilemez”.¹⁰⁷

AİHM, The Day Gazetesi'nin, başkan adayı hakkında “Aslandan korkan minik kuş” ifadesinden dolayı cezalandırılmasını konu edinen *The Day Ukrayna'ya karşı* davasında “Gazetenin söz konusu politikacılar hakkında yayınladığı makaleler sivri dilli, polemikçi, sert ifadelidir. Ancak, politikacıların mesleklerini seçerken, kendilerine toplumda çok dikkatle bakılan, sert eleştiri alacak bir alana girdiklerini bilmeleri ve bunu baştan kabul etmeleri bir demokrasi toplumunun şartlarından biridir. Gazetenin makale dili sert olsa da, politik eleştiri amaçlıdır. Makaleler bir hakaret kapsamında değerlendirilemez. Ulusal Mahkemenin verdiği ‘hakaret unsuru’ içeriyor hükmü, toplumun bilgi alma, yorum dinleme, görüşlerin ifade edilmesi hakkına, özgür bir politik tartışma hakkına bir müdahaledir. Söz konusu politikacılar makalelerde, kişisel değil, politik arenanın şabısları olarak söz konusu edilmişlerdir” şeklinde karar vermiştir.¹⁰⁸

Basın özgürlüğü kamuyu ilgilendiren başka konuların tartışıldığı noktalarda da özel bir statü içinde ele alınır. Bu çerçevede “Gazetecilik Özgürlüğü makul ölçüde abartıyı hatta provokasyonu da kapsar”.¹⁰⁹

105 *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt (Initiative of Information Diversity)* v. Austria, 28525/95, 26.02.2002, para. 46.

106 *Schorsch and News Verlagsgesellschaft (Publishing House)* v. Austria, 39/394/98, 13.11.2003, Para. 40-41, 43.

107 *Dalban v. Romania*, 28114/95, 28.09.1999, para. 49.

108 *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, 72713/01, 29.03.2005, para. 40-41.

109 *Prager and Oberschlick v. Austria*, 15974/90, 26.04.1995, para. 38.

Şöyle ki; *Thorgeirson İzlanda'ya karşı* davasında, davacı Thorgeirson İzlanda'da polis gaddarlığının yaygın olduğu yolunda iddialarda bulunmuş, polisleri “üniformalı canavarlar” olarak nitelemiş, “polislerin ve bar fedailerinin zalim bir doğallıkla öğrendiği ve kullandığı kurt kapanı uygulaması sonucunda zihinsel yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar geri giden kişiler”den söz etmiş ve polisin davranışı için “kabadayılık etmek, sahtekârlık, kanun dışı tutumlar, boş inançlar, cüretkârlık ve beceriksizlik” gibi kelimeler kullanmıştır. İç hukuk düzeyinde Thorgeirson, hakkında açılan davada polis gücünün adı belirtilmemiş mensuplarına hakaret etmekten para cezasına çarptırılmıştır. AİHM davacının kendi ülkesinde polis gaddarlığı sorununu gündeme getirdiğini saptamış ve şu sonuca ulaşmıştır: “...*kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir. AİHM'in içtibat hukukunda... siyasi tartışma ile kamuyu ilgilendiren başka konular arasında bir ayırım yapmak için herhangi bir temel bulunmamaktadır.* AİHM bu sebeple verilen cezanın *kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmayı engelleyecek*” nitelikte bulunduğunu belirtmektedir.¹¹⁰

Öte yandan, *Maronek* davasında AİHM, eskiden devlete ait olan apartman dairelerinin kamu mülkiyetinden çıkarılması gündemde iken Slovakya'nın konut politikasını kamu yararına ilişkin bir konu olarak görmüş ve davacının ifade özgürlüğünü daha güçlü bir koruma altına almıştır.¹¹¹ Bu konuya ilişkin başka örnekler Türkiye aleyhinde sonuçlanan bazı davalarda da görülmektedir. Güney doğudaki terör, çatışma ve bununla ilgili bütün konular, hatta bölücü propaganda ve federal bir sistem konusunda yapılan tartışmalar, ister yazılı ister sözlü olarak ifade edilsin, kamuyu ilgilendiren konular olarak nitelendirilmiştir.¹¹² Hiç kuşkusuz, AİHM, siyasi konular dışında da kamu yararıyla ilgili konuların halkın önünde açıkça tartışılmasına ilişkin olarak basın özgürlüğüne güçlü bir koruma sağlamaktadır.

Basın özgürlüğü bağlamında bir başka önemli konu, gazetecilerin kanıtlamayacağı söylenti ve iddiaların yayınlanmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, AİHM değer yargılarının hiçbir biçimde kanıtlanma koşuluna

110 MACOVEI, a.g.e., s.12.

111 *Maronek v. Slovakia*, 32686/96, 19.04.2001, para. 56.

112 *Surek and Ozdemir v. Turkey*, 23927/94 ; 24277/94, 08.07.1999, para.60; *Sener v. Turkey*, 18.07.2000, para. 40; *Ozgur Gundem v. Turkey*, 23144/93, 16.03.2000, para. 61.

tâbi tutulmaması gerektiğini açıklamıştır. Mesela, *Thorgeirson* davasında, polise yöneltilen suçlamalar değişik kaynaklardan derlenmiştir ki yazı, esas olarak, halktan kaynaklanan söylentilerden söz etmektedir. İzlanda hükümeti, davacı iddiaların doğruluğunu kanıtlayamadığına göre yazıların nesnel ve olgusal bir temeli olmadığını ileri sürerken, AİHM bu doğruluk koşulunu makul olmayan, hatta olanaksız bir talep olarak değerlendirmekte ve basın sadece bütünüyle kanıtlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması halinde hemen hemen hiçbir şey yayınlamayacağını belirtmiştir.¹¹³ Açıktır ki, AİHM'in bu düşünceleri halkı ilgilendiren konularda kamusal tartışma bağlamında ele alınmalıdır.

AİHM, başka insanlar tarafından ileri sürülen iddiaların medya tarafından yayılması konusunu da ele almıştır. *Jersild* ve *Thoma* davalarında AİHM "...bir gazetecinin, bir başkasının ileri sürdüğü bir iddianın yayılmasına yardım ettiği için cezalandırılması... basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına katkısını ciddi biçimde engeller; özel olarak güçlü nedenler olmadığı sürece, bu tür bir cezalandırma düşünülmemelidir" demiştir.¹¹⁴

Ayrıca, hükümetin davacı gazetecinin alıntı olarak aktardığı iddia ile arasına mesafe koymamasından müşteki olduğu *Thoma* davasında, AİHM şunu belirtmiştir: "...Gazetecilerin, başkalarına karşı hakaret veya provokasyon gibi görülebilecek ya da başkalarının şöhretlerine hâlel getirebilecek bir alıntıyı yaparken söylenenle aralarına sistematik ve formel biçimde mesafe koyması gerektiği yolunda genel bir talep, basının güncel olay, fikir ve kanaatler konusunda bilgi vermeye ilişkin rolü ile bağdaştırmaz."¹¹⁵

Gazetecilerin kaynakları da 10. madde çerçevesinde koruma altındadır. AİHM, gazetecilerin kaynaklarının korunmasının basın özgürlüğünün temel koşullarından biri olduğunu açıklamıştır. *Goodwin* davasında AİHM şöyle demektedir: "...bu tür koruma olmadığı takdirde kaynaklar kamuyu ilgilendiren konularda halka bilgi sağlama konusunda basına yardım etmekten cayabilirler. Bunun sonucunda, basının kamu-

113 *Thorgeirson v. Iceland*, 13778/88, 25.06.1992, para. 65

114 *Jersild v. Danimarka*, 15890/89, 23.09.1994, para. 35; *Thoma v. Lüksemburg*, 38432/97, 29.03.2001, para. 62.

115 *Thoma v. Lüksemburg*, 38432/97, 29.03.2001, Para. 64

nun gözü kulağı olma konusundaki yaşamsal rolü darbe yiyebilir, basının doğru ve güvenilir bilgi verme kapasitesi olumsuz yönde etkilenebilir.”¹¹⁶

Basın özgürlüğü ve yargının eleştirilmesi kapsamında *July ve Liberation Fransa'ya karşı davasında*¹¹⁷ birinci başvuru Serge July Fransız gazetesi Liberation'ın yayın müdürüdür. İkinci başvuru ise, SARL Liberation Limited Şirketi'dir. Başvurucuların şikayeti Cibuti'de görevdeyken ölü olarak bulunan bir Fransız yargıç olan Benard Borrel'in şüpheli ölümüne ilişkin dava hakkında bir basın toplantısında yapılan açıklamaları rapor eden bir makalenin Liberation'da yayınlanmasından ötürü hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle mahkum edilmeleridir. Makalede rapor edilen toplantının amacı, merhumun eşinin Adalet Bakanlığına soruşturmada görevli olan iki yargıç hakkında Yargı Hizmetleri Müfettişliğince bir araştırma yapılmasını talep etmektir. Basın toplantısı sırasında merhumun eşi, avukatları ve Yargıçlar Derneği Başkanı ve Yargıçlar Sendikası Başkanı da dahil olmak üzere bazı yargıçlar, soruşturmanın yürütümüne ilişkin bir dizi soru ve eleştiri yöneltmişlerdir. Söz konusu soruşturma yargıçları, “Bir yargıcın ölümü: eşi yargıçlar ve polisler hesap soruyor” başlıklı yazının yayınlandığı gün başvuru haklarında hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle dava açmışlardır.

Makaledeki dört ibarenin hakaret niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür ki bunlar; 1. Merhumun eşinin yargıçların taraflı olmalarından yakınması, 2. Yargıçlar Derneği Başkanına göre davaya ilişkin soruşturma garip bir şekilde yürütülmesi, 3. Yargıçlar Sendikası Başkanı'nın, “bir dizi hata”dan bahsetmesi, ve 4. Soruşturma yargıçlarının yavaş hareket etmeleri.¹¹⁸

Yerel mahkeme, yargıçların taraflı olduklarına dair ibarenin yanı sıra soruşturmanın tuhaf bir biçimde yürütüldüğüne ilişkin ifadenin de hakaret içerdiği kanısına varmıştır. Konuyu bir mülakat biçiminde ele alma yoluna başvurmadıkları gerekçesiyle başvuru haklarında iyiniyet sınırları içinde kalmadıkları sonucuna ulaşmıştır ve tazminatın yanı sıra Liberation ve diğer bir milli gazetede mahkeme kararının özetini yayınlamasına karar vermiştir.¹¹⁹

116 Goodwin v. The UK, 17488/90, 27.03.1996, Para. 39/2

117 July and Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14.02.2008.

118 July and Sarl Liberation v. France, para. 15.

119 July and Sarl Liberation v. France, para. 17-25.

AİHM, başvurucuların aldığı mahkumiyetin ifade özgürlüklerine bir müdahale oluşturduğu kanısına varmıştır. Bu müdahale Fransız hukukunda öngörülmüştür. Müdahale, söz konusu soruşturma yargıçlarının itibarını koruma ve yargının egemenliğini ve tarafsızlığını koruma meşru amacını taşımıştır. Bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ise Mahkeme, her şeyden önce basın demokratik bir toplumda oynadığı “bekçilik etme” rolünü hatırlatmıştır. Her ne kadar basının bazı sınırları aşmaması gerekse de, görevi kendi sorumluluk ve yükümlülüklerine uygun bir biçimde yargı sisteminin işleyişi de dahil olmak üzere kamuyu ilgilendiren meseleler hakkında bilgi ve görüşleri iletmektir. Söz konusu makalenin zaten kamunun ilgisini çekmiş olan bir davaya ilişkin basın toplantısı üzerine bir rapor olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, gazetecilerin bilgi vermede hangi raporlama tekniklerini benimseyeceklerine milli mahkemeler değil basının karar vereceğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, makalede konuşmaların doğru bir biçimde raporlanmış olduğunu ve okuyucuların konuşmacıların ifadeleri ve gazetenin analizlerini birbirinden ayırt edebilmeleri için çeşitli yerlerde tırnak işaretlerinin kullanıldığını kaydetmiştir. Üstelik ilgili ifadelerin kime ait olduklarını göstermek üzere her seferinde konuşmacının adına yer verilmiştir. Yerel Mahkemenin ‘garip’ sıfatına ilişkin olarak gösterdiği gerekçeye ilişkin olarak AİHM, her ne kadar gurur okşayıcı olmasa da bu tabirin basın toplantısının katılımcılarından birine ait olduğunun belirtildiğini ve gazetecinin kendisine ait olmadığını kaydetmiştir. Üstelik makale, söz konusu yargıçlara ilişkin herhangi bir husumet gütmemektedir. Ayrıca AİHM, resmi görevlerini ifa eden kamu görevlileri bakımından kabuledilebilir eleştirinin sınırının daha geniş olduğunu hatırlatmıştır. AİHM, söz konusu ibareleri “açıkça onur kırıcı” bulmamış ve başvurucuların iyiniyetli olmadıklarına ilişkin gerekçelerin ifade özgürlüğü ve basının “bekçilik etme” rolüyle bağdaşmadıkları kanısına varmıştır. AİHM, başvurucuların mahkumiyetinin taşınılan amaçla orantılı olmadığına ve demokratik bir gerekli olmadığına bu sebeple İfade Özgürlüğü’nün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁰

120 July and Sarl Liberation V. France, 20893/03, 14.02.2008, para. 65-74.

E. Bilimsel ve Akademik Yayınlar Konusunda Mahkemenin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

Bu başlık altında ulusal güvenliği, ticari yaşamı ve başkalarının hak ve şöhretlerini ilgilendiren bilimsel ve akademik yayınlarda ifade özgürlüğünün nasıl değerlendirildiği *Başkaya ve Okçuoğlu*, *Hertel* ve *Sorguç* davaları çerçevesinde incelenmiştir.

*Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye karşı*¹²¹ davasında bir iktisat profesörü tarafından akademik bir çalışma olarak hazırlanan ve Türkiye'nin 1920'den bu yana geçirdiği sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen ve de resmi devlet politikasını eleştiren bir kitabın yayınlanması üzerine kitabın yazarı ile yayıncısı, Türkiye sınırları içerisindeki toprak parçasına Kürt halkına ait Kürdistan diye referansta bulunduğu ve bu toprak parçasının Türkler tarafından istila edilen bir koloni olarak değerlendirildiği gerekçesiyle Terörle Mücadele Kanunu'na muhalefetten ilgili kitap toplattırılmış, kitabın yazarı ve yayıncısı hem hapis hem de para cezasıyla cezalandırılmış ve de yazar üniversitedeki görevinden uzaklaştırılmıştır. Olayı değerlendiren AİHM, kitapta yer alan bazı değerlendirmelerin sert ifadeler olmakla birlikte Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan siyasal ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiş olduğunu, kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı, şiddete çağrı anlamında bir anlatım tarzı da benimsenmediği tespitinde bulunmuştur. Ulusal mercilerin üniversite alanında ifade özgürlüğünün yeterince dikkate almadığına hükmeden AİHM, verilen cezaların oldukça ağır olduğu ve özellikle başvuru Başkaya'nın üniversitedeki işini kaybettiğini de hesaba katarak verilen ceza ile elde edilmek istenen araç arasında orantılılık olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.¹²²

Bir reklam yazısına cevaben bir profesörle beraber yapılan akademik bir araştırma sonunda bir dergide yayınlanan makalede mikro dalga fırınlar yardımıyla hazırlanan yiyeceklerin yenilmesinin insan sağlığına zararlı olduğunu iddia etmenin ve dergi kapağında iskeletin elinde mikrodalga fırını gösteren resim nedeniyle bu tür beyanların tekrarlanması hakkında mahkemenin tedbir karar vermesinin konu olduğu *Hertel*

121 Başkaya & Okçuoğlu v. Turkey, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, para. 61 – 67.

122 ÖKTEM, a.g.e., s.381; BİÇAK, a.g.e., s. 246.

İsviçre'ye karşı davasında AİHM, bilimsel ya da akademik bir araştırma- yı da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Bununla beraber başvurana yapılan müdahalenin başkalarının haklarını koruma amacıyla yapılmasını uygun bulmasına rağmen verilen cezanın özellikle bu fiilin tekrarlanması halinde hapis cezasını da ön görmesi sebebi ile demokra- tik bir toplumda gerekli ve orantılı olarak bulmadığı için İfade Özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.¹²³

*Sorguç Türkiye'ye karşı*¹²⁴ davasında, Profesör olan Başvurucu 1997'de kendi akademik alanında düzenlenen bir kongrede dağıttığı bir bildiride doçentlik sınavıyla ilgili eleştiriler getirmiştir. Bildiride geçen *“Üniversiteler Arası Kurulun Yapı İşletmesi öğretim üyesi bulunmayan yeni bir jürisi ile doçentlik sınavını yine hiçbir yayın yapmadan geçip, Yapı İşletmesinde profesörlük bazırlıklarına başlamıştır...”* ifadesini ismi zikredilmemesine rağmen kişiliğine yönelik saldırı olarak kabul eden N.Ç.A. bu sebeple ulusal yargı organlarında dava sürecini başlat- mıştır. Sürecin sonunda başvurunun ifadesinin başka bir jüri olsaydı N.Ç.A.'nın sınavı geçemeyeceği anlamına geldiğine karar verilmiştir. Buna bağlı olarak başvuru tarafından yapılan ifade N.Ç.A.'nın kişiliği- ne saldırı olarak değerlendirilmiş ve başvuru tazminata mahkum edil- miştir. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM'e başvurmuştur.

Başvurucu öğretim üyesi olarak bilim çevresini ve bütün olarak ka- muyu kendi çalıştığı bölümün zayıflığı konusunda bilgilendirme görevi- ni yerine getirdiğini iddia etmiştir. Başvurucu bildirisinde N.Ç.A.'nın is- mini kullanmamıştır, fakat kullanmış olsa bile bunun, ifade özgürlüğü hakkının kısıtlanmasını gerektirecek geçerli bir gerekçe olmadığını iddia etmiştir. Türkiye, başvurunun, sözlerinin, bilimsel bir ortamda dile ge- tirilmiş dahi olsalar, bilimsel tartışma sınırlarını aştığını ileri sürmüş, ulu- sal mahkemelerin, başvurunun ifade özgürlüğü hakkıyla davacının şöhretinin korunması hakkı gibi çatışan menfaatler arasında denge ku- rarken, N.Ç.A.'nın lehinde kararlar verdiğini dile getirmiştir. Türkiye'ye göre söz konusu müdahale güdülen amaçla orantılıdır ve ulusal makam- ların takdir yetkisi içinde değerlendirilmelidir.

123 Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, 25.08.1998, para. 44, 50, 51.

124 Sorguç v. Turkey, App. No. 17089/03, 23.06.2009.

AİHM, akademik personelin çalıştığı üniversite ve sistem hakkındaki düşüncelerini özgürce ifade etme ve sınırlama olmaksızın bilgilerini ve gerçekleri yayma özgürlüğünü bünyesinde bulunduran akademik özgürlüğün önemini vurgulamıştır. Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda, AİHM, ulusal yargı organlarının, ismi belirsiz bir kişinin kişilik haklarının korunmasını, başvurunun ifade özgürlüğü hakkı ile kamu yararının sözkonusu olduğu meselelerde bu özgürlüğe katkıda bulunan kamu yararının üstüne koymanın acil bir sosyal ihtiyaç olduğunu ikna edici bir biçimde ortaya koymadığı kanısındadır. AİHM'e göre, ulusal yargı organları kararlarından başvurunun ifadelerinin N.A.Ç.'nin kariyerini veya özel yaşantısını etkilediği anlaşılamamaktadır. AİHM, ulusal yargı organlarının ileri sürdüğü gerekçelerin, başvurunun ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale için yeterli ve ilgili bir gerekçelendirme olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle ulusal otoriteler, ilgili menfaatler arasında adil bir denge kurmayı başaramamışlardır. AİHM'e göre, yapılan müdahalenin, AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiği kararını vermiştir.¹²⁵

F. Kitap ve Sanat Eserleri Konusunda Mahkemenin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

Bu başlık altında ulusal güvenliği ve genel ahlakı ilgilendiren kitap ve sanat eserlerinde ifade özgürlüğünün nasıl değerlendirildiği *Arslan*, *Karataş* ve *Müller* davaları çerçevesinde incelenmiştir.

*Arslan Türkiye'ye karşı*¹²⁶ davasında Türkiye'de Kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen Kürt kökenli bir siyasetçi ve yazar tarafından yazılan bir önsöz içeren "*Yas Tutan Tarih, Otuzüç Kurşun*" isimli kitabın birinci baskısı, Türkiye'de birden fazla milletin olduğunu ve Kürtlerin sürekli olarak baskı altında tutulduğunu ileri sürmekten, Türk milletini barbar olarak nitelendirmekten ve terör örgütünün eylemlerini kutsallaştırmaktan dolayı toplattırılmış ve yazarı hakkında bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle hapis cezasına hükmedilmiştir. Hapis cezasının yasal gerekçesini oluşturan ceza kuralı yürürlükten kalkması nedeniyle verilen hüküm ortadan kalkmıştır. Fakat, kitabın

¹²⁵ Sorguç v. Turkey, para. 32-40.

¹²⁶ Arslan v. Turkey, 23462/94, 08.07.1999, para. 44 – 50.

ikinci baskısının yapılması üzerine bu sefer Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili maddesine dayanılarak Kürt halkını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapması sebebiyle kitap yine toplattırılmış ve de yazarına yine hapis cezası verilmiştir. AİHM, kitabın tarihi gerçekleri taraflı olarak tanımladığını, ancak yazarın düşüncelerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirdiğini, bu metodun açıklanan düşüncenin milli güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisinin büyük ölçüde azalttığı tespitinde bulunmuştur. Ayrıca kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamaların, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymakla ve düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik olmadığı tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılılık olmadığından ifade özgürlüğüne yapılan müdahale demokratik bir toplum için gerekli olmadığını, dolayısıyla ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.¹²⁷

*Karataş Türkiye'ye karşı*¹²⁸ davasında bir psikoloğun yayınlamış olduğu bir şiir kitabında yine Terörle Mücadele Kanunu'na muhalefetten “devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmak” suçu işleği gerekçesiyle şiir kitabı toplattırılmış, şair ve yayıncı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen AİHM, şiirlerdeki bazı bölümler Türk yönetimi hakkında oldukça saldırgan bir üslup içermekle ve şiddet çağrısı yapmakla birlikte, başvurucunun sıradan bir insan oluşundan ve fikirlerin kitle iletişim araçlarıyla geniş bir kitleye değil de sanatsal nitelik taşıyan bir yolla kısıtlı bir kitleye aktarılması, bu yüzden etki alanının çok az olması nedeniyle bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azalttığını belirtmiştir. Mahkumiyet kararının şiirlerin kişileri şiddete teşvik ettiği için değil, Türkiye'nin belli bir kesimine Kürdistan diye referansta bulunarak ve ayrılıkçı hareketi överek kutsallaştırmak suretiyle bölücü propaganda yapmaktan dolayı verildiği, verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁹

127 GÜLFİDAN, a.g.e. s. 287 – 288; BIÇAK, a.g.e., s. 245.

128 Karataş v. Turkey, 23168/94, 08.07.1999, para. 48 – 54.

129 ÖKTEM, a.g.e., s.380; BIÇAK, a.g.e., s. 249.

Müller ve diğerleri İsviçre'ye karşı davasında, bir modern sanatlar sergisinde sergilenen ve birinci başvurucunun insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkinin gösterildiği üç tablosunu sergilemesi ve sergiye katılan diğer ressamın birinci başvurucuya bu resimleri halka gösterme imkanı vermeleri nedeniyle her bir başvurucuya para cezası verilmesinden kaynaklanmıştır. AİHM, 10. maddedeki “düşünceyi açıklama” ibaresinin, kültürel, siyasi ve her çeşit sosyal bilim ve görüşlerin bir toplumda etkileşimini ve yayılmasını sağlayan “düşüncenin sanatsal olarak açıklanmasını” da kapsadığı ifade etmiştir. Çocuklar dahil herkesin girebileceği sergide müstehcen resim sergilemeye karşı tabloların imha edilmeyip müzede saklanması ve başvurucunun talebi üzerine tabloların sekiz yıl sonra iadesi şeklinde yapılan müdahale hukuken öngörülebilirlik kriterini haiz olması ve genel ahlakın korunması amacıyla yapıldığı için ve de demokratik toplumda gereklilik kriterine de uygun olduğundan, İsviçre'nin müdahalesi ifade özgürlüğü ihlali sayılmamıştır. AİHM, devletlerin genel ahlakı koruma konusunda yaptıkları işlemler için geniş bir takdir alanına sahip olduklarını ortaya koymuştur.¹³⁰

G. Ticari Beyanat ve Reklamlar Konusunda Mahkemenin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı

AİHM, reklam faaliyetlerinin, bireylere mal ve hizmet tekliflerinin karakteristik anlamlarını keşfedilmesi açısından toplumda kullanışlı bir fonksiyonu olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber, özellikle haksız rekabet, yanlış veya şaşırtıcı reklamlara müdahale edilebilmektedir. İfadelerin içeriği tamamen ticari olduğunda, AİHM, taraf devletlere çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak, bu reklamlar geniş çapta kamuyu ilgilendiren konulara yönelik olduğunda bu takdir yetkisi daralabilmektedir.¹³¹ Bu başlık altında AİHM'in ticari beyanat ve reklamlar konusunda ifade özgürlüğüne yaklaşımı *Markt Intern* ve *Barthold* davaları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Markt Intern Almanya'ya karşı davasında¹³²; Birinci başvurucu bir yayın şirketi, ikinci başvurucu ise bu şirketin editörlerinden biridir. Baş-

130 Müller & Others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988, para. 38 – 44.

131 JACOBS, WHITE & OVEY, The European Convention On Human Rights, Fifth Edition, Oxford Press, 2010, s. 447.

132 Markt Intern v. Germany, 10572/83, 20.11.1989.

vurucular tüketici haklarıyla ilgili bir bülten çıkarmışlardır. Bu bültende yayınlanan bir yazıda, mektupla alış veriş yapan bir firmadan aldığı bir üründen memnun kalmadığı için ürünü iade eden ve firmanın üründen memnun kalınmaması halinde geri ödeme yapılacağını söylenmesine rağmen geri ödeme yapılmadığını bildiren bir tüketici mektubunu yer verilmiştir. Başvurucular yine bu yazıda bu firmanın ticari faaliyeti hakkında tüketicilerin kendilerine bilgi göndermelerini istemişlerdir. Söz konusu firma mahkemeye başvurarak, başvurucuların aynı türde bir kez daha mektup yayınlamamaları için tedbir kararı verilmesini istemiş, bu tedbir kararı mahkeme tarafından verilmiştir. Bu mahkeme başvurucuların haksız rekabet yasasına aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle aynı konuda yazı yayınlamalarını yasaklamıştır. Başvurucular İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

AIHM'e göre başvurucuların, firmanın ticari faaliyetleri hakkında bilgi istedikleri tüketiciler, bu firmadan alış veriş yapanlarla sınırlı bir kesimdir. AIHM, bu tür bir bilgi bütünüyle halkı ilgilendirmediği halde, bu tür bir bilgi 10. maddenin 1. fıkrasının kapsamı dışında tutulmadığı ve bu fıkra her türlü bilgi, düşünce ve ifadeyi kapsadığından, olayda 10. madde uygulanabilir nitelikte olduğuna kanaat getirmiştir. Bu durumda yayınlanan yazıdaki sözlere benzer sözleri bir daha yayınlanma yasağı, ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Başvurucuların davranışlarını düzenlemeleri için iç hukukta yeterli ve açık içtihatlar bulunduğu, müdahale hukuken öngörülebilir nitelikte ve başkalarının şeref ve haklarını korumaya yönelik olan bu müdahale meşru bir amaca sahiptir. Ticari konularda ve haksız rekabet alanında müdahaleleri değerlendirme bakımından devletlerin takdir yetkisi esastır. AIHM'in bu konudaki incelemesi kural olarak müdahalenin haklılığı ve orantılılığı ile sınırlı olmuştur. Piyasa ekonomisi içinde faaliyet gösteren işletmeler rakipleri ve tüketicileri tarafından takip edilmekte olup, ticari faaliyetler hakkında basın tarafından yayınlar yapılabilir. Ancak bazı yayınlar gerçeği yansıtmakta olsalar bile, belirli şartlarda yasaklanmaları gerekebilir. Ticari faaliyetlerle ilgili münferit bir olayın yayınlanmadan önce çok dikkatli bir inceleme yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde münferit bir olay, genel bir uygulamanın delili olduğuna dair yanlış bir izlenim verebilmektedir. Olayda söz konusu makale bir takım gerçek unsurları

içermesine rağmen, şikayet henüz araştırılmadan ve ham bir şekilde yayınlanmıştır. Başvurucuların böylesi bir şikayeti yayınlamaları halinde bunun firma üzerinde olumsuz sonuçları olacağını düşünmeleri gerekmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan özgürlüğün ödev ve sorumluluk içinde kullanılması gerektiği dikkate alındığında, iç hukuktaki nihai kararı veren ulusal makamlar takdir alanlarını aşmadıkları görülmektedir. AİHM bunu şu şekilde dile getirmiştir “...gerçeği yansıtan ve gerçek olayları anlatan yazıların yayınlanması bile bazı durumlarda yasaklanabilir: özel hayata saygı yükümlülüğü ya da belirli ticari bilgilerin gizliliğine saygı gösterme görevi bunun örnekleridir”. Sonuç olarak AİHM, Almanya tarafından yapılan demokratik bir toplumda gerekli olan müdahale nedeniyle, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹³³

Reklâmların yasaklanması da, belirli koşullar altında, AİHM tarafından ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak görülmektedir. *Barthold Almanya'ya karşı* davasında, başvuru, hasta bir kedinin sahipleri için son çare olarak başvuracakları veteriner cerrahdır, çünkü Hamburg'da bu tür acil durumlar için hizmet veren tek veteriner hekimdir. Bir gazeteci kendisiyle görüşme yaparak bölgede hayvanların sağlığı açısından önemli bir boşluk oluşturan bu durumu ortaya koyan bir yazı yazmıştır. Barthold'un meslektaşları, kendisinin reklâm amacıyla bu tür bir yazıyı yazdırttığı ya da hoş gördüğü iddiasıyla haksız rekabet yasası uyarınca aleyhine dava açmışlardır. AİHM bu vakanın ticari bir reklâmdan ziyade kaygılandırıcı bir durum üzerine kamusal bir tartışma olduğuna ve davacının mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna hükmetmiştir: “*Barthold'un mahkûmiyeti serbest meslek mensuplarını, söylediklerinin bir dereceye kadar bir reklâm etkisi anlamına geldiği gibi yorumlanması konusunda en ufak bir ihtimal dahi varsa, toplumun hayatını etkileyen konularda kamusal tartışmaya katılmaktan caydırma tehlikesini taşımaktadır. Aynı biçimde, bu tür bir kriterin uygulanması, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesine engel olabilir.*”¹³⁴

133 MACOVEI, a.g.e. s. 28.

134 Barthold v. Germany, 8734/79, 25.03.1985, para. 58.

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü, demokrasinin en önemli dayanaklarından biri olarak kabul edilmektedir. İfade özgürlüğü, aynı zamanda, AİHS ile güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin kullanımı için de büyük önem taşıdığından, AİHM bu konuyla ilgili olarak oluşturduğu içtihatlarla, ideal anlamda demokratik toplum oluşturulmasına yol gösterme amacına hizmet etmektedir. AİHM, birçok kararında, ifade özgürlüğünü o kadar geniş yorumlamıştır ki, saldırgan içerikli, toplumun bir kesimini şoka uğratici ya da rahatsız edici ifadelerin bile açıklanmasını, demokratik bir toplumda gerekli olan, hoşgörü, açık görüşlülük ve çoğulculuk ilkelerinin yaşama geçirilmesi olarak algılamıştır. Öte yandan, kamu düzeninin bozulmasına yol açacak, toplumda nefret ve şiddeti yaygınlaştıracak biçimdeki ifadelerin ideal demokrasilerde yerinin olmadığını da birçok kararında vurgulamıştır.¹³⁵

Bu çerçevede ulusal güvenlik kapsamında şiddeti öven veya şiddet çağrısı niteliği dışında kalan sinirlendiren, çok tepki gören ve hatta rahatsız edici ifadeler, basın özgürlüğü açısından toplumun ifade özgürlüğünün bir görünümü olan basının özellikle kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirme ile kanaat oluşturma görevi ve bekçilik etme rolü kapsamında kalan üstelik kanıtlanamayan ifadeler, haksız rekabete neden olmayan ticari beyanlar, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermeyen ve akademik dünyada bir tartışma ortamı yaratan taraflı bilimsel çalışmalar ve genel ahlaka aykırı olmayan hatta şiddet unsuru içermekle beraber kin ve nefret unsuru yaratmayan sanat eserleri ifade özgürlüğünün koruması altında değerlendirilmektedir.

135 BİLEN, a.g.e.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Ömür;** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Politik İfade Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalarda Ulusal Takdir Payının Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 71 - 72, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009.
- BIÇAK, Vahit;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı:1- 2, Ankara, 1999.
- ÇELİK, Can;** Terörizm ve İfade Özgürlüğü, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2010, Cilt 2, İstanbul, 2010.
- DALKILIÇ, Aysun;** Terörizm ve İnsan Hakları İkilemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, 2007.
- ENGLE, Eric;** Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung), Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, Bremen, 2009.
- GOMIEN, Donna;** Short Guide To The European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Council of Europe Publishing, Belgium, 1998.
- GÜLFİDAN, Osman Serkan;** AİHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gereklere Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergi, 1/2007, İstanbul, 2007.
- JACOBS, WHITE and OVEY;** The European Convention On Human Rights, 5th Edition, Oxford Press, 2010.
- KAZAN, Turgut;** İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003.
- KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, E. Eylem, MEMİŞ, Pınar;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 1, İstanbul, 2003.
- MACOVEI, Monica;** Freedom of Expression, Human Rights Handbooks No. 2, Council of Europe, 2004.

MOWBRAY, Alastair; Cases And Materials On The European Convention On Human Rights, 1st Edition, London, Butterworths, 2001.

MOWBRAY, Alastair; The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, published in North America, 2004.

NAL, Sabahattin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku'nda Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 63 – 64, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul, 2009

ÖKTEM, Emre; Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.

TANÖR, Bülent; Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni Yıl 10, Sayı 1-2, 1990.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa R., SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat M.,; İnsan Hakları EL Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

TOKBAŞ, Hakan; Düşünce Açıklaması (İfade Hürriyeti), Prizma Hukuk ve Danışmanlık Hukuki Metinleri.
<http://www.prizmahukuk.com/HukukiMetinler.html>

ÜNAL, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Basımevi, Ankara, 1995.

VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, ZWAAK; Leo, Theory and Practice of European Convention on Human Rights, Intersentia Publishers, 4th Edition, Antwerpen – Oxford, Oct. 2006.

AİHM Kararları için; http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_en

Arslan v. Turkey, 23462/94, 08.07.1999.

Autronic AG v. Switzerland, 12726/87, 22.05.1990.

Barthold v. Germany, 8734/79, 25.03.1985.

Başkaya & Okçuğlu v. Turkey, 23536/94, 24408/94, 08.07.1999.

Brind & Others v. UK, 18714/91, 09.05.1994.

Castells v. Spain, 11798/85, 23.04.1992.

Chorherr v. Austria, 13308/87, 25.08.1993.

Colman v. The UK, 16632/90, 28.06.1993.

Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001.

- Dalban v. Romania, 28114/95, 28.09.1999.
- Dink v. Turkey, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010.
- Engel and Others v. Holland, 71/5100, 08.06.1976.
- E. v. Switzerland, 10279/83, 07.05.1984.
- Fressoz & Roire v. France, 29183/95, 21.01.1999.
- Gerger v. Turkey, 24919/94, 08.07.1999.
- Glaser v. Germany, 80/9228, 28.08.1986.
- Goodwin v. The UK, 17488/90, 27.03.1996.
- Grigoriades v. Greece, 94/24348, 25.11.1997.
- Groppera v. Switzerland, 10890/84, 28.03.1990.
- Handyside v. The UK, 5493/72, 7.12.1976.
- Hertel v. Switzerland, 59/1997/843/1049, 25.08.1998.
- İncal v. Turkey, 41/1997/825/1031, 09.06.1998.
- Jersild v. Danimarka, 15890/89, 23.09.1994.
- July & Sarl Liberation V. France, 20893/03, 14.02.2008.
- Karataş v. Turkey, 23168/94, 08.07.1999.
- Kosiek v. Germany, 82/9704, 28.08.1986.
- Lingens v. Austira, 9815/82, 08.07.1986.
- Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), 15318/89, 23.03.1995.
- Maronek v. Slovakia, 32686/96, 19.04.2001.
- Markt Intern v. Germany, 10572/83, 20.11.1989.
- Müller & Others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988.
- Observer v. The UK, 13585/88, 26.11.1991.
- Özgür Gündem v. Turkey, 23144/93, 16.03.2000.
- Petra v. Romania, 115/1997/899/1111, 23.09.1998.
- Prager and Oberschlick v. Austria, 15974/90, 26.04.1995.
- R., S., and Z. v. Switzerland, 10414/83, 01.10.1984.
- Purcell & Others v. Ireland, 15404/89, 16.04.1991.

Rotaru v. Romania, 28341/95, 04.05.2000.,
Sorguç v. Turkey, App. No. 17089/03, 23.06.2009.
Sürek & Özdemir v. Turkey, 23927/94, 24277/94, 08.07.1999.
The Sunday Times v. The UK (No. 1), 6538/74, 26.04.1979.
Tolstoy Miloslavsky v. UK, 18139/91, 13.07.1995.
Thoma v. Lüksemburg, 38432/97, 29.03.2001.
Thorgeirson v. Iceland, 13778/88, 25.06.1999.
Ukrainian Media Group v. Ukraine, 72713/01, 29.03.2005.
X. v. The UK, 8010/77, 12.03.1981.
Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria,
89/15153, 19.12.1994.
Vogt v. Germany, 91/17851, 26.09.1995.
Zana v. Turkey, 69/1996/688/880, 25.11.1997.

CEZALANDIRMANIN AMACINA DAİR TEORİLER

Yard. Doç. Dr. Devrim Aydın*

Özet

Suç işleyen kişinin (failin) cezalandırılması, ceza hukukunun temel amacıdır. Ceza hukuku tarihi boyunca suçluya karşı değişik cezalar uygulanmıştır. Ceza hukukunun insanileşmesiyle beraber bedensel cezalar yerini hapsedme ve para cezasına bırakmaya başlamıştır. Cezaların amacının ne olduğu ve ne olması gerektiği meselesi ceza hukukçularının yanı sıra diğer sosyal bilimcilerin de ilgisini çekmiştir. Ekonomik, toplumsal, hukuksal ve siyasal gelişmelere bağlı olarak cezanın amacına dair farklı fikirler ortaya atılmıştır. Makalede bu teorileri incelenmekte ve karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Suç, Ceza, Cezalandırmanın amacı, Mutlak teori, Nispi Teori

Abstract

The main object of the criminal law is to punish perpetrator. Throughout the history different types punishments have been implemented. The humanistic approach in the criminal law has changed the way the punishments were used to be and therefore physical punishments have been replaced by imprisonment and monetary fines. There were many question marks around the problem of what is and what should be the aim of the punishments. This question is rigourously argued not only by criminal jurists but also by social scientists. As a result, different theories have been invented in connection with economic, social, judicial and political developments. This article explains these theories with a comparative method.

Keywords

Crime, Punishment, The Aim of Punishment, Absolute Theory, Relative Theory.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

Giriş

Suç işleyen kişinin (failin) cezalandırılması, ceza hukukunun temel amacıdır. Ceza hukuku tarihi boyunca suçluya karşı değişik cezalar uygulanmıştır. Geçmişte, suçlunun yok edilmesi amacıyla ölüm cezası ve toplumdan çıkarılması amacıyla suçlunun sürgün edilmesi yaygın olarak uygulanmış, cezanın korkutuculuğunu artırmak amacıyla aleni infaz ve işkencelere başvurulmuştur. Ceza hukukunun insanileşmesiyle beraber bedensel cezalar yerini hapsedme ve para cezasına bırakmaya başlamıştır. Bütün bu cezaların amacının ne olduğu ve ne olması gerektiği meselesi ceza hukukçularının yanı sıra diğer sosyal bilimcilerin de ilgisini çekmiştir. Ceza bir yandan toplum düzenini korumaktayken bir yandan da suçluya yaptığı kötülüğün bedelini ödetmektedir. Ekonomik, toplumsal, hukuksal ve siyasal gelişmelere bağlı olarak cezanın amacına dair farklı fikirler ortaya atılmıştır. Bu farklı fikirler, cezayı sadece suçun karşılığında uygulanan bir yaptırımdan ibaret gören mutlak teoriler ile cezayı yeni suçların işlenmesini engellemek amacıyla uygulamayı savunan nisbi teorileri ortaya çıkarmıştır. Mutlak teorilere göre cezanın amacı, geçmişte işlenmiş bir suça tepki olmasıdır; nispi teorilere göre ise cezanın amacı gelecekte yeni suçların işlenmesinin önüne geçmektir.¹ Mutlak teori taraftarlarına göre ceza geçmişte işlenmiş bir suçun karşılığıdır. Nisbi teori taraftarlarına göre ceza, yeni suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla ve geleceğe yönelik olarak uygulanır. Karma teori taraftarları ise cezanın geçmiş ve geleceğe yönelik amaçları olduğunu iddia ederek diğer iki teoriyi uzlaştırmaya çalışmaktadırlar.

1- Mutlak Teoriler

Mutlak teori taraftarlarına göre ceza, suç işleyerek toplum düzenini bozmuş olan suçluyu cezalandırmak ve bozulan toplum düzenini yeniden tesis etmek amacıyla uygulanır. Latince “*punitur quia peccatum est*” biçiminde formüle edilen bu anlayışa göre ceza bir günahın (kötülüğün) karşılığıdır.² Suçlu, toplumsal sözleşmeyi bozduğu için önemsiz sayılabilecek bir suç bile toplumun tümüne saldırıdır ve suçlu tüm top-

1 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi. Halûk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yay., Ankara 2010, s. 37.

2 S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, Manuale di Diritto Penale, il Mulino Edit., Bologna, 2007, s. 36.

lumun düşmanıdır.³ Suçla beraber toplumsal düzen bozulduğu için geçmişte kalmış olsa da bir kötülüğe tepki olsun diye kamusal bir kötülük olarak “ceza” uygulanır. Mutlak teori taraftarları cezayı toplumu bir arada tutan bir bağ (kiriş) olarak görmektedirler.⁴ Bu teoriye göre cezanın amacı, kötülüğe bir başka kötülükle cevap vermektir. Cezalandırmanın, suçluya yaptığını ödetmek dışında bir amacı yoktur. Ceza, gelecek için, yani gelecekte yeni suçların işlenmesini önlemek için verilmez, ceza bir ıslah aracı değil bir tepkidir.⁵ Cezalandırma, yeni suçların işlenmesini önleyemez, ancak işlenmiş suçlara bir tepki olabilir. Mutlak teoriler, cezanın işlevine dair yaklaşımlarına göre kefaref ve adalet teorisi diye ikiye ayrılmaktadır.

a- Kefaref Teorisi

Ödetme olarak da adlandırılan kefaref teorisi, cezanın amacı konusundaki en eski düşünce olup faile işlediği suçun karşılığını ödetme fikrine dayandırır.⁶ “Göze göz, dişe diş!” biçiminde özetlenebilecek bir ilkeye dayanan bu anlayışa göre, topluma bir kötülük yapmış olan suçlu, bunun karşılığını çekmelidir.⁷ Ceza geçmişe yönelik olup cezanın temel amacı kötülüğü ödetmek bir başka deyişle hak edilen cezayı (karşılığı) vermektir.⁸ Ceza gelecekte yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla verilmez ve zaten cezanın gelecekte işlenmesi muhtemel suçları önleme işlevi de olamaz. Fail, suç işleyerek kusurunu ortaya koymuştur ve failin kusuru ancak cezalandırılmasıyla telafi edilebilir. Bu anlayış cezaya, sırf

-
- 3 Bkz. Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu - Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak, Çev. M. Ali Kılıçbay, İmge Yay., 2. Baskı, Ankara, 2000, s. 147; Cesera Beccaria, Dei Delitti e Delle Pene e Commento di Voltaire, Tascabili Economici Newton, Roma, 1994, s. 20.
 - 4 V. Gerard Bradley, “Retribution and the Secondary Aims of Punishment”, American Journ
 - 5 Bkz. Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce Armağani içinde, 9 Eylül Üniversitesi Yay, İzmir, 2001, s. 337.
 - 6 Bkz. Richard Hönig, “Ceza Gayeleri Nazaryesinin Tarihine Dair”, Çev. Y. Abadan, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1936, C. 2, S. 7 - 8, s. 413. Kefaref (Keffâret), örtücü ve imha edici anlamına da gelen dinsel bir tabirdir. Bir mecburiyet altında veya yanlışlıkla işlenen günahı affettirmek amacıyla dine uygun olarak verilen sadaka veya tutulan orucu ifade eder. Kefaref günahtan kurtulma yoludur. Bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yay., 9. B., Ankara, 1998, C. 2, s. 1261.
 - 7 Bkz. Centel, s. 338; Randall Shelden, “Neden Bu Kadar Cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler”, Çev. E. Demir, Suç Politikası içinde, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s. 474 - 476.
 - 8 Bradley, s. 105; Shelden. s. 476; Canestrari - Cornacchia - De Simone, s. 36.

ahlak açısından bakmaktadır; bozulan ahlak dengesi ceza ile yeniden tesis edilecektir.⁹ Ceza herhangi bir fayda veya sonuç elde etmek için verilmez, cezanın yegâne işlevi antisosyal fiile verilen sosyal bir tepki olmasıdır. Ancak bu özelliği, cezanın intikam olduğu anlamına da gelmez.¹⁰

Platon'dan Beccaria'ya kadar birçok yazar, cezayı suça karşı toplumun tepkisi olarak görmüştür. Suçlu, içinde yaşadığı toplumun koyduğu kurallara karşı gelerek toplumun ortak menfaatini çiğnemiştir.¹¹ O halde suçlu yaptığının karşılığını “ödemek” zorundadır.¹² Mağdurun uğradığı zararı ve toplumun güven duygusunu öne çıkaran bu teoriye göre, mağdurun ve toplumun sarsılan adalet duygusu ve kapıldıkları korku ancak suçlunun cezalandırılması ile telafi edilebilir.¹³ 1791'de Fransa'da yeni ceza kanunu yapılırken Le Peletier bunu, “*Suçun cinsi ile cezanın cinsi arasında tam orantı bulunmalıdır; suçunu vahşi bir şekilde işlemiş olan kişi fiziksel cezalara maruz kalacak, tembellik eden ağır işe zorlanacak, iğrenç olan ise utandırıcı cezaya uğrayacaktır.*” biçiminde ifade etmiştir.¹⁴ İngiltere Kraliyet Ölüm Cezası Komisyon Raporu'nda yer alan şu ifade de aynı düşünceyi yansıtmakta ve ahlaki kötülüğü gidermeye yönelik kefarete teorisini açıklamaktadır: “*İnsanların cinayet yüzünden asılmaları olgusu, cinayetin çok korkunç bir suç olarak değerlendirilmesinin önemli bir nedenidir.*”¹⁵ Kefarete teorisinde cezayı meşrulaştıran şey onun toplum ya da cezalandırılan kişi üzerinde yararlı sonuçlar doğurması değil, acının (cezanın) yapılan ahlaki kötülük için uygun ve yerinde bir karşılık olmasıdır.¹⁶

Kefarete teorisine göre, cezayı suçlunun işlediği suçun karşılığı olarak ele aldığı için cezanın şahsiliği ve cezanın orantılı olması gerektiği yönündeki ilkelerin ortaya çıkmasını da sağlamıştır.¹⁷ Ceza, toplum düzenini bozan kişiye uygulanacağı için cezalar şahsi olmalıdır. Bu nedenle ceza bir başkasını hedef alamaz. Ceza, bozulan toplum düzeninin yeniden sağlan-

9 Bkz. Centel, s. 338.

10 Bradley, s. 106.

11 Beccaria, s. 20.

12 Bkz. Marc Ancel, “Toplumsal Savunma Nedir?”, Çev. K. Bayraktar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1972, C. 37, S. 1 - 4, s. 334.

13 Bradley, s. 108; Canestrari - Cornacchia - De Simone, s. 36.

14 Bkz. Beccaria, s. 42 - 43.

15 Bkz. Herbert Lionel Adolphus Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Çev. E. Öz, Dost Yay., 2000, s. 59.

16 Hart, s. 59 - 60.

17 Bkz. Toroslu, s. 42.

masını amaçladığına göre, cezanın miktarı buna imkân vermelidir. Uygulanan ceza, bozulan adalet duygusunun tamir edildiği izlenimini verecek, mağdur ve toplumu tatmin edecek oranda olmalıdır. Verilen ceza, işlenen suçla orantılı olmalıdır. Kefaret teorisinin ceza hukukuna bir diğer katkısı da failin cezalandırılabilmesi için irade serbestisine sahip olması gerektiği fikrinin gelişmesini sağlamasıdır. Failin yaptığından dolayı kınanıp cezalandırılabilmesi, onun irade serbestisine sahip olmasını zorunlu kılar.¹⁸

b- Adalet Teorisi

Bu teori taraftarlarına göre suç, olağan yaşam düzenini ve adaletli durumu bozan “düzen dışı” bir davranış olduğu için, cezanın işlevi adaleti yeniden sağlamaktır.¹⁹ Ancak tüm hukuk düzeni sadece cezaya dayanmadığından, cezalandırmak hukukun işlevlerinden biridir ve suçla bozulan düzenin yeniden kurulması ancak suçlunun cezalandırılmasıyla sağlanabilir.²⁰ Cezanın verilme nedeni sadece adaleti sağlamaktır, cezanın bundan başka bir amacı olamaz. Bu teorinin fikri öncülerinden Kant’a göre devlet ve toplum sona erse bile bir suçlunun cezası mutlaka infaz edilmelidir; Hegel’e göre ise ceza, inkârın inkârıdır.²¹ Başkasına ait bir hakkı ihlal eden suçluya karşı, yaptığıının karşılığı olarak kamusal bir tepki gösterilmektedir. Böylece cezanın yegâne işlevi bireyleri ve toplumu korumaktır. Toplumsal kuralları ihlâl edenleri cezalandırmak suretiyle devlet toplumu korumuş olur. Yasayı ihlal eden (suç işleyen); toplumun ortak düşmanı, bir haindir ve bu kişilerin yok edilmesi bir yurttaşın yok edilmesi değil, bir düşmanın yok edilmesidir.²² Masumların korunması ve kurallara olan inancın sağlanması, ancak kuralı bozan ve masumlara zarar verenlerin cezalandırılmasıyla mümkün olabilir.²³ Böylece suçlu başkalarının haklarını ihlal ettiği için ona ait bazı haklar da kamu adına ortadan kaldırılacaktır. Bu teoriler cezayı intikam aracı olarak değil, toplumun savunulması aracı olarak gördüklerini iddia ederler.

18 Hönig, s. 415.

19 Bradley, s. 108.

20 P. George Fletcher, “The Fall and Rise of Criminal Theory”, Buffalo Criminal Law Review, 1997-1998, Vol.1, s. 289.

21 Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, s. 36; Centel, s. 338.

22 Beccaria, s. 47.

23 Beccaria, s. 47; Bradley, s.108.

c- Mutlak Teorilere Yöneltilen Eleştiriler

Mutlak teorilere göre cezanın bizzat kendisi bir amaçtır. Fail toplum düzenini bozarak kusurunu ortaya koymuştur. Bu nedenle faile kusuru oranında ceza verilmelidir. Geleceğe yönelik bir amaç aramayarak sadece geçmişteki bir kötülüğü ödetmek amacıyla ceza veriliyor olması mutlak teorilerin en zayıf ve en çok eleştirilen noktasıdır. Mutlak teoriler cezayı sadece bir bastırma aracı olarak görüp cezanın önleme amacı taşımadığını ileri sürmüşlerdir. Mutlak teori taraftarları, cezalandırmaya rağmen yeni suçların işlenmesini açıklayamamaktadırlar. Yeni suçlar işlendikçe cezalar artmakta buna rağmen suçluluk azalmayınca daha sert ve daha uzun süreli cezalarla toplum bir arada tutulmaya çalışılmaktadır. Bu da cezadan umulan amacın elde edilemediğini göstermektedir.

Devletin ceza koyma yetkisine sınır çizme konusunda da bu teori yetersiz kalmaktadır. Toplum düzenini bozan davranışın ne olduğu belli değildir. Kötülüğün bir başka kötülükle telafisi ne kadar mümkündür? Cezanın amacı kusurun denkleştirilmesi ise kusur oranı ve irade hürriyeti nasıl saptanacaktır? Cezanın amacı adaleti gerçekleştirmektir ancak kanunlar değiştikçe hukuk ve adalet anlayışı da değişir. Adalet, her döneme göre değiştiğine göre her dönem için geçerli bir adalet ölçütü koymak da mümkün değildir. Beccaria bu teorileri, “cezalandırma yetkisinin yeni bir işkence türüne dönüşmesi” diyerek eleştirmiştir.²⁴

Mutlak teoriler, suçlunun cezalandırılması halinde adaletin sağlanacağını savunmuş olmalarına rağmen uzun süren yargılamalar, dava ve ceza zamanaşımı nedeniyle suçlunun cezalandırılmaması ve suçlunun affı gibi nedenlerle zaman zaman toplumda cezanın işlevsiz olduğu ve cezalandırmakla umulan faydanın elde edilemediği endişesi yaygınlaşmaktadır.

Kabahatler ve bir kısım taksirli fiiller toplumun genelini ilgilendirmediği ve her zaman toplum düzenini bozmadığı için bu tür suçları işleyenlerin cezalandırılması sadece adaletin sağlanması amacı ile açıklanamaz. Örneğin doğum olayını nüfus idaresine geç bildiren bir babanın davranışının toplum düzenini bozduğu ve bu kişiye idari para cezası verilmesi sonucunda adaletin yeniden sağlandığını savunmak mümkün değildir.

²⁴ Beccaria, s. 20 vd.

2- Nispi Teoriler

Bu teorilere göre ceza geleceğe yönelik olarak ve yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla başvurulmuş bir araçtır.²⁵ Cezanın amacı failin yeniden suç işlemesini önlemek (özel önleme) ve toplumun diğer fertlerini suç işleme fikrinden uzak tutmaktır (genel önleme). Böylece, cezanın temeli gelecekte suç işleme ihtimalini ortadan kaldırmak ve failin gelecekte yeni bir suç işlemesini önlemektir. Ceza geçmişte ihlal edilen bir hakkı telafi edemeyeceğine göre cezanın yegâne amacı hakları gelecekteki muhtemel ihlallere karşı korumaktır.²⁶ Bu amaç sadece cezanın doğasından kaynaklanan korkutma ile sağlanabilir. Nispi teoriler, cezalandırmanın işlevini yeni suçların işlenmesini amaçlayan önleme teorisi ve suçluyu topluma kazandırmayı amaçlayan ıslah teorisi olarak ikiye ayırır.

a- Önleme Teorisi

Bu görüşe göre hangi fiillerin suç olduğunun ve suçun karşılığı olan cezanın kanunda gösterilmiş olması halinde suç işleme fikrinde olan birçok kişi bu fikrinden vazgeçecektir. O halde cezanın işlevi, daha suç işlenmeden önce, bireyleri korkutarak onları suçtan uzak tutmasıdır. Kapının arkasında sopanın durduğunu herkes bilir ve kimse sopa ile cezalandırmayı gerektirecek davranışlarda bulunmaz. Ceza, “tehdit” biçiminde belirir ve caydırıcılığı amaçlar.²⁷ Ancak cezanın bu işlevini yerine getirebilmesi için suç işlendiği zaman yaptırım mutlaka uygulanmalıdır ki gerekli gözdağı verilmiş olsun.²⁸ Bu teori, cezayı toplumun tümüne yönelik bir tehdit olarak gördüğü ve herkesi suç işleme fikrinden alıkoymayı hedeflediği için “genel önleme” teorisi olarak da adlandırılmıştır.²⁹

Bu teorinin zayıf yanı, cezayı bir korkutma aracı olarak görmesidir. Cezanın tehdit işlevini yerine getirebilmesi için suç işlendiği zaman ceza mutlaka uygulanmalıdır. Suçlar işlenmeye devam edeceği için tehdidin boyutları daha da artmalı ve cezalar şiddetlenmelidir. Ancak cezalar ne

25 Canestrari - Cornacchia - De Simone, s. 36.

26 Bkz. Centel, s. 340.

27 Shelden, s. 474.

28 Frank Day, Criminal Law And Society, Charles Thomas Publisher, Illionis, 1964, s. 51.

29 Bkz. Massimo Pavarini, “Lo Scopo Della Pena”, Introduzione al Sistema Penale içinde, Ed. A. Cadoppi ve diğerleri, Vol. 2, Giappichelli Edit., Torino, 1997, s. 296 vd.

kadar şiddetli olursa olsun, suçlar işlenmeye devam ettiğine göre cezanın önlemede yetersiz kaldığı ortadadır.³⁰ Zira bu teorinin beklentisi, cezalandırılan bir suçun bir daha işlenmemesi, cezalandırılan suçlunun da yeni bir suç işlememesidir. Oysa cezanın varlığına rağmen suçlar işlenmeye devam etmekte, bir kısım suçlular ise cezalandırılmalarına rağmen yeni suçlar işleyebilmektedirler. Cezanın suç işlemesini önleyeceği fikri, orantılılık ilkesine aykırı olarak, daha sert cezalara başvurulması sonucunu doğuracaktır. Suçu önlemek için cezalar artırılır ve buna rağmen suçlar işlenmeye devam ederse bunun kaçınılmaz sonucu, toplumsal kontrol ve otoritenin zayıflaması olacaktır. Cezalandırmaya rağmen yeni suçların işlenmesi önlenemez ise suç ve ceza koyan otorite tartışılır hale gelecek ve bireylerin hukuka olan inancı sarsılacaktır.

b- İslah Teorisi

Bu teoriye göre ceza, suç işlemiş olan bireyi hedef alarak onun yeni suçlar işlemesini önler ve cezalandırmak suretiyle suçluyu topluma yeniden kazandırır. O halde ceza, suçluyu ıslah ederek topluma yeniden kazandırmak amacıyla uygulanır. Ceza, suçlunun şahsına yönelik bir önleme aracı olup onun yeni bir suç işlemesini önlemeyi amaçladığı için bu teoriye “özel önleme teorisi” de denir. Bu teori, suçlunun cezalandırılması halinde topluma yeniden kazandırılacağını ve artık yeniden suç işlemeyeceğini savunur.

İslah teorisi taraftarları, cezanın amacına ulaşabilmesi için suçluyu ıslaha imkân verecek nitelikte olmasını ve infazın da suçluyu eğiterek topluma kazandırmayı amaçlamasını savunmuşlardır.³¹ Bunun sonucu olarak ıslah teorisi, ölüm cezası ve işkenceyi reddederek suçlunun topluma yeniden kazandırılmasına imkân veren hapis cezasının uygulanmasına katkı sağlamıştır.³² Bu teori, cezaevleri koşullarının düzeltilmesi, mahkûmlara cezaevlerinde iş ve meslek öğretilmesi ve sosyal terapiler uygulanarak sosyalleştirilmeleri konularında ilerlemeler sağlamış ve infaz hukukunu belli bir noktaya taşımıştır. Ancak cezalandırılmalarına rağmen bir kısım suçluların yeniden suç işlemeleri, bu teoriye yöneltelen

30 Bkz. Pavarini, s. 306 vd.

31 Hönig, s. 417.

32 Bkz. Toroslu, s. 61.

temel eleştiridir.³³ Cezalandırmak suçluyu topluma kazandırmaya her zaman yeterli olmamaktadır. Teorinin bir diğer zayıf noktası da cezaevinde cezasını infaz etmekte olan bazı suçluların orada yeni suçlar işlemesidir. Öyleyse suçluyu antisosyal biri olarak görmek ne kadar hatalı ise cezalandırılan kişinin “iyi insan, iyi yurttaş” olacağını beklemek de her zaman doğru değildir. Ancak cezalandırıldıktan sonra gündelik hayata dönen ve suç işlemeyen hayatına devam eden birçok kişinin olduğu gerçeği de unutulmamalıdır.

c- Nispi Teorilere Yöneltilen Eleştiriler

Suçlunun hapisanede yeniden sosyalleştirilerek topluma kazandırılmasını hedefleyen hapisane politikaları sık sık eleştirilmiştir.³⁴ Nispi teoriler, insani bir infaz sisteminin ortaya çıkmasını sağlamış olmasına rağmen suçluluğu sadece bireysel nedenlerle açıklamaya çalışması isabetli değildir. Birçok fail ani bir öfke nedeniyle suç işlemektedir. Ayrıca, suçlar her zaman bireysel faktörlerden dolayı meydana gelmez. Suçta toplumsal etkenler de rol oynadığı için sadece suçluyu hedef alarak suçluluğu ortadan kaldırmak her zaman olanaklı değildir. Günümüzde suç işleme nedenleri ve suçlu profili bu teorinin ortaya çıktığı dönemlere göre oldukça değişmiştir. Politik suçlarda, suçluların antisosyal ve eğitimsiz oldukları her zaman savunulamaz; bu nedenle bu tür suçları işleyenlerin ıslah edileceklerini savunmak isabetli değildir. İyi eğitilmiş ve toplumsal saygınlığı olan bireylerin de yaygın biçimde suç işledikleri gerçeği dikkate alındığında, her suçlunun antisosyal bir kişiliğe sahip olduğu için suç işlediği ve bunların cezaevlerinde eğitilerek topluma yeniden kazandırılacakları iddiası günümüzde tutarlı değildir. Ayrıca, taksirli suçları işleyenlerin cezalandırılması sonucu yeni suçların işlenmesinin önleneyeceğini savunmak doğru değildir. Neticenin istenmediği bu tür suçlarda cezalandırılmaya rağmen bu suçların tekrar işlenmesi mümkündür.

Nispi teoriler, suç işleyen bireyin eğitilerek topluma yeniden kazandırılacağı inancında oldukları için suçlunun eğitilinceye kadar cezaevinde kalması gerektiğini savunmuşlardır. Bunun sonucunda da uzun süreli hapis cezasının uygulanmasına taraftar olmuşlardır. Ancak kentleşmeyle beraber suçluluğunda artması sonucunda kalabalıklaşan cezaevlerinin

33 Bkz. Centel, s. 344 vd.

34 Bkz. Pavarini, s. 306 vd.

denetimi ve cezaevindeki suçluların eğitilip topluma kazandırılması bugün daha da zorlaşmıştır. Nispi teori taraftarları, suçlunun ıslah edilmek amacıyla cezalandırıldığını savunmaktadırlar. Oysa özellikle uzun süreli hapis cezasına mahkûm olan kişi açısından ceza bir acı ve ıstırap özelliğini korumaya devam edecektir. Islah teori taraftarlarının cezayı bir eğitim aracı olarak görmeleri, cezaya muhatap olan açısından bir kötülük olmaya devam edecektir.

3- Karma Teori

Karma (uzlaştırıcı/bağdaştırıcı) teoriye göre mutlak teoriler, adaleti sağlama gayesi güderken bireylerin özgürlüklerine yönelik bir tehdide dönüşür ve toplumsal amaçlara ulaşmak için haklar ve özgürlükler feda edilir. Bu nedenle bu teori, faydacı teori ile kefarete teorisini uzlaştırmayı amaçlamıştır. Bu teori taraftarlarına göre ceza, toplumsal kuralların ihlali-ne verilen bir tepki olduğu için haklıdır ve toplum barışına hizmet ettiği için de faydalıdır. Cezanın verilmesi öncelikle suça olan toplumsal tepkiyi ortaya koyacaktır. Ceza, suçlunun yanı sıra diğer bireylerin yeni suçlar işlemesini engelleyecektir.³⁵ Cezanın amacı kefarete (ödetme) olduğu kadar, genel ve özel önlemedir.³⁶

Toplumsal yaşamın temel değerlerini koruma, ceza hukukunun genel görevi olarak nitelenebilir.³⁷ Kusurun denkleştirilmesi, suçun önlenmesi, failin topluma yeniden kazandırılması, yapılan haksızlık için kefarete teşkil etmek, ceza yaptırımının çeşitli yönleri olarak nitelendirilebilir. Ceza, korkutma ve yeniden sosyalleştirme amaçları saklı olmak koşuluyla yapılan haksızlık için bir kefarete olma özelliğini korumaktadır.³⁸ Cezanın bu temel özelliği binlerce yıldır değişmemiştir. Ceza, özünde bir “kötülük” ve “kamusal tepki” olmaya devam etmektedir.

Bugün cezanın amacı bir yandan suç işleyene yaptığını ödetmek ve bozulan adaleti sağlamaktır. Bu şekilde toplumdaki adalet inancı zedelenmemiş olacak ve suçlu da işlediği suçun karşılığı olan cezayı çekecektir. Öte yandan suçların cezalandırılması sonucunda hem fail yeni suçlar-

35 Bkz. Toroslu, s.67.

36 Centel, s. 347.

37 Filippo Sgubbi, “Il Reato Come Rischio Sociale”, *Diritti Dell’Uomo e Sistema Penale içinde*, Scientifiche Italiane Ed., Napoli, 2004, Vol.1, s. 114 - 115.

38 Sgubbi, s. 119 - 120.

rı işlemekten uzak duracak hem de diğer bireylere gözdağı verilerek suç işlemlerinin önüne geçilecektir. Son olarak, modern infaz hukukunun temel amaçlarından biri, suçlunun cezaevinde eğitilerek topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bütün eksiklik ve yetersizliklere rağmen bugün cezaevi koşulları ve infaz sisteminin geçmişe oranla daha insani ve cezanın amacı açısından da daha başarılı olduğu bir gerçektir.

Sonuç

Mutlak ve nispi teorilerden hiçbirisi tek başına cezanın amacını açıklayamamaktadır. Ceza, doğası gereği bir kötülük olduğu için temelinde ödetme amacı güttüğü bir gerçektir. Öte yandan suçluya bir şekilde yaptığının karşılığını ödetme fikri de günümüzde anlamını yitirmiştir. Çünkü modern ceza hukukunda cezalandırmanın suçluya işlediği suçun bedelini ödetmekten başka amaçları da olmalıdır. Cezalandırılan suçlunun topluma yeniden kazandırılması, cezanın bir diğer amacı olup modern infaz hukukunun da temelini oluşturur. Ceza verilmesinin amaçlarından biri, bozulan toplum düzeninin yeniden kurulması ve adaletin gerçekleştirilmesiyle bir diğer amaç da özel ve genel önlemedir. Böylece hem yeni suçların işlenmesinin önüne geçilecek hem de toplumda adalete ve hukuka olan güven yeniden kurulacaktır. Cezanın geçmişe yönelik amacı, suçluya işlediği suçun karşılığını ödetmekken, geleceğe yönelik amacı yeni suçların işlenmesini engellemektir. Cezalandırmanın amacı toplumu korumak ve adaleti sağlamak kadar yeni suçların işlenmesini önlemek ve suçlunun topluma kazandırılması da olmalıdır. Bu iki amaçtan biri olmayınca ceza salt bir kötülük olarak kalır ve işlevini yitirir. Mutlak ve nispi teoriler birbirini reddeden değil, aksine birbirini tamamlayan ve cezanın her iki işlevini de ortaya koyan fikirlerdir. Bu nedenle mutlak ve nispi teorileri birleştiren karma teori, cezanın amacını açıklamakta daha isabetlidir.

KAYNAKÇA

- Ancel, Marc;** “Toplumsal Savunma Nedir?”, Çev. K. Bayraktar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1972, C. 37, S. 1 - 4.
- Beccaria, Cesera;** Dei Delitti e Delle Pene e Commento di Voltaire, Tascabili Economici Newton, Roma, 1994.
- Bradley, V. Gerard;** “Retribution and the Secondary Aims of Punishment”, American Journal of Jurisprudence, 1999, N. 44.
- Canestrari, S. - Cornacchia, L. - De Simone, G;** Manuale di Diritto Penale, il Mulino Edit., Bologna, 2007.
- Centel, Nur;** “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce Armağanı içinde, 9 Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2001.
- Day, Frank;** Criminal Law And Society, Charles Thomas Publisher, Illionis, 1964.
- Fletcher, P. George;** “The Fall and Rise of Criminal Theory”, Buffalo Criminal Law Review, 1997 - 1998, Vol.1.
- Foucault, Michel;** Hapishanenin Doğuşu - Gözetim Altında Tutmak ve Cezaalandırmak, Çev. M. Ali Kılıçbay, İmge Yay., 2. Baskı, Ankara, 2000.
- Hart, H. L. Adolphus;** Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Çev. E. Öz, Dost Yay., 2000.
- Hönig, Richard;** “Ceza Gayeleri Nazaryesinin Tarihine Dair”, Çev. Y. Abadan, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1936, C. 2, S.7-8.
- Pavarini, Massimo;** “Lo Scopo Della Pena”, Introduzione al Sistema Penale içinde, Ed. A. Cadoppi ve diğerleri, Vol. 2, Giappichelli Edit., Torino, 1997.
- Sgubbi, Filippo;** “Il Reato Come Rischio Sociale”, Diritti Dell’Uomo e Sistema Penale içinde, Scientifiche Italiane Ed., Napoli, 2004, Vol.1.
- Shelden, Randall;** “Neden Bu Kadar Cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler”, Çev. E. Demir, Suç Politikası içinde, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- Toroslul, Halûk;** Ceza Müeyyidesi, Savaş Yay., Ankara 2010.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük;** Türk Dil Kurumu Yay., 9. B., Ankara, 1998, C. 2.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ORGANİZE SUÇLAR

Av. Elif Gökşen

Özet

Organize suçluluğun tüm toplumları etkileyen yapısı göz önünde bulundurularak bu çalışmada Amerika Birleşik Devletleri'nde organize suçluluğun nasıl ele alındığı incelenmiştir. Söz konusu bu çalışmada öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde organize suçluluk kavramı tartışılmış, ardından tarihsel süreçte nasıl ortaya çıktığı ele alınmıştır. Ayrıca bu çalışmada Amerika Birleşik Devletleri'nde organize suçlulukla mücadelede kullanılan kanunlar ve bu kanunların özelliklerine yer verilmiş olup, ulusal ve uluslararası mücadele yöntemleri de ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Amerika Birleşik Devletleri, Organize Suçluluk, Örgüt

Abstract

By considering the effects of organized crime in societies, this essay examines how organized crime comes up in the United States of America. This essay primarily discusses the concept of organized crime in the USA and subsequently how this concept has developed in historical process. Besides, this essay gives place to the acts on organized crime and their specialities as well as the national and international methods of fighting it.

Keywords

United States of America, organized crime, criminal organizations

* İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

1) Giriş

Organize suçluluk kamu düzenini ve güvenliğini tehdit ettiği gibi ülke ekonomisine de büyük zarar vermesi sebebiyle tüm dünya devletlerini tehdit eden önemli bir olgudur. Organize suçlar diğer suç tiplerinden farklı yapılanmalar beslemekte olup bu sebeple ayrı bir inceleme konusu oluşturmurlar.

Son yıllarda gelişen teknoloji ve globalleşme ile sınır aşan suçlar halini alan organize suçluluk çeşitli uluslararası oluşumlarda tanımlanmaya çalışılmıştır. Günümüzde mal ve hizmet dolaşımının serbestliği, internetle birçok bilgiye erişimin sağlanabilmesi ve elektronik bankacılık organize suçluluğun hızla gelişmesi için uygun zeminler oluşturmuş ve organize suçlulukla mücadele etmek için devletlerin uluslararası ittifaklara başvurmasını zorunlu hale getirmiştir.

Organize suçlulukla mücadele eden ülkelerden biri de Amerika Birleşik Devletleridir. ABD neredeyse tarihi kadar eski bir süredir organize suçlulukla mücadele içerisinde olup çeşitli kanunlar eşliğinde organize suçluluğu farklı birçok suç türü açısından ele almaktadır.

Söz konusu bu çalışmada Amerika Birleşik Devletleri'nde organize suçluluk kavramı ele alınacak, ABD'nin organize suçla mücadelede kullandığı kanunlar incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle organize suçluluğun kavramsal olarak tanımlanması sorunu tartışılacak, ardından tarihsel olarak nasıl geliştiği ele alınacaktır. Son olarak ise organize suçlulukla mücadele yöntemlerinin incelenmesine yer verilecektir. Bahsedilen başlıkların hepsi hususi olarak ABD örneği çerçevesinde kalacaktır.

2) Organize Suçluluk Kavramı

a. Organize Suçluluk Kavramının İncelenmesi

Organize suçluluk kavramını tanımlamak akademik çalışmaları kolaylaştıracak ve uygulanacak hukuki metinlerde cezalandırılacak fiillerin çerçevesini çizecektir. Ancak organize suçluluk kavramı hakkında dünya üzerinde uzlaşılmış bir tanım bulunmamaktadır. Gerek kavramın giriftliği gerekse pratik hayatta organize suçluluğun ülkelerde farklı şekillerde tezahür etmesinden olsa gerek her ülke organize suçluluk kavramını tanımlarken sıkıntı çekmektedir.

Tanımı güç olmasına karşılık ABD uygulamasında organize suçluluk tanımlanırken dikkat edilecek faktörler şu şekilde sıralanabilir¹:

- Hiyerarşik yapılanma
- Sınırlı üye sayısı
- Devamlılık
- Şiddet veya şiddete yönelik tehdit
- Yasadışı teşebbüsler
- Yasal faaliyetlere nüfuz etme
- Yolsuzluk
- İdeoloji yoksunluğu²

Belirtilenler çerçevesinde anlaşılmaktadır ki organize suçlulukla amaç ideolojik değil parasaldır. Bu yönüyle organize suçluluk terörizmden ayrılır. Organize suçlulukta maddi çıkar sağlamak amacıyla hareket edilirken terörizm ideolojik temellerle hareket eder. Ancak terörist gruplar da eylemlerini finanse etmek için organize suçluluk kapsamında hareket edebilirler ve böylece kimi zaman durum itibarıyla bu iki kavram birleşir. Henüz organize suçluluk ile terörizm arasında her durumda ortaya çıkacak kadar kanıtlanmış bir bağ bulunmamakla beraber bazı uzmanlar kimi alanlarda iki kavramın birbiriyle örtüştüğünü ileri sürüp uyuşturucu ticareti gibi alanların her iki amaçlı grup için de son derece “karlı” bir alan oluşturduğunu ileri sürmektedirler.³

Doktrinde kimi yazarlar organize suçluluk kavramını organize yapılanma merkezinde tanımlamışlar ve bu çerçevede dört tip organize suçluluk olduğundan bahsetmişlerdir. Bunlar: politik sosyal suçlar, çıkar amaçlı suçlar, grup içi merkezli suçlar ve örgütlü suçluluktur.⁴ Bu sıralamaya göre terör amaçlı gruplar politik sosyal suçlar kapsamında ele alı-

1 Kristin M. Finklea, “Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress”, *Congressional Research Service Report for Congress*, Aralık 2010, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40525.pdf>, (Erişim Kasım 2011), s.1.

2 James O. Finckenauer, “Problems of Definition: What is Organized Crime?”, *Trends in Organized Crime*, Sayı. 8, No.3, Bahar 2005, ss. 63-82, s. 65.

3 Finklea, s. 28.

4 Frank E. Hagan, “Organized Crime Continuum: A Further Specification of New Conceptual Model” (Organized Crime Continuum), *Criminal Justice Review*, Sayı 8, 1983, s. 53.

nacak , yasadışı amaçlarla şirket kurma ise örgütlü suçluluk olarak ele alınacaktır. Fakat tüm bu haller organize suçluluğun temelinde yatan “iki veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar” ibaresini doldurmuş olmasına rağmen organize suçluluk olgusunu tam olarak karşılayamayacaktır.⁵

Organize suçluluk kavramına hukuki metinler aracılığıyla bakmadan önce yukarıda belirtilen kriterler hakkında kısa da olsa açıklama yapmakta fayda vardır. Organize suçluluk üzerine yapılan araştırmalarda organize suç gruplarının hiyerarşik yapıda oldukları konusunda Amerikan literatüründe olduğu kadar Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği tanımlarında da bir uzlaşma göze çarpmaktadır. Bu noktada organize suçluluk gruplarının İtalyan mafyalarında olduğu kadar katı bir hiyerarşik yapıları olması aranmasa da kendi içlerinde iş bölümü çerçevesinde bir kurulum oluşturdıkları görülür. Böylece söz konusu gruplar bir lider etrafından toplanır, üyeleri de bu ittifak çerçevesinde suç işlerler. Katı bir hiyerarşik yapılanma günümüzde Amerika’da yasaklanmış motorsiklet çetelerinde görülmektedir. Ancak genel olarak artık organize suçluluk gruplarında katı bir hiyerarşik yapılanma yerine daha dağınık ve serbest fakat suç ittifakı dahilinde bir yapılanma görülmektedir.⁶

Hiyerarşik yapılanma konusunda katı bir tutum olmamasına rağmen organize suç örgütlerinin üyeliği kısıtlı kalmaktadır. Bu gruplar üyelerini çeşitli kriterler doğrultusunda kabul etmektedirler. Bu kriterlerden başlıcaları; etnisite, hısımlık, ırk ve geçmiş suç deneyimidir.⁷ Bu kriterler içerisinde özellikle etnik benzerlikler doğrultusunda oluşturulan organize suçluluk grupları etkisini Amerika Birleşik Devletleri’nde yüksek düzeyde göstermektedir. ABD Federal Araştırma Bürosu’nun (FBI) değerlendirmesine göre (1) La Cosa Nostra ve İtalya kökenli organize suçluluk ve gangsterlik grupları (2) Avrasya ve Orta Doğu kökenli organize suçluluk grupları ve (3) Asya ve Afrika kökenli organize suçluluk grupları FBI’nın araştırmalarına konu olmaktadır.⁸ FBI’nın kendi internet sitesinde yayınlandığı üzere Rus, Asyalı, İtalyan, Balkan, Ortadoğulu ve Afrikalı

5 Hagan, Organized Crime Continuum, s. 53.

6 Finckenauer, s. 65-66.

7 Finckenauer, s. 66.

8 Finklea, s. 16.

gruplar suç işlemek amaçlı organizasyonlar oluşturmaktadırlar.⁹ Bu noktada eklemekte fayda olacak bir diğer konu ise son otuz yıldır özellikle kendini doktrinde hissettiren bir görüşe göre Amerika'da organize suçlulukla mücadele çerçevesinde yapılan tanımların bu denli etnik kökenlere dayandırılmasının yanlış bulunmasıdır. Bu görüş kapsamında organize suçluluk çıkar sağlamak amacıyla toplumdaki yasak mal ve hizmet taleplerini karşılamak için yasadışı ekonomik faaliyetler olarak belirtilmiştir. Buna paralel olarak “*organized crime*” kavramından vazgeçilerek “*enterprise crime*” kavramı gündeme gelmiştir. Böylece organize suç çıkar amaçlı suç faaliyeti ile eşdeğer tutulmuştur.¹⁰

Devamlılık organize suçluluğun bir diğer önemli özelliğidir. Bu kapsamda suç işlemek amaçlı bir araya gelen grubun devamlılık arz etmesi beklenir. Böylece grup liderinin ölmesi, üyelerin bir kısmının zamanla hapisaneye girmesi gibi durumlar organize suç örgütünün dağılmasına sebep olmaz. Grup, gidenlerin yerine yenilerini geçirmek suretiyle faaliyetlerine devam eder. Gruplardaki bu devamlılık onları suç işlemek amacıyla bir araya gelen diğer gruplardan ayırır ve organize suçluluk kavramına yerleştirmektedir.¹¹

Şiddet veya şiddete yönelik tehdit yine bu gruplarda sıkça rastlanan bir özelliktir. Darp etme, yakma, yıkma, zorla haraç kesme, şahitleri korkutma gibi fiiller bu tür grupların tipik olarak başvurdukları yöntemleri oluştururlar. Bu kapsamda bahsedilecek bir diğer husus da yolsuzluktur. Organize suç grupları kamu görevlilerine ilişkin yolsuzluk eylemlerinde bulunup toplum düzenini bu noktada da bozmaktadırlar. Amaçları yasal yollardan kaçarak istediklerini yaptırmaktır.¹²

Son olarak organize suçluluk grupları yasadışı girişimler çerçevesinde faaliyet gösterirler. Organize suçluluk grupları çıkar amaçlı gruplar oldukları için bu amaçlarını karşıladıkları faaliyetler arasında uyuşturucu ticareti, fuhuş, kumar, tefecilik gibi alanlar yer alır. Organize suçluluk grupları illegal yollardan elde ettikleri gelirleri bar işletme, sinema işletme gibi ekonomik faaliyetlerle aklarlar. Böylece organize suçluluk grupları yasal iş alanlarına da nüfuz etmiş olurlar.¹³

9 http://www.fbi.gov/about-us/investigate/organizedcrime/organized_crime, (Erişim Kasım 2011)

10 Vesile Sonay Evik, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, İstanbul: Beta Basım, Ocak 2004, s. 15.

11 Hagan, *Organized Crime Continuum*, s. 53-54.

12 Finckenauer, s. 67.

13 Finckenauer, s. 66.

Yukarıda da belirtildiği üzere organize suçluluğu incelemede “*enterprise theory*” (şirket teorisi) önemli bir yer tutmaktadır. “*Enterprise*” kavramı esasen organize suçluluğu organize yapıya endeksli inceleyen görüşün karşısında ortaya atılmıştır. Bu görüş çerçevesinde organize suçluluk basit bir arz talep ilişkisi içerir. Organize suç örgütlerinin var olmalarındaki en önemli etken toplumun bir kısmı tarafından talep gören pahalı ve az sayıda olan yasak mal ve hizmetleri karşılamasıdır. Bu durum organize suç örgütlerinin faaliyet gösterdikleri yasadışı piyasaların varlığına sebep olur.¹⁴ Bu görüş kapsamında önemli olan bu yasadışı piyasalarla mücadele edebilmektir.

Son olarak doktrinel tartışmalardan bir diğerine daha değinmekte fayda vardır. Doktrindeki bir görüşe göre, organize suçluluk kavramı o suçu işlemek için gerekli olan organize yapılanmadan ayrılması gerekir ve bu görüşe göre bunların ikisinin ayrı kavramlar olduğunu savunulur. Frank E. Hagan ikisi arasındaki farkı organize suçluluk anlamına gelen kavramı “Organize Suçluluk”; diğerini ise “organize suçluluk” olarak yazarak vurgulamaya çalışmıştır. Yine Hagan’ın ifadesine göre organize suç örgütleri bir gruba ve yapılanmayı ifade ederken, o suçun işlenmesi için organize olmuş failler ise sadece işlenen suçu, faaliyeti ifade eder.¹⁵ Finckeneaur’un görüşüne göre organize suçluluktan bahsedebilmek için suç örgütünde bazı özellikler var olmalıdır. Bunlar işlenecek suçun karmaşıklığı, lider ve üyelerin rollerinin belirli olması, örgüt üyelerinin kendilerini oraya ait kabul etmeleri, suç örgütünün isminin korku ve endişeye sebep olmasıdır. Bu noktada yazar 2003 yılında New York’ta olan bir olayı bu ilkeler doğrultusunda yorumlamıştır. 2003 yılında New York Long Island’da emniyet görevliler sigorta dolandırıcılığı zinciri kurmuşlardır. Bu zincir kapsamında yüzlerce danışıklı trafik kazası yapılmış ve zincir kendi doktroları ve hukukçularını kullanarak başka bir sigorta şirketini 48 milyon dolar dolandırmıştır. Yazara göre bu organize olunarak işlenmiş bir suç olmasında rağmen bir organize suçluluk örneği değildir. Zira birden çok farklı suç için devam etme niyeti yoktur, üyeler kendilerini bir gruba ait hissetmiyorlardır ve grubun isminin sebep olduğu bir endişe ve tehdit durumu yoktur.¹⁶

14 Finckeneaur, s. 67.

15 Frank E. Hagan, “ ‘Organized Crime’ and ‘Organized Crime’: Indeterminate Problems of Definition”, *Trends in Organized Crime*, Sayı 9, No.4, Yaz 2006, ss 127-137, s. 134.

16 Finckeneaur, s. 76-77.

b. Organize Suçluluk Kavramının Hukuki Metinlerdeki Yeri

Yukarıda organize suçluluğa doktrin ve uygulama eşliğinde nasıl bakıldığı ve ne tür kriterler kapsamında değerlendirildiği incelenmiştir. Bu bölümde ise organize suçluluk kavramı hukuki metinler doğrultusunda ele alınacak ve Amerikan hukukunda organize suçluluğun nasıl tanımlandığı sorunu incelenecektir.

Amerika tarihinde organize suçlulukla mücadelenin kökenlerinin Yasaklılık Dönemine kadar ulaştığı kabul edilen bir görüştür.¹⁷ Ancak günümüzde referans alınan hukuki metinlerin kökeni 1970'li yıllara uzanır. Amerikan Kongresi'nin organize suçlulukta mücadelede federal devletin etkisini arttırdığı ilk hukuki metin 1968 yılında yürürlüğe giren *Omnibus Crime Control and Safe Street Act*'dir¹⁸. Suçların Kontrolü ve Sokak Güvenliği Hakkında Toplu Kanun olarak çevirilebilecek olan bu yasa organize suçluluğu doğrudan muhattap alan ilk yasa olarak görülmektedir. Yasanın tanımları içeren F kısmı 601. Bölüm (b) bendine göre organize suçluluk “*kumar, fubuş, tefecilik, narkotik, (labor racketeering) ve diğer hukuka aykırı faaliyetler gibi yasadışı mal ve hizmetleri sağlamak için hukuka aykırı faaliyetlerle yüksek disiplin ve yapılanma içindeki örgütü ve örgütün üyelerini*” kapsar. Getirilen bu tanım esasen sadece organize suçluluğun faaliyet alanlarını tanımlamış olmayıp terörist gruplarda ve yozlaşmış ticari piyasalarda da karşılaşılan faaliyetleri içermektedir. Söz konusu yasa 1969 tarihli Adalet Sisteminin İyileştirilmesi Yasası ile ilga edilmiştir ve böylece ABD yasalarında organize suçluluğun tanımı ortadan kaldırılmıştır.¹⁹

Şu an referans gösterilen en önemli yasa ise 1970 yılında yürürlüğe giren *Organized Crime Control Act*'dir (Organize Suçluluk Kontrol Yasası olarak çevirilebilir - OCCA).²⁰ Ancak yasama çalışmalarında organize suçluluğun genel bir tanımı yapılmamıştır. Yasama faaliyetleri sırasında “mafia”, “Cosa Nostra” üyeliğini cezalandıran bir suç tipinin düzenlenmesi teklifi sunulsa da kavramın açık olamayacağı gerekçesiyle

17 Craig M. Bradley, “Anti-Racketeering Legislation in America”, *The American Journal of Comparative Law*, Bölüm V: Ceza ve Ceza Usul Hukuku, Sayı 54, Sonbahar 2006,

18 Public Law 90-352 kodlu kanun metnine şu adresten ulaşılabilir: http://www.fcc.gov/Bureaus/OSEC/library/legislative_histories/1615.pdf

19 Finklea, s. 3.

20 Public Law 91-452.

teklif kabul edilmemiştir.²¹ Zira Amerikan hukukunda bir kişinin bir gruba üye olmasının cezalandırılmasına sıcak bakılmamaktadır. Bu noktada Finckenauer Amerikan hukukunun bu özelliğini şu sekile açıklamıştır: “Eski bir atasözüne organize suçluluk gruplarının üyelerine çok uymaktadır: ‘Eğer ördek gibi görünüyorsa, ördek gibi yürüyorsa, ördeklerle takılıyorsa, o zaman bu bir ördektir.’ Kimse –en azından Birleşik Devletlerdeki– sadece benzediği için, öyle yürüdüğü için ve onlarla takıldığı için organize suçluluk grubunun üyesi olmaktan yargılamaz ve ceza alamaz.”²²

Belirtilen Organized Crime Control Act’ın IX. babı bu hususta önem arz etmektedir. OCCA’nın IX. Babının başlığı *Racketeers Influenced and Corrupt Organizations*’tır (Çıkar amaçlı ve Yozlaşmış Organizasyonlar -RICO- olarak çevirilebilir). Uygulamada sıklıkla RICO olarak anılan OCCA’nın bu kısmı organize suçluluk kapsamında yapılan şirket faaliyetlerinde hukuka aykırılıkları, suç örgütlerinin böylece ekonomiye yerleşmelerini düzenler.²³

ABD’de organize suçluluğa ilişkin birçok interdisipliner çalışma da bulunmaktadır. Bu çalışmalar ışığında organize suç örgütlerinin faaliyetlerinin ekonomiyle yakından ilgili oldukları tespit edilmiştir. Bu tespitler piyasaya yönelik ve iş sektörüne yönelik suçlar şekline incelenebilir. Organize suç örgütlerinin illegal piyasaya yönelik tekelleştirici tutumları vardır. Bunlar genelde illegal piyasaların tekel halinde kendi örgütlerinin kontrolünde olmasını sağlarlar.²⁴ Zira bu noktada da organize suçluluğun çıkar amacı güttüğünü unutmamakta fayda vardır. Örgütler faaliyet gösterdikleri piyasalarda tekelleştikçe daha çok gelir elde edeceklerdir. Bir diğer nokta ise organize suç örgütlerinin illegal iş sektörlerindeki faaliyetleridir. Uyuşturucu ticareti bu noktaya açıklayıcı bir örnek teşkil eder. Uyuşturucu maddenin üretilmesi, dağıtılması, alıcı ve satıcının iletişimi gibi bir çok nokta illegal bir iş sektörü olan uyuşturucu ticaretinin parçalarını oluşturur.²⁵

21 Evik, s. 175.

22 Finckenauer, s. 68.

23 Evik, s.176.

24 Klaus von Lampe, “Interdisciplinary Dimensions of the Study of Organized Crime”, *Trends in Organized Crime*, Sayı 9, No. 3, Bahar 2006, ss. 77-95, s. 84.

25 Lampe, s.85.

Organize suçluluğun, yapılan çeşitli analizlerin ortaya koyduğu gibi ekonomiyle olan bağlatısı RICO'da da kendi bariz olarak gösterilmektedir. Zira RICO yasası ABD'nin çeşitli eyaletleri arasında ve yabancı ülkelerle ABD arasında ticaret ve iş faaliyetleri yapan kuruluşları hedef almaktadır.²⁶ Kanunun 1961. bölümünde belirtilen tanımlar çerçevesinde çıkar amaçlı faaliyetler (*racketeering activity*) insan öldürme, insan kaçırma, kumar, kundakçılık, hırsızlık, rüşvet, müstehcen faaliyetlerle uğraşma, uyuşturucu ticareti, adaletin işlevlerini engelleme, karapara aklatma, zimmete para geçirme, menkul değerlerde yolsuzluk gibi otuz kadar suçu içermektedir. Yine yasa kapsamında “*enterprise*” kavramı çıkar amaçlı suçların uygulanması için herhangi bir birey, şirket, cemiyet gibi toplulukların bir arada hareket etmesi; “*pattern of racketeering*” kavramı on yıl içinde bu fiillerin iki veya daha fazla olmak üzere yeniden işlenmesi; “*unlawful debt*” kavramı yasadışı kumar veya tefecilikten kaynaklanan borç olarak tanımlanmıştır.²⁷

RICO çerçevesinde 1962. paragrafta yasaklanan 4 faaliyet belirtilmiştir. Vesile Sonay Evik'in belirttiği üzere bu faaliyetler:

- (1) *Doğrudan veya dolaylı olarak yasadışı faaliyetlerden elde edilen paranın ya da yasadışı bir borcun tahsilinden elde edilen paranın bir müteşebbis veya şirkete (eyaletler arası ticaret yapan bir kuruluşa) yatırılması suç sayılmıştır.*
- (2) *Çıkar amaçlı yasadışı faaliyetlerin ya da yasadışı bir borcun tahsilinin doğrudan veya dolaylı olarak bir müteşebbis veya şirketin elde edilmesi veya kontrol altına alınması (eyaletler arası ticaret yapan bir kuruluşun hisselerini almak için veya böyle bir kuruluşa yatırım yapmak) için kullanılmasını suç saymaktadır.*
- (3) *Çıkar amaçlı yasadışı faaliyetler ya da yasadışı bir borcun tahsil aracılığıyla eyaletler arası ticaret yapan bir kuruluşun işletilmesi suç sayılmaktadır.*
- (4) *Yukarıda belirtilen suçlardan herhangi birini işlemek için gizli iş birliği, ittifak (conspiracy)²⁸*

26 Evik, s. 176.

27 Evik, s. 176.

28 Evik s.177.

RICO yasasını açıklarken kullanılan ve hatta cezalandırılan “*conspiracy*” kavramından da bahsetmekte yarar olacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere İtalya ve özellikle Kıta Avrupasındaki düzenlemelerden farklı olarak, Amerikan hukukunda bireyler sadece bir gruba üye olduklarında dolayı sorumlu tutulmamaktadırlar. RICO’da bahsedilen “*conspiracy*” kapsamında ittifak dahilinde planlanan eylemin ciddiliği ve tehlikeliliğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koydukları bir eylem aranır. “*Conspiracy*” yani ittifaka dahil her birey ittifaka dahil olan diğer bireyler tarafından plan kapsamında onun doğal sonucu olan suç faaliyetlerinden sorumludurlar. Ancak ittifaka dahil diğer bireyler başlangıçta öngörülemez olan veya failin plandan kişisel olarak ayrılması olarak nitelendirilebilecek olan davranışlardan sorumlu olamaz.²⁹

Belirtildiği üzere günümüzde RICO kanunu ABD’de organize suçlulukla mücadelede sıkça başvurulmuş bir kanun niteliğindedir. Buna rağmen kanun organize suçluluğun bir tanımını içermez. Kanunun mimarlarından G. Robert Blakey açıkça her durumda kullanılabilecek bir organize suçluluk, yolsuzluk ve çıkar amaçlı faaliyet tanımının olmadığını belirtmiş ve yapılan tanımların anayasal temelden yoksun olabileceğini duruma göre anayasal örgütlenme ve toplanma hakkını ihlal edebileceğini vurgulamıştır. Blakey’in belirttiğine göre bu tür durumlarda cezalanması gereken durumlar anayasal gerekçelerle düşürülecektir.³⁰ Bu yönüyle de tartışılan RICO yasası her ne kadar şu an ABD’de örgütlü suçlulukla mücadelede önemli bir kaynak olarak görülse de RICO’nun şimdiye kadar diğer kanunlarla korunmayan özel bir duruma ilişkin hiç kullanılmadığı ve ceza yargılamasından ziyade hukuk yargılamalarında kullanıldığı yönünde eleştirel bir bakış açısı da doktrinde göze çarpmaktadır.³¹

3) Organize Suçluluğun Tarihsel Gelişimi

Amerika Birleşik Devletleri’nde organize suçluluğun tarihi çok eskilere dayandırılır. 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyıl başlarında Amerikan toplumunda piyango önemli bir yer işgal etmekteydi. Piyango toplumun önemli bir eğlence kaynağı olmasına rağmen piyango organizatör-

29 Evik, s. 177, Dipnot 103.

30 Finckenauer, s. 69.

31 Bradley, s. 688 (s.8)

lerinin yanlış yönetimi ve dürüst olmayan davranışları sebebiyle 19. yüzyılın sonlarında neredeyse tüm eyaletlerde yasaklı hale gelmiştir. Buna rağmen Louisiana eyaletinde piyango faaliyetleri artan bir hızla devam etmiş ve eyalette piyango biletleri mektuplarla başka eyaletlere satılmıştır. Bu durum üzerine Kongre eyaletler arası ticareti düzenleyen bir seri yasama faaliyetinde bulunmuştur. Buna müteakip 1899 yılında Yüksek Mahkemenin *Champion v. Ames*³² kararında piyangonun ahlaki görüntüsü üzerinde durulmuş ve Kongre'nin eyaletler arası ticareti düzenlemeye karar vermeye yetkili organ olduğu vurgulanmıştır. Bu kararın önemi gereği Kongre bu konuda yetkili olarak belirtilmiş ve karar ahlaki gerekçelerle ileride organize suçlulukla mücadelede federal polisin atfı yapacağı bir referans haline gelmiştir.³³

Piyangodan sonra Amerikan toplumunu uğraştıran ve organize suçluluk özelliklerini taşıyan bir diğer sorun fuhuş olmuştur. Kongre bu konuda organize grupların yabancı kadınları Amerika'ya getirerek fuhuş yaptırdıkları kanaatini taşımıştır. Kongre yabancı kadınların ABD'ye fuhuş amaçlı gelmelerini yasaklamış ve hatta bir kadını ülkeye girişinden itibaren üç yıl süreyle fuhuş amaçlı olarak tutan kişilere de ceza öngörmüştür. Ancak *Keller v. U.S.* davasında Yüksek Mahkeme Kongre'nin göç faaliyetlerini bu denli düzenlemesinin kendi yetkisi dışında olduğunu vurgulamış ve Kongre'yi yine ticari faaliyetler üzerinden giderek fuhuşu önleyecek düzenlemeler yapmak zorunda bırakmıştır. Böylece Kongre eyaletler ve ülkeler arası ticarete gayri ahlaki gerekçelerle kadın ve kızların taşınmasına ilişkin yasama faaliyetinde bulunmuştur. Ancak bu yasada gerekçe olarak gösterilen ticaretin düzenlemesi fuhuş problemine çözüm üretememiş ve bireyler arası ilişkiyi düzenleme konusunda da gereksiz görülmüştür.³⁴

Ulusal Motorlu Araç Hırsızlığı yasasının yapımında Kongre yine ticari ilişkilere dayanarak aracın çalıntı olduğunun bilinerek eyaletler arası ya da ülkeler arası ticari taşımacılığının yapılmasını yasaklamıştır.³⁵

Organize suçluluğa ilişkin bu ilk yasama faaliyetlerinden fuhuşun yasaklanmasının ardından bir diğer dikkat çekici adım alkol ürünlerinin

32 *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321 (1903).

33 *Bradley*, s. 673, s.2

34 *Bradley*, s. 675, s.3.

35 *Brandley*, s.675, s.3.

yasadışı yollarla üretilmesi ve dağıtılmasını yasaklamaya ilişkin Ulusal İçki Yasağı Yasası olmuştur.³⁶ Bu tarihe kadar çıkarılan yasalar çerçevesinde karşılaşılan suç grupları içlerinde zayıf bir organizasyon taşıyan, dağınık ve daha ziyade fuhuş, kumar ve yerel düzeyde kalan yolsuzluk fiilleri ile ilgilenirken içki yasağı suç örgütlerinin organize yapıda hareket etmesine sebep olmuştur. Bu gruplar kaçakçıları, damıtıcıları, şişeleme işlemini yapacakları, depolayacak kişileri ve satıcıları bünyesinde bulunduracak geniş bir ağ kurmaya başlamışlardır.³⁷

İçki yasağının ardından bir süre çocuk kaçırma vakıaları Amerika'da sıkça rastlanmaya başlanmış bunu için özel bir yasa daha çıkartılmıştır. Ancak organize suçluluk konusunda asıl dönüm noktası 1950'li yıllarda televizyonun da etkisiyle Amerikalıların İtalyan tipi mafya örgütlenmesiyle tanışmalarıyla başlamıştır.³⁸ Esasen İtalyan suç örgütleri 1900'lü yılların başında Amerika'da yoğun faaliyetlere başlamışlar ve bunun karşılığında Amerikan hükümeti ve yerel otoriteler bu konuda önlem almaya başlamışlardır. Ancak 1950'lerde televizyonun etkisiyle mafia kültürü, mafia içerisindeki bağlılık, kendi içlerindeki sessizlik düsturu (*omerta*) gibi unsurlar Amerika'da halk tarafından tanınır hale gelmiştir.³⁹ Amerika'da en etkin gruplar La Cosa Nostra ya da Amerikan Mafyası, Sicilya mafyası 'Ndrangheta ve Camorra'dır. İtalyan mafyalarının Amerika'da para için suç işlemleri bugün sıkça kullanılan uluslararası organize suçluluğun (*transnational organized crime*) kökenini oluşturmaktadır.⁴⁰

Bugünkü organize suçluluk düzenlemelerine yakın düzenlemeler Başsavcı Robert Kennedy döneminde kendini göstermiştir. Kennedy eyaletler arası çıkar amaçlı faaliyetlere yardımı yasaklayıcı bir yasa önerisinde bulunmuş ve bu öneri yasalaşmıştır. Kennedy bu yasada daha zi-

36 "The Mafia and American Law: A History of Organized Crime", <http://www.randomhistory.com/1-50/021law.html>, (Erişim Kasım 2011).

37 Bradley, s.676, s.4.

38 "The Mafia and American Law: A History of Organized Crime", <http://www.randomhistory.com/1-50/021law.html>, (Erişim Kasım 2011).

39 "The Mafia and American Law: A History of Organized Crime", <http://www.randomhistory.com/1-50/021law.html>, (Erişim Kasım 2011).

40 2005 Annual Report To the Californian Legislature, "Organized Crime in California", *Trends Organized Crime*, Sayı 10, Eylül 2007, ss. 37-49, s. 41.

yade kumara ilişkin iletişimi ve eyletler arası taşımacılığı yasaklayıcı hükümler getirdiği gibi kendisi de ulusal haberleşme sisteminin kullanılmasıyla kumarla mücadeleye önemli bir darbe vuracağını belirtmiştir.⁴¹

Ardından gelen Başkan Johnson döneminde kumar, tefecilik, uyuşturucu, yasal iş alanlarına sızma büyük bir ulusal problem olduğu için özel bir araştırma timi kurulmuş ve bu timin çalışmaları doğrultusunda organize suçlulukla mücadelede telefon dinleme ve gizli dinlenmelerin gerekli olduğuna kanaat getirilmiştir. Söz konusu durum Yüksek Mahkemenin *Berger v. New York* kararıyla da uyum sağlamıştır. Böylece hakim ancak normal soruşturma yöntemlerinin denenmesi ve cevap vermemesi halinde böyle bir karar verebilecektir.⁴²

Bu sürecin peşi sıra 1968 yılında yukarıda açıklanan Omnibus Crime Control and Safe Street Act ve ardından 1970'de IX. Bölüm olan RICO'yu içeren Organized Crime Control Act yürürlüğe girmiş ve günümüzdeki halini almıştır.⁴³

4) Organize Suçlulukla Mücadele

a. Ulusal Mücadele

Organize suçlulukla mücadeleyi incelerken öncelikle bu mücadelede önemli bir rol oynayacak olan Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığının organize suçluluğun sebep olduğu tehditlere ilişkin görüşünden bahsetmekte fayda vardır. Adalet Bakanlığı organize suçluluğun tehdit ettiği sekiz menfaat belirlemiştir. Bunlar kısaca şöyle sıralanabilir:

Organize suçluluk;

- Enerji ve diğer stratejik ekonomik alanlara sızmaktadır,
- Terörist gruplara logistik ve diğer içerikli desteklerde bulunmaktadır,
- Kaçakçılık ve yasadışı ticaret yöntemi ile bu gruplar ABD'ye insan ve kaçak ürün getirmektedir,
- ABD'nin finansal sistemlerini ve uluslararası finansal sistemleri yasadışı parasal kaynak sağlamak için kullanmaktadır,

41 Brandly, s. 682, s. 6.

42 Brandly, s. 683, s. 6.

43 Finklea, s. 5-6.

- Sanal yollarla Amerikalı mağdurları ve ABD'nin altyapısını hedef almaktadır,
- Menkul değerler borsalarını manipüle ederler ve karmaşık dolandırıcılık suçları işlemektedir,
- Devlet memurlarını ABD'de ve yabancı ülkelerde yolsuzluğa bu-laştırmaktadır,
- Şiddet ya da şiddete ilişkin tehdit yöntemine sıkça başvurmaktadır.⁴⁴

Belirtilen tehditlere karşı uygulanan önemli yasalardan biri olan RICO'yu bu noktada yeniden ele almak gerekecektir. RICO yasası federal hükümetin suç örgütleriyle mücadele edebilmesini ve onları yargılayabilmesini güçlendirmektedir. Yasa, birden çok yargılama yetkisinin olduğu organize suçluluk davalarının araştırılmasında büyük jüri celbine imkan tanır. Bu uygulamada büyük jüri kendi yetki bölgesindeki toplumsal yozlaşma ve organize suçluluk koşullarına ilişkin rapor hazırlayabilir.⁴⁵ Ayrıca büyük jüri tarafında ABD topraklarında bulunan herhangi bir şahıs, kuruluş, şirket ifade vermek ya da kanıt sunmak üzere celp edilir ve tanıklar büyük jüri önünde ifade vermekten kaçınmazlar aksi halde mahkemeye saygısızlık suçu işlemiş olurlar.⁴⁶

RICO yasasının bir diğer özelliği ise tanık koruma programı dahilinde bu tür suçlar hakkında tanıklık yapanların güvenliğini sağlamak amacıyla aileleriyle birlikte başka bir yere yerleştirilmelerini sağlamasıdır.⁴⁷ Bu çerçevede değerlendirilecek bir diğer uygulama ise yeraltı ajanlığıdır. Bu kapsamda ajan suçlu ortama inerek orada gizlice soruşturma yapar ve gerekirse suç da işleyebilmektedir.⁴⁸

RICO organize suçlulukla mücadelede kullanılan tek kanun değildir. Organize suçluluğun yapısı gereği birden çok alanın tehdit altında olması ve ekonomik ve sivil hayatı doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle başka yasalara da ihtiyaç duyulmaktadır. Bu noktada başvuru bir

44 Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı, "Overview of the Law Enforcement Strategy to Combat International Organized Crime", <http://www.justice.gov/ag/speeches/2008/ioc-strategy-public-overview.pdf>, Nisan 2008, (Erişim Kasım 2011).

45 Finklea, s. 6.

46 Evik, s. 121.

47 Finklea, s. 6.

48 Evik, s. 122.

diğer yasa ise Suç Gelirlerinin Müsaderesi ve Kara Para Aklama hakkındaki kanunlardır (*Asset Forfeiture and Money Laundering Statues*). RICO kendi içinde bu nevi hükümler barındırsa da 1984 yılında Kapsamlı Suç Kontrolü Yasası (*The Comprehensive Crime Control Act*)⁴⁹ çıkarılmıştır. Söz konusu yasa içerisinde yer alan hukuk yargılamasındaki müsadere işlemlerine ilişkin kısım 2000 yılında yenilenerek bu konuda bir reform kanunu çıkartılmıştır (*Civil Asset Forfeiture Reform Act*).⁵⁰ Kara para aklama ise 1986'da yapılan Kara Para Aklama Kontrol Yasası (*Money Laundering Control Act*)⁵¹ çerçevesinde federal düzeyde bir suç olarak görülmüştür. Bu noktada RICO ve müsadere ve kara para aklamaya ilişkin kanunlar organize suçlulukla mücadelenin temel taşlarını oluşturmaktadırlar.⁵²

b. Uluslararası Mücadele

Organize suçluluk günümüz koşullarında sınır aşan bir suç halini aldığı için bu tür suç örgütleriyle ulusal mücadele yöntemleriyle başa çıkmak artık pek mümkün olamamaktadır. ABD bu konuda Birleşmiş Milletlerin Transnasyonel Organize Suçluluğa ilişkin sözleşmesini uluslararası işbirliğinde sıkça kullanmaktadır. Bunun dışında yine BM bünyesinde bulunan Uyuşturucu ve Suç Ofisi ile ilişki içerisinde. INTERPOL yine ABD'nin bu konuda destek aldığı uluslararası kuruluşlardandır. Bunların dışında İtalyan organizasyonlara ilişkin İtalyan-Amerikan Çalışma Grubu; Rus organize suçluluğuna ilişkin FBI'n katıldığı Avrasya Organize Suçluluk Çalışma Grubu, Orta Avrupa Çalışma Grubu ve Güney Avrupa Ortak Girişimi adlı çalışma grupları bulunmaktadır.

2005 yılında Amerika Birleşik Devletlerinin Birleşmiş Milletlerin Transnasyonel Organize Suçluluğa ilişkin anlaşmasını onaylamasının ardından Kongre hükümetin Amerika'nın menfaatlerini dışarıda ihlal eden suçlar açısından sınır ötesi araştırma ve soruşturma yapma yetkisi veren bir kanun⁵³ çıkarmıştır.⁵⁴ Söz konusu kanun Amerika da dahil olmak üzere yabancı ülkelerde de tartışmalara sebep olmuştur.⁵⁵

49 Public Law 98-473.

50 Public Law 106-185.

51 Public Law 99-570.

52 Finklea, s. 7.

53 Public Law 99-399.

54 Charles Doyle, "Extraterritorial Application of American Criminal Law", *Congressional Research Service*, Report 96-116, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/94-166.pdf> (Erişim Kasım 2011).

55 Finklea, s.27.

5) Sonuç

Yukarıda belirtilenler ışığında söz konusu çalışmada Amerika Birleşik Devletleri'nde örgütlü suçluluğun nasıl ele alındığı, tarihsel gelişimi ve örgütlü suçla mücadele yönetimleri kısaca incelenmiştir. Yine bu kapsamda örgütlü suçla mücadele konusunda sıkça kullanılan referans kanunlar incelenmiş ve ilgili kavramların nasıl ele alındığı tartışılmaya çalışılmıştır.

Belirtilenler kapsamında göze çarpmaktadır ki Kıta Avrupası hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki özellikle ceza hukuku alanında kendisini bir hayli gösteren zıtlıklıklar meselenin ele alınış biçimini de etkilemektedir. Zira belirtildiği üzere Amerikan hukukunda Kıta Avrupası anlayışına ters olarak kesin tanımlar yapılmaktan kaçınılmış bunun yerine mevzunun sınırları içtihatlar yoluyla çizilmeye çalışılmıştır.

Ancak bu farklı anlayış suçla mücadele konusunda kanaatimce bir eksiklik yaratmamakta aksine kendine özgü ve geniş çerçevede bir mücadele alanı doğurmaktadır. Avrupa hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki bu farklı yaklaşımlar şüphesiz ki her iki hukuk sisteminin de birbirinden etkilenecek ve evrileceği bir düzlem oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- 2005 Annual Report To the Californian Legislature;** “Organized Crime in California”, *Trends Organized Crime*, Sayı 10, Eylül 2007, ss. 37-49.
- Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı;** “Overview of the Law Enforcement Strategy to Combat International Organized Crime”, Nisan 2008.
- Charles Doyle;** “Extraterritorial Application of American Criminal Law”, Congressional Research Service, Report 96-116, (Erişim Nisan 2011).
- Craig M. Bradley;** “Anti-Racketeering Legislation in America”, *The American Journal of Comparative Law*, Bölüm V: Ceza ve Ceza Usul Hukuku, Sayı 54, Fall 2006.
- Frank E. Hagan;** “Organized Crime Continuum: A Further Specification of New Conceptual Model” (Organized Crime Continuum), *Criminal Justice Review*, Sayı 8, 1983.
- Frank E. Hagan;** “ ‘Organized Crime’ and ‘Organized Crime’: Indeterminate Problems of Definition”, *Trends in Organized Crime*, Sayı 9, No.4, Yaz 2006, ss 127-137.
- James O. Finckenaue;** “Problems of Definition: What is Organized Crime?”, *Trends in Organized Crime*, Sayı. 8, No.3, Bahar 2005, ss. 63-82.
- Klaus von Lampe;** “Interdisciplinary Dimensions of the Study of Organized Crime”, *Trends in Organized Crime*, Sayı 9, No. 3, Bahar 2006, ss. 77-95.
- Kristin M. Finklea;** “Organized Crime in the United States: Trends and Issues for Congress”, *Congressional Research Service Report for Congress*, www.crs.gov, R40525, December 2010, (Erişim Nisan 2011).
- Vesile Sonay Evik;** *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, İstanbul: Beta Basım, Ocak 2004.

İnternet Siteleri

<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/94-166.pdf> (Erişim Kasım 2011).

<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40525.pdf> (Erişim Kasım 2011).

http://www.fbi.gov/about-us/investigate/organizedcrime/organized_crime
(Erişim Kasım 2011).

http://www.fcc.gov/Bureaus/OSAC/library/legislative_histories/1615.pdf
(Erişim Kasım 2011).

<http://www.justice.gov/ag/speeches/2008/ioc-strategy-public-overview.pdf>
(Erişim Kasım 2011).

“The Mafia and American Law: A History of Organized Crime”, <http://www.randomhistory.com/1-50/021law.html>, January 2008, (Erişim Kasım 2011).

SERT SPORLAR: SPORDA ŞİDDETİN DÜZENLENMESİNDE CEZA HUKUKUNUN KULLANIMI SORUNSAĞI

Jeffrey Standed*

Çeviren : Av. Berk Alpaslan**

Özet

Şiddetli sporlarda yer alan sporcuların aşırı şiddete başvurmalarının Ceza Hukuku bağlamında cezalandırılması yöntemi giderek artış göstermektedir. Bu gelişme, mahkemelerin, bu müdahaleyi meşru kılmak için itibar ettiği teorilerin hiçbirinin, sporcuların beklentilerini ve sporun karar organlarının menfaatlerini yeterli derecede göz önüne almaması nedeniyle sorundur. Bu makale, sert sportlardaki kuralları ile Ceza Hukuku'nun amaçlarını bağdaştırmaya gayret ederek, ilişki içerisine girmesinde bir standart önermektedir.

Anahtar Kelimeler

Şiddetli sporlar, meşru amaçlar, kanunilik ilkesi, izin verilen şiddet

Abstract

The criminalisation of the abuse of violence in the violent sports is a trending topic in the criminal law. However this trend rises many questions as it does not take into account the expectations and interests of sports administrations authorities. This article proposes a standart that can be implemented in order to reconcialite the rules of the violent sports and principles of the criminal law.

Keywords

Violent sports, legitimate aims, principle of legality, permitted violence

* Willamette Üniversitesi'nde Hukuk Profesörü. Araştırmada yardımcıları olan Jeff Koenig'e teşekkürlerimle. Bu makale yakında çıkacak olan "JEFFREY STANDEN, SPORTS LAW IN THE UNITED STATES" isimli kitabın bir bölümünden alınmıştır. Tüm hakları Oxford Üniversitesi Yayınları'na aittir.

** İstanbul Barosu. Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek lisans Öğrencisi.

I. GİRİŞ

Saha dışında, her sporcu, Ceza Hukuku açısından herhangi bir vatandaş gibi muamele görür.¹ Sporcunun yer aldığı sporun şiddet içeren doğası ve gerekleri, sporcuya “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler”² gibi özel bir savunma hakkı sağlamaz. Böylece, bir sporcu, hiçbir zaman, “eşe karşı şiddet” gibi suç teşkil eden eylemlerini, yaptığı spora dayandırıp, şartlanmış bir davranış olduğunu ileri sürerek meşru kılmayı başaramaz.³ Sporcuların, saha dışında gerçekleştirdiği şiddet eylemlerini böyle bir savunmaya dayandırırken, aslında sosyolojik kaynaklarda yer alan, sporcunun şartlanmış davranışının, oyun alanının dışında bazı şiddet eylemlerine neden olabileceği yönündeki tespitlere rağmen başarılı olamaması şaşırtıcıdır.⁴

Saha içinde meydana gelen şiddet eylemleri tamamen farklı bir şekilde ele alınmaktadır.⁵ Bir sporcunun ceza soruşturmasına konu olacak saha dışında gerçekleşen kasten yaralama ve kasten yaralamaya teşebbüs eylemleri, şiddet içeren bir sporun yapılması sırasında meydana geldiğinde “oyunun bir parçası” olarak kabul edilir.⁶ Genellikle, sporcunun gerçekleştirdiği bu tip saldırılar, yapılan sporun belirlenen standartlarının üzerine çıkmış ise sporcunun beklediği en kötü sonuç bir para cezası veya belirli bir süreyle alacağı müsabakalardan men cezasıdır.⁷

- 1 Bkz. genel not, *Out of Bounds: Professional Sports Leagues and Domestic Violence*, 109 HARV. L. REV. 1048 (1996) (spor liglerini kapsayan şiddet yaptırımlarına devlet otoritesinin el koymasını arzu etmediklerini belirtilmiştir.)
- 2 Bununla birlikte, bazı yazarlar sporcuların aile içi şiddet gibi bazı şiddet içeren suçlara eğilimleri olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. *Age*. 1050.
- 3 Bkz. 34 AM.JUR. 2D *Proof of Facts* § 1 (1983); Victoria Mikesell Mather, *The Skeleton in the Closet: The Battered Woman Syndrome, Self-Defense, and Expert Testimony*, 39 MERCER L. REV. 545 (1988).
- 4 Bkz. ELAINE CASSEL&DOUGLAS A. BERNSTEIN, CRIMINAL BEHAVIOUR 120-22 (2. bası, L. Erlbaum Ortakları 2007) (2000); Walter Kuhlman, Yorum, *Thoughts Towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport*, 1975 WIS. L. REV. 771,779.
- 5 Bkz. Christo Lassiter, *Lex Sportiva: Thoughts Towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport*, 22 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 35, 60-68 (2007) (yerel kanunların ve İngiliz ve Amerikan hukuk kurallarının incelenmesi).
- 6 Bkz., Ör., *Avila/Citrus Cmty. Coll. Dist.*, 131 P3d 383 (Cal. 2006) (beyzbolda atıcının, topu vurucunun kafasına atmış olmasının beyzbolun bir parçası olduğu belirtilmektedir).
- 7 Bkz. ör., Tom Weir, *Haynesworth Suspended Five Games: Kicking Cowboy in Head Brings Longest Penalty for On-Field Action*, USA Today, 3 Ekim 2006, http://www.usatoday.com/sports/football/nfl/titans/2006-10-02-haynesworth-suspension_x.htm adresinden ulaşılabilir. (rakip oyuncunun kaskına vurarak çıkaran ve sonrasında oyuncunun kafasına yumruk atan bir sporcunun aldığı 5 maçlık cezanın üzerine yorumlar); Lassiter, dipnot 6, sayfa 44 (Haynesworth olayını daha detaylı olarak anlatmaktadır.)

Yalnızca bazı hallerde, nadiren, sporcunun oyun alanındaki şiddet eylemlerinin ceza soruşturmasına konu olma riski vardır. Bunlar, genellikle daha çok, kötü, şiddetli saldırıya varan, halk arasında sporcunun ismini kötüye çıkaran, oyunun yazılı ve yazısız kurallarını ağır ihlâl eden eylemlerdir ve bu eylemlerin ceza soruşturmasına konu olması kimilerine göre sorunlu değildir.⁸

Sporcuların birbirlerine karşı gerçekleştirdiği saldırı ve kasten yaralama eylemlerinin nedeni “rıza” prensibine dayanmaktadır.⁹ Spor bağlamında *rıza*, basit bir tanımlama yapılmasından kaçınılan bir terimdir. Rıza, tahminî olarak belirli bir spora gönüllü olarak rıza gösterilip gösterilmemesi hususuna işaret eder ve hukuken geçerlidir.¹⁰ Başka bir deyişle, yazılı bile olsa, rıza gösteren sporcular hayat ve vücuda karşı aşırı risk taşıyan belirli spor dallarına geçerli rıza göstermeyebilirler.¹¹ Bu bağlamda hukuk, rızanın sınırlarını çizmektedir. Rızanın anlamı *kanunîlik* kavramı içerisinde yakalanabilir.¹² Daha yaygın olarak rıza, kendiliğinde, “varsayılan rıza” şeklinde sporcu tarafından zımni olarak belirli bir sporu yapmayı kabul etmesi şeklinde verilir. Varsayılan rıza durumlarında, aslında rıza aydınlatılmış, iradi ve doğrulanan bir biçimde verilmemiş olsa bile rızanın bulunduğu farzedilir.¹³ Neticede, *rıza* kavramı belli durumlarda gerçek, doğrulanan rıza sağlanması anlamında kul-

-
- 8 Bkz. Ör., R./Green, [1971] O.R. 591 (Kanada) (rakip oyuncunun omzuna hokey sopasıyla vurmak); R./Maki, [1970] O.R. 780 (Kanada) (rakip oyuncunun yüzüne hokey sopasıyla vurmak). 1969'da Kanada'da gerçekleştirilen bir dostluk maçında hokey oyuncusu Ted Green, Wayne Maki'ye hokey sopasıyla vurur, Maki de aynı şekilde hokey sopasını kullanarak cevap verir ve Green'in kafatasının çatlamasına neden olur. Kanada otoriteleri her iki oyuncu hakkında da işlem başlatmıştır.
- 9 Bkz. Commonwealth/Collberg, 119 Mass. 350, 353 (1876) (taraflardan birinin diğerine kendisini dövmek üzere izin vermesi hukuken geçersizdir); People/Freer 381 N.Y.S.2d 976, 978 (Dist. Ct. 1976) (bir sporcunun “aşırı şiddetli” eyleme rıza veremeyeceği karar altına alınmıştır); People/Fitzsimmons, 34 N.Y.S. 1102, 1108 (Ct. Sessions 1895) (rıza gösterme yetisinin dayanak noktası oyuncunun “tehlikeli aktivite” ye rıza verip vermemeğine bağlı olduğu karar altına alınmıştır); State/Dunham, 693 N.E.2d 1175, 1179 (Ohio 1997) (belirli sporlara verilen rızanın etkisiz olduğu karara bağlanmıştır).
- 10 Bkz., Ör., Dunhami 693 N.E.2d sayfa 1178-79; Collberg, 119 Mass., sayfa 351-53.
- 11 Bkz., Ör., Fitzsimmons, 34 N.Y.S., sayfa 1108-09.
- 12 Bkz. Cheryl Hanna, Sex Is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law, 42 B.C.L.REV. 239, 250 (2001) (sporda şiddetli müdahaleye verilen rızanın hukukîliği üzerine sosyal kuralları çizilmiştir).
- 13 Bkz., ör., State v. Shelley, 929 P.2d 489, 490 (Wash. Ct. App. 1997) (holding that participants in athletic contests are deemed to have consented to reasonably foreseeable hazards of joint participation in contests).

lanılır. Yasal olmasa dahi her şeye rağmen, bir spor müsabakasına katılan kimse, gerçekleştirdiği saldırıya davacının “iradi rıza” temeline dayanarak, karşı tarafın rıza gösterdiği iddiasıyla savunma yapabilir.¹⁴

Rızanın, suçun kovuşturulması aşamasında yarattığı engellere rağmen, ABD tarihinde saha içi davranışları cezalandıran lekeler bulunmaktadır.¹⁵ Kuşkusuz, savcılık makamının takdir yetkisi, saha içinde meydana gelen eylemlere yönelik suçlamalara kısıtlama getirilmesi yönünde olmuştur.¹⁶ Doğrusu, sporcuların ceza sorumluluklarını genişletme konusunda birçok güçlü politika temelli görüşler de bulunmaktadır.¹⁷ Bununla birlikte, vahşi saldırılar dikkat çekecek boyutlarda ceza soruşturmalarına konu olmuştur. Bu yaklaşım en azından özüyle bugün vardığımız sonuca neden olmuştur: spor aktivitesinin makul kabul edilebilir sınırlarını sporun veya ligin yönetim organları değil, gittikçe daha çok artarak savcılar ve jüriler tanımlamaktadır.

II. ŞİDDETİN YASAYA UYGUNLUĞU

Sporcu katılımcıların gönüllü olmasına bakılmaksızın, çoğu eyaletin kanunları belli tehlikeli sporların yasaya uygunluğuna her zaman sınır koymuştur.¹⁸ Sporlarda meydana gelen şiddet olaylarında rıza doktrinini savunma olarak ileri sürmek yalnızca yasal olarak düzenlenen spor organizasyonlarında mümkündür.¹⁹ Bu nedenle mahkeme, yasal olarak düzenlenmemiş bir sokak dövüşünden doğarak suç oluşturan saldırıların kovuşturulmasında bu savunmanın uygulanabilirliğini reddetmiştir.²⁰

14 Diğer bir konu, ceza hukukunda yaygın olarak,

15 Bkz. Jeff Yates & William Gillespie, *The Problem of Sports Violence and the Criminal Prosecution Solution*, 12 CORNELL J.L. & PUB. POLY 145, 156-60 (2002); *Consent in Criminal Law: Violence in Sports*, 75 MICH. L. REV. 148 (1976).

16 Bkz. RICHARD B. HORROW, SPORTS VIOLENCE: THE INTERACTION BETWEEN PRIVATE LAW-MAKING AND THE CRIMINAL LAW 13 (Carrollton Press 1980); Yates & Gillespie, *dipnot* 15, sayfa 167-68.

17 Bkz dipnot 143.

18 Çıplak yumrakla yapılan ödül dövüşü ve yasal sorunları hakkında ilginç bir tarihi araştırma için, bkz. ELLIOTT J. GORN, THE MANLY ART: BARE-KNUCKLE PRIZE FIGHTING IN AMERICA (1986).

19 Bkz., örneğin, Commonwealth v. Collberg, 119 Mass. 350, 352-53 (1876) (rızanın güreş gibi yasal sporlarla ödül dövüşü gibi yasal olmayan sporlarda karşılaştırılması).

20 State v. Dunham, 693 N.E.2d. 1175 (Ohio 1997).

Benzer biçimde, çıplak elle boks,²¹ horoz dövüşü,²² köpek dövüşü²³ ve diğer erkek sporları veya kan sporları olarak tabir edilen sporlar uzun süredir yasaklamalara konu olmaktadır. Mahkemeler ve yasa koyucular sporcuların zarar görmesinden korkmuştur. Örneğin, çıplak elle yapılan boksta, saatler süren dövüşün ağır yaralanmalara neden olacağı açıktır.²⁴ Yasa koyucular aynı zamanda bazı kan sporlarının kamu barışını tehlikeye düşürmesinden ve seyirciler arasında tahrik edici kargaşalara veya saldırgan davranışlara neden olmasından korkmuşlardır.²⁵ Son olarak ve önemli ölçüde, bazı mahkemeler sert sporları yararcı bir teste tâbi tutarak medenî hukukun içini boşaltmışlardır: sporun “sosyal açıdan kullanışlı” bir yeteneği geliştirip geliştirmediğine veya katılımcıların hususiyetini taşıyıp taşımadığına göre kanaat getirmek,²⁶ daha çok at yarışı gibi, örneğin, at yetiştirilmesi ve atın terbiye edilmesi çalışmalarının geliştirilmesi açısından uzun zaman önce meşrulaşmıştır.²⁷ Az sayıda kan sporu bu sosyal yararcı testinden değişmeden geçebilmektedir.

21 Bkz. GORN, dipnot 18.

22 2007 yılında Louisiane Eyaletinin de yasaklamasıyla horoz dövüşü her eyalette yasaklanmış oldu. Bu eyaletlerin 33’ü horoz dövüşünü bir suç olarak düzenlerken, 40 eyalet horoz dövüşüne seyirci olarak katılmak da hukuka aykındır. Bkz. Ed Anderson, *Louisiana’s Ban on Cockfighting Takes Effect Friday*, TIMES-PICAYUNE, 12 Ağustos 2008, sayfa 1.

23 Köpek dövüşü Amerika’nın tüm eyaletlerinde yasaklanmıştır ancak belirgin bir biçimde gizlice düzenlenmeye devam etmektedir. Bkz. Humane Soc. of the U.S., Dogfighting Fact Sheet, http://www.hsus.org/hsus_field/animal_fighting_the_final_round/dogfighting_fact_sheet/ (son erişim tarihi 3 Haziran 2009). (Çevirmen notu: Sayfaya 28.10.2011 tarihinde ulaşılammıştır.)

24 GORN, dipnot 18, sayfa 75-76. Yazar, Lilly ve McCoy arasındaki ünlü çıplak elle boks müsabakasını dönemin gazete makalelerinden nakleder:

Raund 70- McCoy şimdi gerçekten çirkin bir nesneye dönüşmüştü: iki gözü de siyahtı –sol gözü neredeyse kapanmıştı ve yanağı insanı şoke eden bir görünümdeydi. Alnı siyah ve mavi renklerdeydi, dudakları davul gibi şişmişti ve göğsünden aşağı su gibi kan akıyordu. Bu üzücü görüntü kalbimi sızlattı. Çok zayıf görünüyor, nefes nefese soluk almaya ve boğazındaki pıhtılaşmış sıvıyı boşaltmaya çabalıyordu.

Bu görüntünün aksine, McCoy’un destekçileri, tıpkı McCoy gibi, üzerine büyük bahis oynanmış dövüşü sonlandırmayı reddediyordu. McCoy toplamda sekiz defa nakavt olmuş ve 118 defa dövülmüştü. Son raundun bitiminde, McCoy yere düştü ve öldü, kendi kanında boğulmuştu. Kavga iki saat kırk bir dakika sürdü. Amerika’da bu yeni spordan meydana gelen ilk ölüm olduğu rivayet olunan bu olay, yeni dövüşler izlenmek istendiyse de halkın büyük öfkelerini çekti.

25 Age. at 77; Bkz. also Commonwealth v. Collberg, 119 Mass. 350, 353 (1876).

26 Bkz., ör, Collberg, 119 Mass. at 353.

27 Bkz. Katherine Simpson Allen, *A Horse Is a Horse (Of Course): Equine Collateral*, BUS. L. TODAY, Eyl.-Ekim 2008, sayfa 17, 17 (bir yarış atının değerini türün yayılımına göre belirtir).

Özellikle bir dava mahkemelerin bu değişik yaklaşımını gözler önüne sermektedir. Bir boksörün rakibine dövüş için verdiği ehliyet (izin) geçersiz kabul edilmiştir.²⁸ 1876 yılında Massachusetts'te *Commonwealth/Collberg*²⁹ davasında verilen karar zamanın tipik kararlarından biridir. Karşılıklı anlaşma ile iki boksör kamuya açık olmayan bir yerde elli-yüz izleyicinin karşısında dövüşmek üzere buluşmuşlardır.³⁰ O tarihte söz konusu boksörler muhtemelen, boks maçının, pes etme veya devam etmeyi reddetme nedenleri dışında her halükarda yapılacağını düzenleyen 1743 Broughton Boks Kuralları³¹ çerçevesinde

28 *Collberg*, 119 Mass. at 353.

29 *Age*.

30 *Age*, sayfa 352.

31 Kurallar hayatının sonlarına doğru yalnızca bir kez yenilen bunun dışında yenilgisiz ünlü boksör (çıplak elle yapılan) Jack Broughton tarafından konmuştur. Bu kurallardan önce genelde dövüşçüler, rakipleri hayatlarını kaybedene kadar dövüşmeye devam ederlerdi. Broughton, 4'ü dövüşçünün maçıdan çekilmesi veya devam etmemeye karar vermesiyle ilgili kurallar olmak üzere toplamda 7 kural getirmiştir.

1. Dövüş alanının ortasına tebeşir ile bir kare çizilir ve bir düşüşten sonra başlayan yeni sette veya alanın dışına çıkılması halinde karenin kenarlarına tekrar karşılıklı olarak geçene kadar rakibe saldırmak kural dışıdır.
 2. Herhangi bir anlaşmazlığa mahal vermemek için, dövüşçülerden biri düştükten sonra yarım dakika içerisinde çizilen karenin kenarına gelemmezse dövüşçü yenilmiş sayılacaktır.
 3. Her ana dövüşte, dövüşçüler ve yedekleri dışında kimse dövüş alanına giremeyecek, istisna olarak sonradan Bay Broughton uygun davranışların devamı için ve dövüşçülerin yerlerini almaları için dövüş sürerken girmek kaydıyla dövüş alanına geçebilir. Bu kurallara uymayanlar derhal kulüp dışına atılır. Dövüşçüler soyunduğu andan itibaren kimse dövüş alanına giremez.
 4. Hiçbir dövüşçü sınırlı zaman içerisinde belirlenen çizgiye geldiği veya yedeği yenilgiyi kabul etmediği sürece yenilmiş olarak kabul edilemez. Hiçbir yedek asıl dövüşçünün aksine hareket edemez veya pes ettiğini iddia edemez.
 5. Aksine bir anlaşma olmadığı sürece kazanan dövüşçü toplanan bahis paralarının 3'te 2'sini dövüş alanında seyirciler önünde alır.
 6. Herhangi bir anlaşmazlığa mahal vermemek adına, dövüşçülerin her biri bir hakem seçerler. Bu hakemler dövüş sırasında doğabilecek tüm anlaşmazlıkları çözerler. Eğer iki hakem arasında da anlaşmazlık var ise bu iki hakem üçüncü bir hakem seçerek o hakemin uyuşmazlığı çözmesini ve karar vermesini sağlarlar.
 7. Dövüşçünün rakibi yere düştüğü andan itibaren rakibe vurmak, veya bel altına vurmak yasaktır. Dizleri üzerine düşen dövüşçü de yere serilmiş sayılır.
- Birçok katılımcının da rızasıyla Bay Broughton'un Amfitiyatro'su Tottenham Court Caddesi'nde kabul edilmiştir, 16 Ağustos 1743. M.C. (Mike Southorn, Broughton Kuralları, DOĞU YAKASI BOKS, 19 Ekim 2005, <http://www.eastsideboxing.com/news.php?p=4966&more=1>. (Çevirmen notu: Erişim tarihi: 28.10.2011)

dövüşmüşlerdir.³² Bu bağlamda, söz konusu dövüş, çağdaş, yasal bir ödülü olan ve bunun gibi birçok özelliğe sahiptir. Mahkeme, diğerine karşı üstün gelene kadar her iki sporcunun da dövüşte yara aldığını belirtmiştir.³³ Bu görüş, “bazı erkek sporlarının vücut dayanıklılığı, yetenek ve insanları ihtiyaçları olduğunda... savunma yapmaya yönelttiğini” kabul ederek medenî hukuk anlamında haksız olmadığını belirtmiştir.³⁴ Bunun gibi kullanışlı erkek sporları sopalarla, flörelerle (kılıçlar) yapılan sporlar ve güreşi de içermektedir. Diğer taraftan boks, “hiç bir faydalı amaca hizmet etmemekteydi. Diğer taraftan boks, “hiç bir faydalı amaca hizmet etmemekteydi” ve “amacı barışın bozulmasına [hizmet etmektir].”³⁵ Bu nedenle mahkeme, boks müsabakalarının “anlaşma dahi-
linde ve öfke içermeyen veya karşılıklı hastalıklı bir rıza olsa dahi hukuka aykırı” olduğuna karar vermiştir.³⁶ Böylece hukuka aykırı bir eylemi meşru kılamayacağı için karşılıklı rıza olduğuna dair delil anlamsız kalıyordu.³⁷

32 Büyük bir çıplak el boks dövüşçüsü olan John L. Sullivan ve Amerikan Başkanı Theodore Roosevelt Broughton Kuralları yerine daha modern kurallar içeren Queensbury Kurallarının kullanılmasını kararlaştırmışlardır. GORN, dipnot 18, sayfa 205-25. Queensbury Kuralları zaman limitli raundlar, eldivenli ellerle dövüş yapılması kurallarını getirmiş ve kucaklaşma, çıplak el dövüşçüsüne tehlikeli vuruş yapma şansı veren güreşvari hareketler yasaklanmıştır. Age. sayfa 179-247.

33 *Collberg*, 119 Mass. sayfa 352.

34 *Age*. sayfa 353.

35 *Age*.

36 *Age*.

37 Bkz. Boulter/Clark, FRANCIS BULLER, AN INTRODUCTION TO THE LAW RELATIVE TO TRIALS AT NISI PRIUS 16 (5th ed., London 1790) (1768) (dövüşün yasal olmadığı yerde davacının rıza gösterdiğinin ileri sürülmesinin davaya engel olamayacağı karara bağlanmıştır); Bell v. Hansley, 48 N.C. 131 (3 Jones) (1855) (“Bir kimse rakibiyle dövüşmeyi kabul etse dahi dava hakkı vardır; dolayısıyla söz konusu anlaşma geçersizdir”); Stout/Wren, 8 N.C. 420, 420 (1 Hawks) (1821) (“Yasal bir müsabakada sakatlanan kimsenin rıza gösterdiği düşünüldüğünde dava hakkı olmaz; ancak kendi rızasıyla bir dövüş müsabakasına girip sakatlanan kimsenin dava hakkı dövüş yasal olmadığı için saklıdır.”); Matthew/Ollerton, [1693] 90 Eng. Rep. 438 (K.B.) (kamu barışını bozan eylemlerde bir kimsenin karşı tarafa rıza göstererek kendine vurma iznini vermesi geçersizdir; aynı zamanda bkz. Logan/Austin, 1 Stew. 476, 476 (Ala. 1828) (“Karşı tarafın rızası dahilinde olsa dahi, ahlâka aykırı ve kamu barışını bozacak türden dövüş izni geçersizdir”); Adams/Waggoner, 33 Ind. 531 (1870) (holding that consent may mitigate damages); R./Lewis, [1844] 174 Eng. Rep. 874 (Q.B.), 875 (“Hiç kimse başka bir kimseye meşru müdafaa dışında vurma hakkına sahip değildir. Ne zaman iki kişi birbirlerini dövmek amacıyla saldırılar her ikisi de kasten yaralama suçundan sorumlu tutulur.” Ve ilk kimin vurmuş olduğuna bakılmaz.).

Ancak bkz. Champer/State, 14 Ohio St. 437, 437 (1863) (“A. aleyhine B.’ye karşı kasten yaralama suçundan düzenlenmiş iddianame, A.’nın B.’ye aralarında anlaşma olmasına rağmen yumruk atmış olması değerlendirilmiş ve reddedilmemiştir”); State/Beck, 19 S.C.L. 363, 363 (1 Hill) (S.C. Ct. App. 1833)

Collberg davasında ve diğer davalarda³⁸ anglo-sakson hukukunda bu yararlı teste dayanılarak karar verilmiştir. Bazı sporlar, mahkemeler tarafından, şiddetli dövüş veya kan içermesi gibi ahlaki açıdan değil, daha çok belirli şiddet içeren sporların veya kan dökülmesinin kişilere savaş zamanında olduğu gibi kondisyon aşılacak veya başka bir (muhtemelen yasal) dövüş müsabakasına hazırlamak gibi yararlı herhangi bir amaca hizmet etmemesi nedeniyle yasaklanmışlardır.³⁹ Bazı spor müsabakaları, belirgin olarak ödül dövüşleri, izleyicileri şiddete teşvik etmesi veya barışın bozulması şüphesiyle ek yararlı temellere göre değerlendiriliyordu.⁴⁰ Böylece, bu dönemde yapılan spor müsabakaları konu olduğunda, sporun vermiş olduğu seyir zevki dışında ve bundan daha önemli olarak, sporun amacının meşru olduğunun kanıtlanması zorunluydu. Sporcuların riskleri ve katılımın sonuçlarını bilerek karşılıklı olarak bu spora rıza göstermesi, müsabakanın hukuka uygun olduğunu göstermiyordu.⁴¹

Bu kalıplaşmış görüş zaman içinde gittikçe yumuşamıştır. 1895 yılında, bir ödül dövüşçüsünün taksirle adam öldürmeye sebebiyet verdiği *People/Fitzsimmons*⁴² davasında, jüri, eyalet kanunlarının ödül dövüşünü hafif bir suç olarak öngörmesine rağmen, beraat kararı vermiştir.⁴³ Mahkemenin jüriye, hukuka aykırı bir eyleme rıza gösterilemeyeceği yönünde verdiği uzun ve tutarsız kanunî bilgilere rağmen, “tehlikeli” bir müsabakaya mahsus verilen rızanın geçerli olup olmayacağı tartışılmıştır.⁴⁴ Davayı yürüten hakim, müsabakanın tehlike içermemekte ve buna göre sporcular, kuralları ve uygulaması akla, mantığa uygun bir sporu icra etmekte ise, verilen rıza da makul kabul edilebilir ve kaza sonucu, istemeden gerçekleştirilen bir adam öldürme eyleminin mazeret olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁴⁵ Aslında hakimin verdiği bilgi-

38 Bkz. dipnote 37.

39 Bkz. *Collberg*, 119 Mass. sayfa 353.

40 Bkz *age*.

41 *Age*.

42 34 N.Y.S. 1102 (Ct. Sessions 1895).

43 Tartışılan yasa maddesi şöyledir: “Her kim, eyalet sınırları içerisinde, iki veya daha fazla katılımcı ring veya ödül dövüşü olarak adlandırılan eyleme katılır, düzenler, yardım eder, teşvik eder veya buna benzer biçimde bahis ayarlarsa eyalet sınır içerisinde olsun olmasın kabahatten suçlu bulunur.” *age*. sayfa 1102, 1106-07.

44 *Age*. sayfa 1108.

45 *Age*. sayfa 1109.

ler yasa koyucunun yasaklamış olduğu bazı sporların akla, mantığa uygun ve tehlikesiz bir spor olması halinde izin verildiği anlamına gelmiştir.

Geleneksel olarak hukuka aykırı kabul edilen belli başlı kan sporları ve erkek sporları günümüz hukuk düzeninde de hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ “Tehlikesiz” ve “mantığa uygun” kabul edilen sporlarda rıza, geçerli bir savunma olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷ Daha sonraları verilen kararlarda rıza, yalnızca “aşırı şiddet içeren” saldırı eylemlerinde rıza savunma dışı tutulmuştur. Böylece, 1976 *People/Free*⁴⁸ kararında mahkeme, sporcunun “aşırı şiddetli” bir müsabakaya rıza gösteremeyeceğini belirtilmiştir.⁴⁹ Verilen mahkûmiyet kararına kaynak olayda, bir Amerikan Futbolu müsabakasında defansif pozisyonda görev alan mağdur, topu taşıyıcı oyuncudan çalmaya çalışırken yumruk atmıştır.⁵⁰ Atılan bu yumruk, mahkemeye göre, topu çalma amaçlı olarak atıldığından oyunun bir parçası olarak hukuka uygun bir biçimde rıza gösterilmiş bir eylem olarak kabul edilmiştir.⁵¹ Bu sert hareket sonrası, oyun sona ermeye yakınken, top taşıyıcı defans oyuncusuna karşı yumruk atmıştır.⁵² Bu ikinci yumruk ceza hukuku anlamında bir soruşturmayla neden olmuş ve mahkeme, savunma makamının ileri sürmüş olduğu rıza verildiği iddiasını reddetmiştir.⁵³ Bunun yerine mahkeme, hukuken oyuncuların “aşırı şiddet içeren” bu tarz bir saldırıya rıza gösteremeyeceklerini hükme bağlamıştır:

Top çalma amaçlı, davacı tarafından atılan ilk yumruğa, rakip oyuncunun rıza göstermiş olduğu düşünülebilir. Bir futbol maçında top çalmak için yapılan müdahale, genellikle bir “temas” içerir ve bu temas bir

46 *Bkz.* American Boxing and Athletic Ass’n / Chemung County Y.M.C.A., 787 N.Y.S.2d 413, 416 (App. Div. 2004) (Güreş ve boks müsabakaları kamu güvenliğini ihlâl ettiğinden, bunlara uyulmaması halinde cezai yaptırımların uygulanacağı açıklanmıştır).

47 *Bkz.* Lassiter, dipnot 5, sayfa 65Eğer oyunun kuralları ve oynanışı akla uygun ise ve rıza verilmişse ve ağır fiziksel sakatlanmaya veya öldürmeye teşvik etmiyorsa, bu durumda saha içinde gerçekleştirilen...sakatliliklar mazur görülebilir.”).

48 381 N.Y.S.2d 976 (Dist. Ct. 1976).

49 *Age.* sayfa 978 (“Karşı tarafın rıza gösterdiğinin düşünüldüğü bir hareketin büyüklüğü ve tehlike derecesi sınırlıdır.”).

50 *Age.* sayfa 977.

51 *Age.* sayfa 978.

52 *Age.* sayfa 977.

53 *Age.* sayfa 979.

“yumruk” olarak yorumlanabilir. Savunma makamının davacının “saldırır” eylemi ile zincirleme olarak verdiği karşılık hata ile gerçekleştirilmiş olamaz. Açık bir biçimde, davalı, davacıya yumruk atma amacıyla hareket etmiştir. Bu da rıza gösterilmiş bir hareket olarak kabul edilmez.⁵⁴

Olgusal olarak bu karar gerçekten desteklenebilir. Mahkeme kararını, “davalının kendisine karşı yapıldığını düşündüğü saldırının, topu çalmak için yapılan müdahale ile gerçekleşen ilk temas sonrası [mağdur] ve davalı arasında gerçekleşen çarpışma ile son bulmuştur.” şeklinde gerekçelendirmiştir.⁵⁵ Diğer oyuncuların davalı oyuncunun üzerinden kalkıp ayrılmalardan sonra davalı tek dizi üzerine kalkıp, yerde yatan mağdura sert bir şekilde yumruk atmıştır.⁵⁶ Mahkemeye göre savunma makamının olay anında davalı sporcunun bir saldırıya maruz kalması nedeniyle meşru müdafaa niyetiyle davacıya vurduğu tezi geçen zaman ve iki yumruk arasına başka eylemlerin karışmış olması nedeniyle çürümüştür.⁵⁷ Böylece, *Freer* kararı göstermektedir ki, şiddet içeren sporlarda dahi bazı darbelere rıza gösterilmiş olması, sporn geçerli ve hukuka uygun olmasına rağmen sınırlama getirilmiştir.

ABD mahkeme kararlarında olmasa da, Kanada’da gerçekleşen iki kovuşturma müsabaka içerisinde hukuka uygun kabul edilebilecek saldırıların sınırlarını belirlemesi açısından açıklayıcı olmuştur. 1969’da Ulusal Hokey Ligi’nde (National Hockey League) (UHL) pistte gerçekleşen bir atışma iki sporcunun yargılanmasıyla sonuçlanmıştır. Edward “Ted” Green’in Wayne Maki’nin suratına eldivenli eliyle vurması iki sporcunun arasında kavgaya neden olmuştur.⁵⁸ Maki hokey sopasıyla Green’in karın bölgesinin altına vurarak karşılık vermiştir.⁵⁹ İki sporcunun hemen sonra sert bir kavgaya tutuşmuşlardır. Green önce Maki’nin omzunun yakınına hokey sopasıyla vurmuştur.⁶⁰ Maki de Green’in ciddi bir şekilde yaralanmasına neden olacak şekilde yine sopasıyla karşılık vermiştir.⁶¹ Kavganın sonrası Maki sakatlığa neden olduğu için nitelikli

54 Age. sayfa 978.

55 Age sayfa 979.

56 Age.

57 Age.

58 R. /Maki, [1970] 3 O.R. 780 (Can.).

59 R. /Green, [1971] 1 O.R. 591, 593 (Can.).

60 Maki, 3 O.R. sayfa 781.

61 Age.

adam yaralama ile,⁶² Green ise basit adam yaralama ile suçlanmıştır.⁶³ Yargılama sonucunda her iki sporcu da beraat etseler de, her iki Ottawa-Carleton Yerel Mahkemesi de rıza savunmasını tartışmıştır.⁶⁴ *Maki*'nin yargılmasını yürüten mahkeme rıza savunmasının somut olaya uygulamayacağını, “hiçbir sporcunun kötüniyetli provoke edici veya aşırı şiddet içeren bir müdahaleyi kabul etmeyeceğini” karara bağlamıştır.⁶⁵ Mahkeme, rıza savunması açısından, sporcuların ancak yaptıkları sporun doğası gereği bazı şiddet içeren eylemlere rıza gösterebileceklerinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir.⁶⁶ Green'in yargılamasında, mahkeme, Green'in eldivenli eliyle mağdura (*Maki*) vurmasının hokey oyunu içerisinde kabul edilebilecek bir müdahale olduğunu ve ciddi bir sakatlanmaya neden olamayacağını ileri sürmüştür.⁶⁷

Uygulamada kabul edilen rıza ve kabul edilmeyen rıza arasındaki ayrımı kolay anlaşılır bir biçimde ortaya koymak ve ayırt etmek zordur.⁶⁸ 1990 yılında⁶⁹ Iowa'da görülen bir davada, kasten yaralama eylemlerini düzenleyen eyalet yasalarının, bir sporu gönüllü olarak icra eden sporcuların “bir sporun veya müsabakanın gerektirdiği, makul olmayan ciddi bir sakatlık veya barışın bozulması gibi bir durum yaratmayan, mantığa uygun öngörülebilir yaralanmaya neden olan” eylemleri içer-

62 Age sayfa 780.

63 Green, 1 O.R. sayfa 591.

64 Green kararında, Hâkim, Green'in basit yaralama eylemine karşı yapmış olduğu rıza savunmasına şu yorumu getirmiştir:

Hokey pistine çıkan her oyuncunun bedeni üzerine yapılacak saldırılara rıza gösterdiğine şüphe yoktur. Çünkü Ulusal Hokey Ligi'nde oynanan hokey oyununda, bir saldırı olarak nitelendirilebilecek hareketin normal sayılmaması durumunda, mevcut halinden daha yavaş, daha az güce ve daha az hırsa dayalı ve mücadelesi düşük bir oyun konumuna gelirdi. Ulusal Hokey Ligi'ne giren hiçbir oyuncu buz pistindeyken kendisinin darbe alabileceğini bilmeden bu oyuna rıza göstermez. Green, 1 O.R. sayfa 594.

Maki davasının Hâkimi rızayı daha faklı yorumlamıştır: “Eylemin derecesi önem taşır ve hiçbir sporcunun kötüniyetli, provoke eden ve aşırı vahşi bir saldırıya rıza vermesi beklenemez.” *Maki*, 1 O.R. sayfa 782.

65 *Maki*, 3 O.R. sayfa 782.

66 Age.

67 Green, 1 O.R. sayfa 594.

68 *Bkz.*, örneğin, Gregory Schiller, *Are Athletes Above the Law? From a Two-Minute Minor to a Twenty-Year Sentence*: Regina/Marty McSorley, 10 SPORTS LAW. J. 241, 253 (2003) (*Maki* ve *Green*'in biri hakkında suçlamaları reddeden mahkemenin karar verirken aynı zamanda rakip oyuncunun eylemlerinin içgüdüsel olduğunu ve dolayısıyla suçlanamayacağını belirtmiş; böylece olayı kışkırtan oyuncu ve ölümcül bir darbeyle de olsa cevap veren oyuncunun suçsuz bulunduğunu belirtilmektedir).

69 State /Floyd, 466 N.W.2d 919 (Iowa Ct. App. 1990).

mediği belirtilmiştir.⁷⁰ Bu davada yapılan soruşturma konusu, bir basketbol maçının ortasında yaşanan kavgaya ile başlamıştır. Oyuncuların biri kasten sert bir faul yaptıktan sonra rakip oyuncunun yüzüne yumruk atmıştır.⁷¹ Bu sert faulü yapan oyuncu, sonuç olarak davalı, takım arkadaşı oyundan ihraç edilmesine rağmen, kendisi oyundan ihraç edilmemiştir.⁷² Oyunun ilerleyen dakikalarında karşı takımdan bir oyuncunun yaptığı başka bir sert faul, her iki takımdan birçok oyuncunun katıldığı bir kavgaya neden olmuştur.⁷³ Mahkeme kararında az da olsa bir sorun yaşadıysa da, “davalının son düdüğe, sesli uyarıya, tabanca sesine kadar oyun alanında gerçekleştirdiği eylemlerin kendisini cezai soruşturmadan koruduğu” savunmasını reddederek, davalının katıldığı kavganın kanuni düzenlemeye bir istisna teşkil etmediğini belirtmiştir.⁷⁴ Bunun yerine, mahkeme, kanuni istisnanın oyuncunun “oyun esnasında gerçekleştirdiği eylemler”⁷⁵ ve “oyunun amacının yerine getirmek için devam olunan” eylemlerine uygulanabileceğini karara bağlamıştır.⁷⁶

Davalı ve kavgaya katılan diğer kişilerin bir sporun “katılımcıları” oldukları düşünülse bile, yumruklaşmaya başladıklarında, davalının eylemleri basketbol oyununun makul, öngörülebilir bir parçası değildir.⁷⁷ Basketbol, oyunun özelliği gereği belli oranda itişme, dürtme, zaman zaman da dirsek ve tokat içerebilir.⁷⁸ Mahkemeye göre, olayda meydana gelen bu sert saldırı, mantıklı olarak öngörülebilir bir müdahale olma yönünden inandırıcılığını yitirmiştir.⁷⁹ Dahası, bu saldırı mantıken öngörülebilir olarak düşünülse bile, çok ciddi bir sakatlığa ve barışın bozulmasına neden olabilecek bu eyleme verilen rıza geçerli kabul edilmez.⁸⁰ Ortalama, mantıklı bir basketbol oyuncusu yumruklu kavgalara karşı hem korunmasız hem de hazırlıksızdır.⁸¹ Mahkeme gerekçesinde, ger-

70 Age. at 921.

71 Age. at 920.

72 Age. at 920-21.

73 Age.

74 Age. at 922.

75 Age.

76 Age.

77 Age. at 923.

78 Age.

79 Age.

80 Age.

81 Age.

çekleşen yumruklu kavga öncesi oyun durdurulduğu için bu kavganın basketbol oyunundan kaynaklanan bir olay olmadığı kanısının daha ağır bastığını belirtmiştir.⁸²

Diğer kararlar da buna benzer bir biçimde rızaya dayalı olarak yapılan sporların sınırlarını çizmeye çalışmıştır. *Commonwealth/Sostilio* davasında⁸³, bir sürücü, araba yarışında rakibini pist dışından kestirme yoldan geçmiştir.⁸⁴ Davalının bu hareketi, rakibinin ölümüne neden olan bir kazaya sebebiyet vermiştir. Rıza, bir savunma olarak öne sürülmesine de, verilen kararda bir sporun katılımcısının sporun yapısal olarak içinde bulunan bir davranış dolayısıyla adam öldürme suçundan sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılmıştır.⁸⁵ Mahkeme, yarışan araçların fiziksel olarak temas etmesinin otomobil yarışlarının olmazsa olmaz bir parçası olmadığını belirtmiştir.⁸⁶ Böylece davalının hiç boşluk olmayan bir yerde diğer araçları geçmek için bulunduğunu girişim bir çarpışmayı neredeyse kaçınılmaz hale getirmiş, bu da adam öldürme suçundan mahkumiyet yönündeki kararı güçlendirmiştir.⁸⁷

III. ŞİDDETİN KISITLANMASINDA KURALLAR

Belli bir sporu icra eden sporcular, “toplu katılımlı spor müsabakalarında öngörülebilir mantığa uygun tehlikeler” den kaynaklanan saldırılar, müdahaleler ve bunlara bağlı olarak gerçekleşen sakatlıklara rıza göstermiş sayılırlar.⁸⁸ Böylece, belirli bir müdahale, yapılan sporun kuralları çerçevesinde bir “faul” e veya “penaltı” ya neden olabilir ve bu müdahalenin rıza savunmasına dayalı olarak meşrulaştırılması gerekmez. *State/Shelley* davasında, davalının bir basketbol maçı sırasında

82 Age. Bkz. Daniel R. Karon, *Winning Isn't Everything, It's the Only Thing. Violence in Professional Sports: The Need for Federal Regulation and Criminal Sanctions*, 25 IND. L. REV. 147 (1991); Mary Carroll, Comment, *It's Not How You Play the Game, It's Whether You Win or Lose: The Need for Criminal Sanctions to Curb Violence in Professional Sports*, 12 HAMLINE L. REV. 71 (1988); Comment, *Consent in Criminal Law: Violence in Sports*, 75 MICH. L. REV. 148 (1976); Bradley C. Nielsen, Note, *Controlling Sports Violence: Too Late for the Carrots—Bring on the Big Stick*, 74 IOWA L. REV. 681 (1989).

83 89 N.E.2d 510 (Mass. 1949).

84 Age. sayfa 511.

85 Age.

86 Age. sayfa 512.

87 Age.

88 State v. Shelley, 929 P.2d 489, 490 (Wash. Ct. App. 1997).

maruz kaldığı sert faul, yüzünde bir yırtık oluşmasına neden olmuştur.⁸⁹ Davalı daha sonra oyuna geri döndüğünde davacının (önceden yüzünün yaralanmasına neden olan kişiye) yüzüne sert bir biçimde vurarak alt çenesinin üç yerden kırılmasına neden olmuştur.⁹⁰ Davalı, karşı tarafın yüzüne kasıtsız olarak vurduğunu, daha çok reaksiyon sonucu ve düşünmeden yapılan bir hareket olduğunu iddia etmiştir.⁹¹ Davalı, kendisine daha önce davacının yapmış olduğu sert faul nedeniyle, kendisinden başka bir sert müdahale daha beklediğini ve böylece sert bir faul yapacağı korkusuyla reaksiyon gösterdiğini belirtmiştir.⁹² Davalı ayrıca rıza savunmasını ileri sürmüş, davacının normal, belki de sert olarak nitelendirilebilecek bir basketbol maçında sakatlandığını iddia etmiştir.⁹³

Davayı yürüten mahkeme, davalının müdahalesinin basketbol oyun kurallarını aşarak, başka bir oyuncunun yüzüne sert bir biçimde vurusu şeklinde gerçekleştiğinden, rıza savunmasının hukuka uygun bir geçerlilik taşımadığını belirtmiştir: “Rıza oyun kuralları içerisinde ve belirli oyunun amacına ulaşmak için öngörülebilir müdahalelerde bulunur.”⁹⁴ Temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin bu görüşünü yerinde bulmamıştır.⁹⁵ Gereğesinde ise, rıza savunmasının spor müsabakasından doğan saldırılar için de gerekli olduğunu belirtmiştir.⁹⁶ Eğer rıza savunması sporla bağlantısı olan saldırılarda geçerli olmazsa, birçok spor dalının kişinin beden bütünlüğü hakkını ihlâl ettiği için yasaklanması gerekirdi. Mahkeme gerekçesinde, “toplum, spor müsabakalarını teşvik etmeyi seçmiştir,”⁹⁷ ve bu nedenle oyuncuların oyunu oynarken birbirleri arasında gerçekleşen fiziksel temasa rıza göstermelerinin zarurî olduğunu belirtmiştir.⁹⁸

89 Age.

90 Age.

91 Age.

92 Age.

93 Age.

94 Age. at 491.

95 Temyiz Mahkemesi, rıza savunmasının bir spor müsabakasında meydana gelebilecek müdahale ve sakatlıkların akla uygun bir biçimde öngörülebilir tehlikelerde geçerli olduğunu belirterek Yerel Mahkeme'nin kararını düzeltmiştir. Age.

96 Age.

97 Age. at 492.

98 Age.

Temyiz Mahkemesi sporcunun yaptığı sporun kuralları çerçevesinde rızasının kapsamını sınırlandırmayı reddetmiştir.⁹⁹ Model Ceza Kanunu'na¹⁰⁰ atf yaparak,¹⁰¹ oyun kuralları ile ilgili olarak rızanın sınırlarını çizen bir yapı oluşturma'nın oynanan oyunu çok fazla sınırlandırmak anlamına geleceğini, "belli aşırılıklar ve rahatsızlıkların oyun kurallarının ötesine geçmesi beklenebilir. Hafif yaralanmalara neden olan müdahale dahi sıradan ve beklenen bir müdahale olarak kabul edilebilir."¹⁰² Bunun yerine, Mahkeme, rızanın sınırlarını, iştirak edilen yasal spor müsabakasının hukukun yasak koymadığı mantıklı, öngörülebilir tehlikelerinin çizdiğini belirtmiştir.¹⁰³

Hukuki sonuçlar dışında, son tahlilde, Temyiz Mahkemesi sanığın hareketinin büyüklüğü ve yaratmış olduğu tehlikenin izin verilebilecek rıza savunmasının ötesine geçtiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi sanığın niyetinin, tartışmasız olarak mağdura vurmak olduğunu ve sanığın mağdura yeterli kuvvetle mağdurun çenesine vurduğu esas yumruğun "basketbol oyunu içerisinde, ragbi veya hokey bile olsa, davaya konu olayda rızanın savunma olarak kullanılamayacağı" nı hükme bağlamıştır.¹⁰⁴

Mahkemenin gerekçesi iki esaslı hususa dayanmaktadır. Birincisi, eğer mahkeme, MCK'ye riayet ederse,¹⁰⁵ rızanın sınırlarının yapılan sporun veya oynanan oyunun kurallarına göre belirlenmeyeceği anlamına gelir ki, bu durum da, takım oyununa dayalı spor müsabakalarında¹⁰⁶ "mantiken öngörülebilir tehlikeler" bağlamında, yapılan sporun bağlı ol-

99 Age.

100 Çevirmen Notu: Model Ceza Kanunu, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından geliştirilen kanunî bir yedek yasadır. Amerikan Ceza Hukuku'nun modernizasyonu için önem arz eder. Bkz: http://en.wikipedia.org/wiki/Model_Penal_Code

101 Mahkemenin de belirttiği üzere, Model Ceza Kanunu şunu öngörmektedir:

Bazı olaylarda fiziksel sakatlığa verilen rıza savunması geçerli sayılır... Takım olarak oynanan sporlar doğaları gereği ciddi sakatlık riski taşıyabilir. Burada, mücadelenin gelişmesini sağlamaya izin veren sosyal sağduyu, Mahkeme'nin kararını mantiken öngörülebilir tehlikelere katılım bağlamında rıza verilebileceği yönünde etkiler.

Age. (quoting MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES § 2.11 cmt. 2 sayfa 396 (Official Draft and Revised Comments 1985)).

102 Age. (quoting ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, CRIMINAL LAW 154 (3d ed. 1982)).

103 Age.

104 Age. at 493.

105 MODEL PENAL CODE § 2.11 (Proposed Official Draft 1962).

106 Age. § 2.11(2)(b).

duğu karar organlarının sporcu davranışlarını düzenleyen kuralların kullanmasını veya bu kurallarda değişiklik yapılmasını engelleyecektir. Örneğin, diyelim ki, Ulusal Hokey Ligi (UHL), kural dışı olan sopayla rakip oyuncunun sopasını engellemeyi “oyunun bir parçası” olmaktan çıkarmak istemektedir. Dahası, farzedelim ki, UHL, hokey sopasıyla müdahaleyi sıkı kurallara bağlayarak ve bu müdahaleleri büyük cezalar gerektiren ihlaller olarak kabul eden kurallar getirsin. Bu noktada, kural dışı sopayla yapılan müdahaleler oyun kurallarına aykırı olacaktır. Ancak MCK yaklaşımına göre, adli soruşturma gerektiren kural dışı hokey sopasıyla yapılan ve rakip oyuncunun ağır yaralanmasına neden olan müdahale oyun kuralları içerisinde sert bir biçimde yasaklanmasına bakılmaksızın mutlak irade savunmasına takılacak; böylece sopayla gerçekleştirilen müdahaleler UHL maçlarında mantiken öngörülebilir tehlike olarak kabul edilecektir. Eğer bir sporun kural koyucuları ve idarî makamları oyunlarının doğasını değiştiremiyorlarsa, ceza sorumluluğu söz konusu olduğunda, sporun rekabet ortamı içerisinde kendi doğasını tam olarak değiştirip değiştiremeyeceği muallakta kalmaktadır. Bu sonuç, yalnızca oyundan ibaret olan ve herhangi bir özellik veya vasıf gerektirmeyen sporlarda sorun teşkil eder.¹⁰⁷ Böylece, bir oyunun organizatörü, sopayla müdahale veya vücutla müdahale olmayan buz pateni, sopa ve paklarla X sporu adı altında bir yarışma düzenlemek isterse, hiçbir yargı makamı veya yasama organı yaratılan bu sporun düzenlenmesini reddedemezdi. Ancak alışlagelmiş hukuk uygulaması, oyuncunun rızasının alanını oyunun kurallarından ayrı tutan *Shelley* kararındaki gibi,¹⁰⁸ sporcunun karşılaşabileceği riskleri, kuralları okuyup okumadığı ve buna göre bu riskleri üstlenmeyi kabul edip etmediği konusunda yalnızca yazılı metinlere itibar etmek ve cevap vermek konusunda başarısız olmaktadır.

107 Amerikan Yüksek Mahkemesi *PGA Tour, Inc./ Martin* kararında aksini belirtmiştir, 532 U.S. 661 (2001). Bu kararı veren mahkeme golf sporunun kurallarından ayrı bir doğası ve varlığı olduğunu ileri sürmüştür. *Martin* kararında, golf sahasını yürüyerek geçemeyen engelli bir golf oyuncusu golf arabasıyla taşınabilmek için dava açmıştır. PGA (Play Golf America) kuralları oyuncuların golf sahasını yürümeleri gerektiğini açık bir biçimde belirtmiştir. *Martin* kararında, Mahkeme, golf sporunda amacın topu deliğe sokmak olduğunu ancak yürümenin PGA'nın koyduğu kuralın aksine oyunun bir parçası olmadığını belirtmiştir. Age. sayfa 683-85.

108 *Shelley*, 929 P.2d sayfa 492.

Mahkemenin, *Shelley* davasındaki; bir oyuncunun rıza gösterdiği¹⁰⁹ fiilin kapsamını belirlemek için spor kurallarını kullanmayı reddeden hukuki gerekçesindeki ikinci problem ise, “makul olarak öngörülebilir tehlike” standardının, hem müsabakada oynayan oyuncu, hem oyuncunun fiilinin değerlendirileceği dava bakımından, olayın yorumlanmasına dair zorluk yaratmasıdır. Örneğin; *Shelley* davasında davalı, mağdurun yüzüne vurmasının planlı bir eylem olmadığını, tehditkar ve sert bir faule¹¹⁰ verilmiş plansız ve anlık bir tepki olduğunu ileri sürmüştür. Üstelik, davalının yumruğu, oyunun seyri esnasında “zayıf tarafta”, yani toptan uzak bir tarafta, iki oyuncunun da topa baktığı¹¹¹ bir sırada gelmiştir. Oyuncu, müsabaka esnasında rakibine atmış olduğu yumruğun, ona cezai bir sorumluluk¹¹² yükleyeceğini, asla düşünmemektedir. Bu olasılığı göz ardı ederek, temyiz mahkemesi, davalının mağdura vurmak isteğinin kesin olduğunu,¹¹³ bu konuda herhangi bir ihtilaf olmadığını, ancak mahkemenin dava konusu olaylara yaptığı atfın¹¹⁴ ışığında verilecek sert bir hükmün, ceza davalarında geleneksel olarak uygulanan “kanunun ruhuna uygunluk kuralı” bakımından sorun yaratacağını belirtmiştir.¹¹⁵ Mahkemenin, her ne kadar hüküm kısmında olsa da, hokey sporundan bahsedışı, mahkemenin standardının belirsizliği konusunda bir fikir vermektedir. Hokeyde rakibin kafasına veya vücudunun herhangi bir yerine eldivenli el ile yumruk atmak, ciddi yaralanmalara sebep olsa bile, nadir rastlanır bir fiil değildir.¹¹⁶ Bu itibarla ceza hukukunun uygulanmasında esnekliğe ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmüştür.

109 Age.

110 Age. sayfa 490.

111 Age. sayfa 493.

112 Davalı, aynı zamanda, ihtilaf konusu kuralın spor müsabakası kavgalarında uygulanmasının belirsizlik yaratacağını, zira spor müsabakasının doğasından gelen sertliklere karşı keyfi uygulamaların önüne geçecek kesin standartlar ve belirgin sınırlar getirmekte başarısız olduğunu ileri sürmüştür. Karşılık olarak Temyiz Mahkemesi, “ortalama bir insanın, bir spor müsabakası esnasında rakibine kasıtlı olarak yumruk atmasının, ceza soruşturmasına yol açabileceğini anlamalıdır.” şeklinde mütalaada bulunmuştur. Mahkemedeki delil durumu bir kez daha, davacının davalıya kapalı bir yumrukla veya kasıtlı olarak vurup vurmadığı hususunu açıklığa kavuşturamamıştır.

113 Age. sayfa 493.

114 Temyiz Mahkemesi tarafından, mahkeme kayıtlarına atıf yapılan tek uygun olay, davalının, yumruğun kasıtlı olarak atılmadığı yönündeki ısrarı idi.

115 Bkz. Bell v. USA (Sorumluluğun ihdası hususunda benzer bir esneklik tartışması bakımından)

116 Bkz. People v. Schacker (eğer itişme, çelme, yumruk atma cezai sorumluluk gerektirse idi, hokey sporu şu anki hali ile devam edemezdi.)

Sahadaki rakip sporcuya uygulanan şiddet ile ilgili bir başka Amerikan soruşturması da, Boston Bruns'den hokeyci Dave Forbes hakkındadır.¹¹⁷ 1975'te bir NHL müsabakası sırasında Forbes, hokey sopasını "nitelikli saldırı" olarak nitelendirilecek şekilde kullanmıştır.¹¹⁸ Soruşturma mütalaasına göre; nitelikli saldırı suçunun oluşabilmesi için, bir şahsın zımnı veya açık bir biçimde suçun mağduru olmaya rıza göstermemesi gerekmektedir.¹¹⁹ Müzakere neticesinde, jüri bölünmüş ve yargılamanın hatalı olduğu ilan edilmiştir.¹²⁰ Pek nadiren hokey sahalarında yaşanan şiddet, ceza sorumluluğu gerektiren bir suçlamaya dönüşmüştür.¹²¹

IV. İZİN VERİLEN ŞİDDET

New York Mahkemesi *People v. Schacker*¹²² davasında saldırgan davranışlarda rızanın sınırının çizilmesi sorunu açısından yeni bir yaklaşım benimsemiştir. Hokey maçında hakem düdüğü çaldıktan sonra davalı, kalenin yanında bulunan davacının arkasına doğru gelmiştir.¹²³ Duruşmada verilen ifadelerle göre, davalı, davacının arkasından gelerek, boynunun arkasına eliyle sert bir şekilde vurmuş ve davacının kafasını kale direğine çarpmasına neden olmuştur.¹²⁴ Davacı bu darbe sonrası beyin sarsıntısı geçirmiş buna bağlı olarak başağrıları ve başka ufak sakatlıklar yaşamıştır.¹²⁵ Davacının sakatlığının "öngörülen risk"¹²⁶ kapsamında olduğu tartışmalarına mahkeme, bir sporcunun yaptığı sporda risk olarak

117 Bkz. HORROW, *dipnot* 16, sayfa 162 (citing State/Forbes, No. 63280 (Minn. Dist. Ct. 1975) (mistrial)).

118 Age.

119 Age.

120 Age.

121 Dino Ciccarelli hokey sahasındaki fiili sebebiyle hapisle cezalandırılan ilk NHL oyuncusu idi. Toronto mahkemesince suçlanmış ve tek bir günü cezaevinde geçirmişti. Austin Murphy, "North Star On Ice," SPORTS ILLUSTRATED, Sept. 5, 1988, at 34. Başka örnekler için, bkz. *R./McSorley*, [2000] B.C.P.C. 0116 (British Colom.), http://www.provincialcourt.bc.ca/judgments/pc/2000/01/p00_0116.htm adresinde mevcut (davalının, rakibinin açık bir biçimde kafasına gerçekleştirdiği korkunç müdahale sonucu yaralama suçundan ceza almıştır).

122 *People /Schacker*, 670 N.Y.S.2d 308 (Dist. Ct. 1998).

123 Age. sayfa 309.

124 Age.

125 Age.

126 Age.

sporum içinde var olan gerekli ve aşikâr eylemleri kabul edebileceğini belirtmiştir.¹²⁷ Hokey oyununda, Mahkemeye göre, suça konu eylem haline gelebilecek iradi eylemler şunlardır:

Hokey maçında gerçekleşen bir eylemin suç teşkil edebilmesi için, bilginin olgusal bölümü, eylemin aslında yapılan spor müsabakasıyla ilgisiz tolere edilmeyecek türden fiziksel bir sakatlığa neden olma iradesiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Somut olayda, oyun durmuş olsa da, verilen bilgiler ışığında gerçekleştirilen fiziksel eylemin müsabaka ile tamamen ilgisiz olduğu söylenemez.¹²⁸

Bir eylemin suç teşkil etmesi ve adlî soruşturma konusu olması için gereken, yapılan sporla “ilgisiz” olması şartı, görünen o ki MCK’de standartlarında tespit edilen şiddet eylemlerinin kapsamını genişletmektedir.¹²⁹ *Schacker* olayında, düdük çalınmış ve maç durmuştur.¹³⁰ Davalının ve davacının, meydana gelen saldırı olayından önce, maç içinde davalının bu saldırıyı gerçekleştirmesi için neden olarak hiçbir delil gösterilememiştir. Tek delil, düdüğün çalmış olmasına rağmen oyuncuların buz pistinde kaymaya devam etmeleri, dolayısıyla oyunun geçici olarak durduğudur.¹³¹ Yapılan sporla ince bir bağı olsa da, davalının saldırısı öngörülen risk kapsamında görülmüştür.¹³² Ancak Mahkeme, bu saldırının Hokey oyunuyla “bağlantısının” veya “ilgisinin” buz pisti üzerinde oyun ortasında işlenebilecek diğer suçlardan neden daha fazla olduğunu açıklamamıştır.

Mahkeme *Schacker* kararında, vardığı neticeye olgusal bir ayırım yaparak ulaşmak yerine, esas teşkil ettiğini düşündüğü iki hususa değinecek ulaşmayı tercih etmiştir.¹³³ Birinci olarak, davacının yaşadığı sakatlığın doğasının göreceli olarak küçük çapta olduğu belirtilmiştir. Mahkemenin kararına göre, ceza sorumluluğu söz konusu olabilmesi için “sakatlığın normal bir müsabakada kabul edilemez derecede ağır olması, dolayısıyla oyunun doğasını değiştirmesi gerekir. Olayda böyle

127 *Age*. (quoting *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 166 N.E. 173, 174 (N.Y. 1929)).

128 *Age*. sayfa 309-10.

129 *Bkz.* *State v. Shelley*, 929 P.2d 489, 490 (Wash. 1997).

130 *Schacker*, 670 N.Y.S.2d at 309.

131 *Age*. sayfa 310.

132 *Age*.

133 *Age*.

bir durum söz konusu değildir.”¹³⁴ İkinci gerekçe ise, politika üzerine oturtulmuştur: “Bir hokey oyuncusunun bu tip bir olay yüzünden yargılanması spor müsabakalarının serbestçe ve sertlik içeren bir yapıda düzenlenme politikasına aykırılık teşkil edecektir.”¹³⁵

Mahkemenin “sertlik içeren müsabakayı” teşvik etme çabası, müsabaka organizatörleri ve katılımcılarının iradesiyle ters düşmüş olabilir. Aslında, davacının sakatlandığı müsabaka, sopayla müdahale ve müsaade edilmeyen türden bir hokey liginde meydana gelmiştir.¹³⁶ Mahkeme buna rağmen, rıza doktrininin kapsamının oynanan oyunun kurallarıyla sınırlanmaması gerektiğini belirtmiştir:

Lig kuralları bazı müdahale türlerini yasaklayarak potansiyel sakatlık risklerini azaltsa da, sporcu şiddetli ve yoğun gayret gerektiren bu sporun risklerini öngörmeye devam eder. Hokey maçında meydana gelen normal bir müdahale, Ceza Hukuku’nu ilgilendiren suça ilişkin bir eylemin standardını oluşturamayacağı gibi, Ceza Hukuku da bir hokey maçına müdahalede bulunarak katılım için cesaretlendirme gereken diğer spor müsabakalarına katılımı azalatacak şekilde ters bir politika izlenmesine yol açamaz.¹³⁷

*Shelley*¹³⁸ kararında ortaya konan “mantıken öngörülebilir tehlike” kuralına göre *Schacker* davasında ortaya konan “bağlantı” standardı rıza savunmasının alanını çok daha fazla genişletse de, *Shelley* kararı gibi *Schacker* kararı da aynı eleştirilere konu olmaktadır. Olayda söz konusu hokey liginin sopayla müdahalenin yasak olduğu bir lig olması gerçeği gözardı edilmemeli ve kararda önem arz etmeliydi. Söz konusu ligin kurucularının, sopayla müdahaleyi oyuncuların da rıza gösterirken göz önünde bulundurdıkları “mantıken öngörülebilir tehlikelerin” azaltılması için yasakladıkları kuvvetle muhtemeldir. Mahkemenin, sporcuların aslında “normal” şiddet seviyesinde sopayla müdahalenin yasaklanmadığı bir hokey maçıymış gibi zımni olarak rıza gösterdiklerine karar vermiş olması,¹³⁹ en azından Ceza Hukuku söz konusu olduğunda, lig yö-

134 *Age*.

135 *Age*.

136 *Age*.

137 *Age*.

138 *State/ Shelley*, 929 P.2d 489, 492 (Wash. Ct. App. 1997).

139 *Schacker*, 670 N.Y.S.2d at 310.

netimlerinin müsabakaların doğasını değiştirmede güçsüz olduğunu göstermektedir. Bu, önemli bir eleştiri konusudur. Liglerin beklentileri değiştirme kabiliyeti ve oyuncuların zımni rızaları müsabakaları “normal”den daha güvenli bir kapsamı olan sportif aktivitelerde daha farklı bir oyun tercihi olarak ortaya çıkar. Diğer bir deyişle, bazı oyuncular hokey maçlarında genel olarak bilinen “mantıken öngörülebilir tehlikeleri” değiştirmek üzere daha güvenli liglerde yer almayı tercih ederler. Dolayısıyla bu tür liglere katılan sporcular yine zımni olarak akla uygun bir biçimde Ceza Hukuku’nun kendilerini koruma altına alma beklentisiyle oyuna dâhil olabilirler.

Anlatılanlara ek olarak, Mahkeme’nin öngördüğü, “bağlantı” standardı geniş, teorik olarak sınırları belli olmayan kural, oyunun kendi kurallarıyla rıza tahmini konusunda ayırımın yapılması açısından daha da sorunludur.¹⁴⁰ Teoride, Mahkeme’nin belirlediği standarda göre, yapılan spor, buz pisti üzerinde gerçekleştirildiği sürece herhangi bir saldırı eylemini meşrulaştırmaya yetecektir. Şikayetçi, çok ağır bir travma¹⁴¹ yaşamadığı sürece davalının davranışı meşru kılınacak ve sonuca etki etmeyecektir. Bununla birlikte, Mahkeme’nin öngördüğü benzeri olmayan spor politikası tartışması da, sporcuların güç gerektiren ve agresif sporlarda yer almasında yaratacağı isteksizliği de arttıracaktır.¹⁴²

V. SERT SPORLARIN SÜRDÜRÜLMESİ

Şiddetli sporlarda rızanın sınırlanlarının belirlenmesinde en önemli konu, oyunların agresif bir biçimde ve azami gayretle oynanmasındaki arzudur.¹⁴³ Agresif oyun gerektiren sporlarda eylem, şekil değiştirerek ceza soruşturmasına konu olur duruma geldiğinde, sporcular kendilerini hukuken sorumlu duruma getirebileceği için oyunu oynamayı reddedebilirler. Gerçekten de, bir ceza yargılaması sonucu alınan cezanın yarattığı utanç ve sosyal ve iş ilişkileri bakımından sonuçlarıyla birlikte yaptı-

140 Age.

141 Age.

142 Bkz. Limon/Texas, No. 04-00-00276-CR, 2001 WL 356247 (Tex. App. Apr. 11, 2001). Limon savcılık makamıyla yaptığı pazarlık sonucu nitelikli yaralama suçundan ceza almıştır. Bir basketbol müsabakasında rakibinin yüzüne dirsek atarak ciddi biçimde sakatlanmasına neden olan Limon 5 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Age.

143 Bkz. Schacker, 670 N.Y.S.2d sayfa 310.

rımın ağırlığı, sporcuların kurallara uygun olmasına rağmen, Ceza Hukuku açısından sorun çıkabileceğini göz önüne alarak, oyun içerisinde bir eylemi gerçekleştirmesini engelleyebilir.¹⁴⁴

Sporda şiddetle ilgili rıza doktrini tartışması *State/Gudugli*¹⁴⁵ kararında itina ile yapılmıştır. Bu tartışma, temyiz makamının, davalı vekilinin rıza doktrini savunmasını ileri sürmemesi nedeniyle eksiklik görmesi bağlamında doğmuştur.¹⁴⁶ Davalı, rakibinin gözüne yumruk atmakten kasten yaralama hükümlerine göre ceza almıştır.¹⁴⁷ Bir basketbol maçının ortasında yaşanan ateşli tartışma sonucu kavga çıkmıştır.¹⁴⁸ Temyiz makamının kararında spor bağlamında rıza doktrinin sıkça uygulanması gerektiği konusunda birçok gerekçe sunulmuştur.

Öncelikle, çoğu spor müsabakasında, oyun içinde meydana olaylar dâhil olmak üzere, hakemlerin kararları, lig yönetiminin yaptırımları veya üniversite yönetimi gözetiminde oyuncu davranışları konusunda düzenlemelere zaten yer verilmiştir.¹⁴⁹ Dolayısıyla ivedi ve içsel yaptırımların olduğu ve kullanıldığı bir ortamda, savcılık makamı ve ceza mahkemeleri saha içinde gerçekleşen şiddet eylemlerinde yetki almaktan kaçınmaktadırlar.¹⁵⁰

İkincil olarak, kararda, sporcuların öğrenmiş olduğu agresifliğin –özellikle fiziksel mücadele gerektiren sporları yapan Amerikan sporcularında– genelde orta seviyede şiddet, intikam ve gözdağı içerdiği belirtilmiştir.¹⁵¹ Üçüncü olarak, mücadele gerektiren sporların çok ağır olmamakla birlikte kural dışı hareketler içermesi beklenir; olayda davalının hafif bir sakatlık yaşaması, gerçekleştirilen eyleme Ceza Hukuku’nun sıkı yaptırımlarının uygulanmamasını gerektirmektedir.¹⁵²

144 Bkz. Yates & Gillespie, *dipnot* 15, sayfa 160-61; Charles Harary, Comment, *Aggressive Play or Criminal Assault? An In-Depth Look at Sports Violence and Criminal Liability*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 197, 204-05 (2002).

145 811 N.E.2d 567 (Ohio Ct. App. 2004).

146 Age. sayfa 576.

147 Age. sayfa 570.

148 Age. sayfa 569.

149 Bkz. Age. sayfa 575.

150 Age.

151 Age. sayfa 574.

152 Bkz. Age. sayfa 575.

Akademisyenlerin çoğunluğu benzer biçimde sporda şiddete Ceza Hukuku'nun uygulanmasında aynı fikre sahiptirler.¹⁵³ Oyun içerisinde sporcuların şiddet içeren davranışlarını ilgilendiren iddianamelerin kabulü aşamasında Mahkemelerin gönülsüzlüğü konusunda mecliste bir çok yasa teklifi verilmiş¹⁵⁴ ancak günümüze dek hiçbirisi yasalaşmamıştır.¹⁵⁵

Mahkemede ele alınan oyuncular arası şiddetle ilgili hiçbir yaklaşım tatmin edici olmamıştır.¹⁵⁶ Diğer taraftan, *Shelley*¹⁵⁷ davasındaki gibi, rızanın oyun içinde gerçekleşen ilgili ve bağlantılı tüm şiddet eylemlerini içerdiği düşüncesiyle birlikte,¹⁵⁸ bağlantı yoluyla rızanın tayinindeki geniş yaklaşımı kabul etmek demek,¹⁵⁹ birçok yasal olmayan ve kasıtlı şiddet eylemine müsaade etmek anlamına gelir. Bir spor müsabakasında, sporcunun zımnî olarak verdiği rıza, bir kimsenin eyleminin görünüşte oyunla bağlantısı varsa, ne kadar acımasızca veya ağır da olsa Ceza Hukuku açısından hukuka uygun nitelik kazandırılmıştır. Ancak kimse, bilerek ve isteyerek, ciddi biçimde zarar verme kastıyla hareket edilen hiçbir eyleme rıza göstermez.

Diğer taraftan, zımnî rıza savunmasını tanımayan ve rıza doktrinine yeterli kapsam tanıyan hukuki yaklaşım, gereksiz yere sporcuları, ani, reflekse dayanan, tehdit olarak algılanan veya diğer agresif hareketlere karşı düşünmeden verilen fiziksel tepkiler sonucu ceza sorumluluğuna

153 Bkz. Antoinette Clarke, *Law and Order on the Courts: The Application of Criminal Liability for Intentional Fouls During Sporting Events*, 32 ARIZ. ST. L.J. 1149 (2000); Harary, *dipnot* 143. But Bkz. Lassiter, *dipnot* 6.

154 Bkz. Sports Violence Act, H.R. 7903, 96th Cong. (1980); Federal Sports Act, S. 3445, 92nd Cong. (1972).

155 Sporda Şiddet Yasası federal anlamda yeni bir suç yaratmıştır “profesyonel olarak yapılan spor müsabakalarında aşırı şiddet ” H.R. 7903 § 115. Bir oyuncunun “diğer bir kimseyi belirgin biçimde sakatlama riski” ne girmek için “aşırı fiziksel güç” kullanmasını engeller. Age. § 115(a). Yasa aşırı gücü fiziksel bir müdahale olarak tanımlayarak şartlarını sıralamıştır “(A) sporun amacıyla ilgili hiçbir bağı olmayan (B) mantıksız biçimde şiddetli; ve (C) mantıken öngörülemeyen veya sakatlanan sporcu tarafından normal bir tehlike olarak rıza gösterilmeyen.” Age. §115(b)(1).

156 Teklif edilen diğer yasalarla birlikte, *dipnot* 154, bkz. Ronald A. DiNicola & Scott Mendeloff, *Controlling Violence in Professional Sports: Rule Reform and the Federal Professional Sports Violence Commission*, 21 DUQ. L. REV. 843 (1983); Chris J. Carlsen & Matthew Shane Walker, *The Sports Court: A Private System to Deter Violence in Professional Sports*, 55 S. CAL. L. REV. 399 (1982); Clete Samson, Comment, *No Time Like the Present: Why Recent Event Should Spur Congress to Enact a Sports Violence Act*, 37 ARIZ. ST. L.J. 949 (2005).

157 State/Shelley, 929 P.2d 489, 492-93 (Wash. Ct. App. 1997).

158 Age.

159 Age.

tâbi kılar.¹⁶⁰ Profesyonel ve amatör spor dünyasında ceza soruşturmasının gerçekleştirdiği aktif müdahale, teorik olarak sporların içerisinde yer alan çalışanların ihtiyaç duyduğu Amerikan rekabet coşkusu ve öğrenilmiş agresifliği bastırmaktadır.¹⁶¹ Çoğu sporun en iyi yönü hem sporcuların hem de izleyicilerin zevk alabilmesi için kontrollü bir biçimde sertlik içererek oynanmasıdır. Böylece, birbirlerine muhalif her iki taraf da problemin çözümünde tatmin edici bir sonuca ulaşabilmiş değildir.

Model Ceza Kanunu'nun yaklaşımı da spor müsabakalarına uygulanması aşamasında benzer biçimde kusurludur.¹⁶² MCK' nin daha akıcı standardı sporda şiddetin hiçbir sorunun çözümüne cevap vermemekte ve tam aksine kendi içerisinde çelişkiler ve sorunlar yaşamasına neden olmaktadır. MCK, sporcuların yapılan sporun bir uzantısı olarak mantıklı öngörülebilir tehlikeler bağlamında eylemlerini savunmaları açısından olanak sağlar.¹⁶³ Haksız fiil hukukundan ödünç alınan bu fikir,¹⁶⁴ oyuncuların verdikleri rızanın sınırları çizilirken oyun kurallarına ikincil derecede önem verir.¹⁶⁵ Ancak sporcular, aslında oyun kurallarını yazılı olarak imzaladıkları "sözleşme" ile uyumlu olarak kabul ederler. Sözleşmede bulunması gereken "yasal olarak düzenlenen takım sporlarında veya mücadele gerektiren sporlarda mantıken öngörülebilir tehlike"¹⁶⁶ sözleşme unsurlarını ve daha önemlisi sporcuyu yönlendirir. Aslında, bu standartta uygulanan kararlar birbirleriyle uyumlu olamaz.¹⁶⁷

160 *Bkz., ör., Age.* sayfa 490 (davalı tarafından, mağdurun daha önceden kendisine yapmış olduğu sert müdahalenin sonucu olarak davalının bu tarz sert bir faulle reaksiyon gösterdiği ileri sürülmüştür).

161 *Bkz. Clarke, dipnot 152, sayfa 1158* (agresifliğin ve mücadeleci ruhun öğrenilen ve öğretilen sporla içiçe olduğu belirtilmiştir).

162 MCK'ye göre:

Fiziksel sakatlıklara verilen rıza. Fiziksel sakatlığa neden olan veya bu yönde tehlike oluşturan eylemler suç niteliği kazanır, bu tip eylemlere verilen rıza ancak şu hallerde geçerlidir: Eğer; (a) rıza verilen fiziksel sakatlık veya eylem bu yönde tehdit oluşturmaya ciddi bir büyüklükte değilse; veya (b) rıza verilen fiziksel sakatlık yasal bir spor müsabakasında veya hukuka uygun olarak düzenlenen aktivitelerde mantıken öngörülebilir tehlikeler kapsamındaysa; veya (c) kanunun 3. Maddesine göre rıza meşru bir neden olarak gösteriliyorsa.

MODEL PENAL CODE § 2.11(2) (Proposed Official Draft 1962).

163 *Bkz. Age.*

164 *Bkz., ör., Murphy /Steeplechase Amusement Co., 166 N.E. 173, 174 (N.Y. 1929)* ("Bu tip bir sporun içinde yer alan sporcu, sporla içiçe olan açık ve gerekli tüm tehlikeleri kabullenir. . . .").

165 *Bkz. dipnot 161 ve yardımcı metin.*

166 MODEL PENAL CODE § 2.11(2).

167 *Bkz., ör., Iowa /Floyd, 466 N.W.2d 919, 923 (Iowa Ct. App. 1991)* (Oyunun durması esnasında sahada kavga çıkması, basketbolda makul bir şekilde öngörülebilir bir olay değildir. Kaldı ki öyle olsaydı bile; sakatlanma riski veya asayiş ihlali düşünüldüğünde bunun öngörülebilirliğine dair gösterilen rıza geçersizdir.); *People v. Freer, 381 N.Y.S.2d 976, 978 (Dist. Ct. 1976)* (davacının, davalı-

Daha önemlisi, MCK yaklaşımı, sporun rıza tanımını gözardı ederek, spor otoriteleri veya diğer müsabaka yönetim organlarını dışarıda bırakarak sporun kurallarına ve yaptırımlarına açık bir biçimde “mantıken öngörülebilir tehlikeler” prensibini eklemiştir.¹⁶⁸ MCK sporun kendi kuralları yerine mantıklı tehlikeleri göz önüne alarak oyuna kimliğini veren kuralların dışında yeni bir yaklaşım benimsemiştir.¹⁶⁹ Böylece, MCK, sporun ideallerinin dışında yalnızca felsefe dünyasında var olabilecek bir yaklaşım öngörmüştür.

Benzer biçimde, eğer rızanın sınırları ve böylece ceza sorumluluğu, sporun kurallarına göre çizilse dahi, sonuçları sakat olacaktır. Oyunun kurallarına göre yapılan yaklaşımda, failin, kuralları ihlal ettiği her eylemi ceza soruşturmasına konu olacak ve müsabakanın içerisinde verilen ceza veya faullerin hiç bir anlam ifade etmemesine neden olacaktır. Örneğin, beyzbolda topu atan oyuncu hedef dışında topu, vurucuya zarar verme amaçlı sertçe çarptırdığı zaman bu eylem kasti bir faul anlamına gelecek ve Ceza Hukuku anlamında saldırı eylemine girecektir.¹⁷⁰ Benzer şekilde, bir basketbol oyuncusu, antrenörünün verdiği talimat doğrultusunda oyun sonunda maç saatini durdurmak amacıyla kasten faul eyleminden, müsabaka dışına çıkabilecek bir eylem olması ihtimali, dolayısıyla oyun kurallarının kasten ihlâl edilmesi ve bu durumda da rıza savunmasına dayanamayacağı korkusuyla kaçınabilir.

VI. SPORUN DÜZENLENMESİNDE CEZA HUKUKUNUN KULLANIMI

Spor müsabakalarına Ceza Hukuku’nun uygulanması tartışmasının çözümü, Amerika, Kanada ve Almanya’da – ve bu konuda hukuki bir düzenlemesi olan diğer ülkelerdeki mahkemelerin hukuki bir felsefe ile vermiş oldukları kararların temelinde yatmaktadır.¹⁷¹ Bu çözüm, sporun

nın yumruğuna, yumruk çelme takıp düşürme neticesinde meydana geldiği için rıza göstermediği yönündeki hüküm); State v. Shelley, 929 P.2d 489, 490 (Wash. Ct. App. 1997) (rızanın oyun kuralları dahilindeki faaliyet ile sınırlı olmadığı fakat atletik yarışmalarda makul olarak öngörülebileceği düşünülen zararları da içereceği yönündeki hüküm.).

168 Bkz. *dipnot* 165 ve yardımcı metin.

169 Bkz. MODEL PENAL CODE §2.11(2)(b).

170 Bkz., *ör.*, Avila v. Citrus Cmty. Coll. Dist., 131 P.3d 383, 393 (Cal. 2006) (atıcı tarafından bilerek ve isteyerek vurucunun kafasına set bir biçimde atılan top beyzbolun temel ve iç içe olan bir riskidir).

171 Bkz. Yates & Gillespie, *dipnot* 15, sayfa 168 (“Ceza soruşturmaları ancak topluma, sporcuların gereksiz vahşi eylemlerine izin verilmeyeceği yönünde mesaj vererek efektif bir hal kazanır”); Diane V. White, Note, *Sports Violence as Criminal Assault: Development of the Doctrine by Canadian Courts*, 1986 DUKE L.J. 1030, 1034-38, 1048-54. Ancak bkz. Clarke, *dipnot* 152, at 1192 (“Spor müsabakasında kastî faule ceza sorumluluğu yüklemek hastalıklı bir zihniyettir.”).

düzenlenmesi ve sporcuların olası suç eylemlerini birbirlerinden net bir çizgiyle ayrılması yaklaşımı ile mümkün olabilir. Bu yaklaşım, oyunun kuralları çerçevesinde şiddet eylemlerine verilen zımnî rızayı oyunun kuralları çerçevesinde sınırlandırır ve aynı zamanda aksinin de gerçekleşebileceği düşünülerek açık olarak eyleme izin verilmemesi konusunu içerir. Rıza doktrinine daha çok sporun kendi kuralları tarafından “düzenlenen” veya tasarlanan tüm eylemlere uygulanabilecektir. Örnek olarak, Ulusal Hokey Ligi tarafından resmi olarak maç içerisinde kavgaya etmek özellikle yasaklanmıştır.¹⁷² Her şeye rağmen, dövüş, hokey oyununun önemli bir parçası olarak görülmektedir.¹⁷³ Dövüş oyununun içine öyle işlemiştir ki, UHL, dövüşle ilgili spesifik olarak yaptırım getiren bir kural düzenlemiştir.¹⁷⁴ Böylece, UHL, kavgaları yasaklayan kurallar getirmiş olmasına rağmen yine de bu tip eylemlerin meydana gelmesini beklemiştir. Diğer taraftan, eğer bir hokey oyuncusu sopasını kasten diğer oyuncuyu sakatlamak amacıyla, sopayla ilgili müdahalelerde düzenlenen çapraz kontrol veya önleyici müdahale gibi hareketler dışında sopa kullanımı yapıldığı takdirde eylemi gerçekleştiren oyuncunun eylemi o zaman ceza soruşturmasına konu olacaktır.¹⁷⁵ Bu yaklaşım, normal bir sopa müdahalesi veya sopayla önleme ile sakatlama kastıyla yapılan hareketi ayırırken ispata ihtiyaç duyar.

Benzer biçimde, Ulusal Beyzbol Ligi (Major League Baseball) (UBL) de özellikle topu vurucunun üzerine sakatlama kastıyla fırlatmayı yasaklamış ve oyuncunun ihracına kadar varan yaptırımlar öngörmüştür.¹⁷⁶ Ancak buna rağmen, mahkemeler bu eylemi “oyunun bir parçası” olarak kabul etmiştir.¹⁷⁷ Teklif edilen yaklaşıma göre sakatlama kastıyla topu vurucunun üzerine fırlatmak atıcıya suç niteliğinde ceza sorumluluğu yüklemeyecek dolayısıyla kişi yargılandığında rıza savunması onu

172 NAT'L HOCKEY LEAGUE, OFFICIAL RULES 2008-2009 § 6, R. 47 (2008), <http://www.nhl.com/rules/index.html> de mevcut.

173 Bkz. White, *dipnot* 170, at 1039 (“Kavganın hokey oyununun bir parçası olduğu konusunda şüphe yoktur.” (quoting R. v. Henderson, [1976] 5 W.W.R. 119, 123 (Can.))).

174 Bkz. NAT'L HOCKEY LEAGUE, *dipnot* 171.

175 Maki and Green davalarıyla ilgili daha detaylı bilgi için, bkz. Barbara Svoranos, Comment, *Fighting? It's All in a Day's Work on the Ice: Determining the Appropriate Standard of a Hockey Player's Liability to Another Player*, 7 SETON HALL J. SPORT L. 487, 504-05 (1997).

176 PLAYING RULES COMM., MAJOR LEAGUE BASEBALL, OFFICIAL BASEBALL RULES R. 8.02(d) (2008), http://mlb.mlb.com/mlb/official_info/official_rules/foreword.jsp de mevcut.

177 Bkz. Avila v. Citrus Cmty. Coll. Dist., 131 P3d 383, 393 (Cal. 2006).

koruyacaktır. Bununla birlikte, vurucu, eğer elindeki beyzbol sopasıyla başka bir oyuncuya saldırırsa,¹⁷⁸ beyzbol kuralları içinde var olmayan, korunmayan bu eylem, ceza yargılamasına konu olabilecek ve oyuncu da rıza savunmasından yararlanamayacaktır.

Önerilen yaklaşım, oyuncuların, katılımcıların, hakemlerin rızalarının tanımını ve kontrolünü yenilemektedir. Örneğin, Ulusal Hokey Ligi'nin, hokeyi pazarlama ve katılımı arttırmak için fiziksel olmayan bir spor haline getirdiğini düşünelim. Bu senaryoya göre, UHL, oyuncuları denetlemek üzere ceza soruşturmasına bel bağlayabilirdi. Müdahalesiz hokey müsabakasının kuralları eğer tüm fiziksel müdahaleleri ve benzeri hareketleri yazılı olarak yasakladığında, bir oyuncu yanlışlıkla veya kasten rakip oyuncuya fiziksel müdahalede bulunursa oyun içinde bir yaptırım söz konusu olur ancak suç anlamında herhangi bir ceza soruşturmasına rıza savunması dayanak gösterilerek tâbi tutulmaz. Diğer taraftan, oyuncu, sınırlı geçerli rızanın dışına çıkarak, haddi aşarak, artık bir fiziksel müdahale olarak kabul edilemeyecek bir müdahalede bulunursa (örneğin, yumruk atma veya düdük sonrası şiddet), eylem, artık belirlenen kuralların dışına çıkacaktır. Bu durumda oyuncu adli anlamda bir ceza soruşturmasına tabi tutulabilecektir.

Ceza soruşturması tehdidi çağdaş spor müsabakalarının düzenlenmesinde yer sahibidir. Ancak, ceza soruşturmasında dikkat edilmesi gereken, oyuncunun yalnızca izin verilen müdahale kapsamının dışına çıkması değil aynı zamanda o müdahalenin spesifik olarak belirlenmiş oyun kurallarının dışına çıkmasıdır. Ancak kural koyucunun ve sporun katılımcılarının beklentisinin çok fazla dışına çıkan bir müdahale rıza savunmasından faydalanılamayarak ceza soruşturmasına konu olmalıdır.

178 Eski Ulusal Beyzbol Ligi oyuncusu Jose Offerman hakkında şu anda daha küçük bir ligde bu tip bir eylemden iddianame düzenlenmiştir. *Bkz. Offerman Pleads Not Guilty in Bat Attack*, NBC SPORTS, Sept. 24, 2007, <http://nbcports.msnbc.com/id/2072598/site/21683474/>.

ULUSLARARASI BELGELERDE KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

Stj. Av. Cansu Ortanca

Özet

Kadının hak mücadelesi, temelinde bir haklar ve demokrasi sorunu olarak ele alınması gereken bir olgudur. Bu mücadelenin 'olumlu' sonuçları, hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta ve literatürde edinilen kadın-erkek eşitliğine ilişkin kazanımlar olmuştur.

1791'de kaleme alınan 'Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi' ile başladığı kabul edilen ve günümüze kadar, imzalanan çok sayıda belge ile süregelen söz konusu hak mücadelesi, evrensel boyutta Birleşmiş Milletler kapsamında, bölgesel boyutta ise özellikle Avrupa Konseyi kapsamında ortaya çıkan belgelere 'kadın-erkek eşitliği' olgusunun yerleştirilmesi ile kayda değer bir noktaya gelmiştir. Özellikle Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve güncel olarak imzalanan Avrupa Konseyi Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme, bu konuda atılmış son derece önemli adımlardır. Makalede, kadın-erkek eşitliğinin uluslararası belgelerde ortaya çıkışı ve günümüzde geldiği nokta, belli başlı sözleşme metinleri incelenmek suretiyle ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kadın erkek eşitliği, kadının hak mücadelesi, CEDAW, uluslararası belgeler.

Abstract

Women's struggle for equality must be considered as a matter of rights and democracy. Gains about the equality between women and men have consturactive results above both national and international legislations.

It is accepted that women's struggle of human rights has started with 'Declaration of the Rights of Woman and of the Citizen' which has been written out in 1791. Since then the struggle for equal rights has been improved by universal documents under United Nations and regional documents under European Council. Especially The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence are very important conventions about the 'equality between women and men' topic. The essay is trying to explain the aspect of the equality between women and men in international documents and its current condition, by observing main international documents about the subject.

Keywords

Equality between women and men, women's struggle for equality, CEDAW, international documents.

* İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

I. GİRİŞ

Kadın-erkek eşitsizliği ve neden olduğu sorunlar tarihten günümüze farklı boyutlarda süregelmektedir. Bugün; kadın-erkek eşitliği konusunu, temelde kadının hak mücadelesinin yansıması olması bakımından bir hak ve özgürlük meselesi ve dolayısıyla bir demokrasi sorunu olarak ele almak gerekmektedir. Bu nedenle kendini ‘demokratik’ olarak tanımlayan ülkeler/kuruluşlar bakımından bu hayati meseleye hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çözüm iradesi ile yaklaşmak, ‘demokratik’ niteliklerinin olmazsa olmaz bir gereğidir. Eşit hakları hayata geçirmek adına ulusal ve uluslararası düzeyde yapılan hukuki düzenlemeler ve hazırlanan eylem planları, bu konuda ortaya konması gereken kararlılığın adımlarıdır ve iyileştirilerek sürdürülmeleri gerekmektedir.

Özellikle II. Dünya Savaşı’nın ve baskıcı rejimlerin sebep oldukları yıkımlardan sonra insan haklarının evrensel bir değer olarak kabul edilmesi, korunup geliştirilmesi, insan haklarını kadınların eşit olarak kullanmaları, demokrasi ile yönetilen ülkelerin temel politikaları arasında yer almaya başlamıştır. Kadının insan hakları, insan haklarından ayrı bir kategoriye ya da insan haklarının alt kategorisini oluşturmaz. Kadınların insan hakları, evrensel insan haklarının vazgeçilmez, ayrılmaz ve bölünmez bir parçasıdır.¹ Dünyada eşitlik, kalkınma ve barışın sağlanması amacıyla, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, kurulan bütün uluslararası teşkilatlarda kadın erkek eşitliği, gündemin önemli ve öncelikli maddelerinden birini oluşturmuştur ve oluşturmaya devam etmektedir. Bunun yanında, kadın hakları sorunu ile tamamen iç içe geçmiş bir konu olmasına rağmen, hukuki düzenlemelerde bu yönüyle yeterince yer alamayan kadına yönelik şiddet ve ayrımcılığın, temelinde toplumsal cinsiyete dayalı eşitsiz güç ilişkilerinin yarattığı bir sorun olarak ele alınması, çözüm bakımından son derece önemlidir. Özel alan- kamusal alan ayrımı gözetilmeksizin kadına karşı her türlü şiddetin önlenmesi, kadına karşı ayrımcılığın ve kadın-erkek eşitsizliğinin ortadan kaldırılması, kadın hakları meselesinin zincirleme konularıdır ve birlikte ele alınıp çözümleri gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

1 DİNÇKÖK, Bihterin Vural, Kadının İnsan Hakları, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Hazırlayan: Bihterin Varol Dinçkök, İstanbul, 2003, s. 13-19.

II. KADININ HAK MÜCADELESİNİN DOĞUŞU

Kadınların hak mücadelesinin çok uzun zamandır devam ettiğini biliyoruz. Kadının kendisine giydirilmeye çalışılan kısıtlayıcı kalıplardan çıkma çabası, batıda Hristiyanlık bağlamında ‘Lanetli Havva’ imgesine kadar uzanmaktadır. Bu söylem; kadının insanlığının eksik olduğunu ima eder. Dolayısıyla kadının hak mücadelesinden önce bir var olma mücadelesinin söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmaz.

18. yüzyıldan itibaren kadının mücadelesi dinsel çerçevenin dışına çıkıp daha çok siyasal talepler içeren bir mücadeleye dönüşmüştür. Bunun yolunu açan ise 17. ve 18. Yüzyıllardan itibaren burjuva devriminin yükselmesi, ‘eşitlik, kardeşlik, özgürlük’ bayrağının dalgalanması ile büyük kitlelerin harekete geçmesidir. Bunun etkisiyle kadınlar da bu mücadelede yerlerinin olduğunu düşünerek kitleler halinde ve büyük bir coşkuyla formüle ettikleri belgeleri, kararnameleri, dilekçeleri ‘Devrimci Meclise’ sunmuşlardır. Kadınlar Fransız Devrimine fiilen katılarak destek oldukları gibi, devrimin kazanımlarından da faydalanmak istemişler fakat bunun bir ‘erkek (hatta beyaz ve burjuva erkek) kardeşliği’ olduğunu anlamak zorunda bırakıldıklarında duvara toslamışlardır. 1789’da İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nden sonra 1791 yılında Olympe de Gournes’un başını çektiği kadınlar ‘Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ni kaleme almışlardır. Bu çabadan da anlaşılacağı gibi kadınlar o dönemde insan ve yurttaş soyutlamalarının kendilerini kapsamadığının bilincine varmışlar ve buna karşı mücadele etmişlerdir. Bunun düzeltilmesi için örgütlü bir biçimde ve siyasi bir talep olarak ‘Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ni ortaya koymuşlardır. Fakat ‘devrimci mahkeme’ tarafından tam da ‘politika yapmaya kalktığı, dolayısıyla kadınlara özgü erdemleri unuttuğu için ve başka kadınlara ibret olsun diye’ Olympe de Gournes ölümüne mahkum edilmiştir. Olympe de Gournes şöyle diyordu: ‘Eğer kadınların giyotine gitme hakları varsa, kürsüye çıkıp konuşma hakları da olmalı’. Bu yüzden de giyotine yollandı. Dolayısıyla 18. yüzyılın sonunda bu kadar net biçimde ortaya konan siyasal talepler, üstelik kıyıcı bir şiddet uygulanmak suretiyle bastırılarak gündemden kalkmıştır.² Peki, bu bildirmede neler talep ediyordu kadın-

2 BERKTAY, Fatmagül, Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004, s. 6.

lar? Örneğin 1. maddede ‘Kadın özgür doğar, hukuksal olarak erkeklerle eşittir ve öyle kalır’ diyor. 6. Maddeye bakarsak ‘Yasa genel iradenin ifadesi olmalıdır. Kadın ve erkek tüm yurttaşların doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla yasa yapmaya katılmaya hakları vardır. Yasa herkes için aynı olmalıdır. Yasa önünde eşit olduklarından, tüm kadın ve erkek yurttaşlar her türlü yüksek görev ve mevki ve kamu görevine eşit olarak, gayretlerine göre ve aralarında erdem ve yetenekleri dışında ayrım gözetilmeksizin alınmalıdırlar’ deniyor.³ Bugün hala kadınların elde etmek için çabaladıkları, karar mekanizmalarında yer alma talebi, 1791’de çok net ve ileri bir biçimde ortaya konmuştur. Kadınlar çok güçlü bir şekilde dernekler, kulüpler hatta partiler içinde örgütlenmişlerdir. Ortaya koyulan bu iradeye karşı ölüm cezalarından başka son derece şiddetli tedbirler alınmıştır. O dönem yayınlanan bazı kararnamelere bakıldığında beş kadından fazlasının bir araya gelemeyeceğine dair düzenlemelerin yer aldığını görebiliriz. ‘Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ girişiminin ve alınan kötü sonucun ardından baskılarla geçen süreçte yine evrensel bir nitelik taşıyan istisnai bir belge olarak 1844’te Amerika’da yayınlanan Seneca Falls Bildirgesinden bahsedilebilir. Kadına hem oy hakkı hem de eşitlik talebi içeren bu bildirgeyi erkekler de imzalamıştır.⁴

8 Mart 1857 Emekçi Kadın Hareketi de kadını hak mücadelesinde önemli yer tutan gelişmelerdendir. O tarihte New Yorklu 40 bin kadın dokuma işçisinin 12-14 saati bulan çalışma saatlerine karşı kitlesel bir biçimde greve gitmeleri hak mücadelesi bakımından çok cesur bir adımdır. Ne yazık ki bu direniş Amerikan yönetimi tarafından kanlı bir şekilde bastırılmış, 129 kadın işçi katledilmiştir.⁵ 8 Mart 1857 Emekçi Kadın Hareketi, tarihte kadınların ilk kitlesel grevi olarak yerini almış, bu olayın sonucu olarak da 8 Mart, işçi ve emekçi kadınların kazanımı olmuştur.

3 Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Çeviren: Ece Göztepe, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, Cilt: 45 Sayı: 1, URL: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2716.pdf>, Son erişim tarihi: 12.11.2011.

4 Eşitlik, Özgürlük, Kardeşlik... Ama Erkek Kardeşliği, Gücel Hukuk Dergisi, Hak Söyleşileri, Fatmagül Berkay- Filiz Kerestecioğlu Röportajı, Mart 2004, sayı: 3, s. 52.

5 ÇAĞLAR, Behice, 8 Mart Tarihçe İçin Derleme, URL: http://www.kadinmuhendisler.org/bh_8Mart.aspx Son erişim tarihi: 15.11.2011.

III. BAZI TEMEL İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE EŞİTLİK FİKRİ

- Birleşmiş Milletler Antlaşması (26 Haziran 1945)

II. Dünya Savaşı, insanlık tarihinde büyük yıkım ve acılara sahne olmuştur. Savaş sonrasında dünyada barışın ve güvenliğin korunması için daha etkili önlemler alınması, ayrıca her türlü eşitsizliğin ortadan kaldırılması, topyekûn kalkınmanın sağlanması amacı ve kararlılığıyla BM Teşkilatı kurulmuştur. BM Antlaşması, 25 Nisan 1945'te San Fransisco'da toplanan BM Uluslararası Örgütlenme Konferansı sonucunda, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 51 ülke tarafından 26 Haziran 1945'te imzalanmış, 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir.⁶

Birleşmiş Milletler Antlaşması, kadın erkek eşitliğini uluslararası hukukta tanıyan ilk belgedir. BM'nin ana organlarından olan ve 1946'da oluşturulan Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı olarak kurulan Kadının Statüsü Komisyonu, kadın erkek eşitliğinin sağlanması konusundaki çalışmalarını halen aktif bir şekilde sürdürmektedir.

Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın Başlangıç bölümünde; 'Biz Birleşmiş Milletler Hakları (...) Temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerlerine, **erkeklerle kadınların ve** büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yinelemeye (...)’ şeklindeki ifade yer almaktadır. Bunun yanında Amaçlar ve İlkeler bölümü 1. Madde 3. fıkrasında; 'Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunların çözümünde ve ırk, **cinsiyet**, dil ve din **ayrımı gözetmeksizin** herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı geliştirip özendirmede uluslar arası işbirliğini geliştirmek (...)’ şeklinde düzenleme yer almaktadır. Aynı şekilde madde 13/1b ile 55/c maddelerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmayacağı vurgulanmıştır.

Madde 13/b: Ekonomik, sosyal, kültürel alanlarda, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapılmasına önayak olur ve bu amaçla tavsiyelerde bulunur. Madde 55 : Uluslararası

6 MOROĞLU, Nazan, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 15.

halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere Birleşmiş Milletler: (...) c. ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini, kolaylaştıracaktır. ⁷

- BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1949)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun hazırladığı bildirme, 10 Aralık 1948 tarihinde yayınlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında devletler tarafından ayaklar altına alınan, bireyin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması amacıyla yönelik olarak ortaya çıkan bildirme; insan haklarının uluslararası düzeye taşınmasında en önemli ve temel belge olarak kabul edilir. ⁸

Bildirgenin başlangıç bölümünde '(...) Birleşmiş milletler halklarının Birleşmiş Milletler Antlaşmasında temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerlerine, **erkeklerle kadınların hak eşitliğine** olan inancını yeniden belirttiğini ve daha geniş bir özgürlük içinde toplumsal gelişme ve daha iyi bir yaşam düzeyi sağlamaya karar vermiş olduğunu(..)' ifade eder. Bildirgenin 1. maddesinde 'Bütün insanlar hür; haysiyet ve haklar bakımından **eşit doğarlar**. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşçe hareket etmelidirler' ifadesi yer alır. 2. maddede ise 'Herkes ırk, renk, **cinsiyet**, dil, din, siyasi veya herhangi bir başka inanç, ulusal ya da toplumsal köken, varlıklılık, doğuş ya da bir başka **ayrım gözetilmeksizin** bu Bildirgede açıklanan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilirler' denmektedir. Madde 7'ye göre 'Yasa önünde herkes **eşittir ve herkes ayrım gözetilmeksizin yasanın koruyuculuğundan eşit olarak yararlanma hakkını taşır**. Herkesin, bu bildirgeye aykırı her türlü ayrıma ve bu tür ayrım gözetici işlemler için yapılacak her türlü kısıktırmaya **karşı eşit korunma hakkı vardır**'. Bildirgenin 16. maddesinde insanın evlenme ve aile kurma hakkından bahsedilir ve evlenme hakkına sahip kişilerin evlilik **süresince**

7 Birleşmiş Milletler Antlaşmasının tam metni için URL: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/chart_turkce.pdf , Son erişim tarihi. 20.12.2011.

8 GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2007, s. 398.

ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. Seçme ve seçilme hakkı, **kamu hizmetinden eşit yararlanma hakkı** da Bildirgedeki diğer haklar gibi herkes bakımından eşit olarak düzenlenmiştir.⁹

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, cinsiyet dahil hiçbir ayırım gözetilmeksizin korunacak hakları ve insan hakları bakımından asgari standartları düzenleyen niteliği bakımından büyük önem taşır. Organik açıdan bakıldığında aslında yol gösterici olabilecek ve tavsiye niteliği taşıyabilecek olan bu bildirge, insan hakları düşüncesinin pek çok ulusun yaşamına girmesinde hayati bir rol oynamış, pek çok devletin anayasalarında bu belgeye yollamalar yapılmış, birçok insan hakları belgesine kaynaklık etmiş ve evrensel ölçekte adalet ve özgürlüğün genel kabul bulan standardı olmuştur. Dolayısıyla bildiri sadece yüksek bir moral ve siyasal yetkeyi temsil eden bir belge değildir, bunun yanı sıra özellikle madde 2-21 arasındaki hükümlerde sıralanan ilkeler ve düzenlemeler bakımından uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak hukuksal güç ve işlerlik kazanmış bir belgedir.¹⁰

Bildirge, aynı zamanda kadınların yüzyıllar boyu uğradıkları ayrımcılığın dikkate alınmasını, cinsiyete dayalı eşitsizliğe karşı bilincin oluşmasını sağlamış ve uluslararası alanda kadın haklarına yönelik çalışmaların hareket noktasını oluşturmuştur. İlan edildiği yıllarda aile içi şiddet, eşit işe eşit ücret gibi özel açılımlar olmamakla beraber, bildirge Kadın Statüsü Komisyonunun katkılarıyla kadın erkek eşitliğine ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmamasına önemle değinmiştir.¹¹ Eşitlik ilkesinin bu belgede bu denli net bir biçimde ortaya konması, kadın hakları bakımından da son derece önemlidir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin kadın-erkek eşitliği prensibinin uluslararası düzeyde kabulünün BM tarafından ilanı anlamına geldiğini söylemek yanlış olmaz.

9 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tam metni için URL: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf, Son erişim tarihi: 15.11.2011.

10 GEMALMAZ, a.g.e., s. 408, 409.

11 MOROĞLU, Nazan, Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 17.

- Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (16 Aralık 1966)

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne oranla, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde 'kadın-erkek eşitliği' daha kapsamlı ele alınmış, taraf devletlere cinsiyete dayalı ayrımcılığı önleme, yasalar önünde eşit konuma getirme yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmede yer alan hakların ihlal edilmesi halinde BM İnsan Hakları Komitesine başvurma hakkı tanınmıştır.¹²

Sözleşmenin 2. maddesinde ' Bu sözleşmeye taraf olan devlet, bu sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, **cinsiyet**, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statü gibi herhangi bir nedenle **ayrımcılık yapılmaksızın**, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder' ifadesi yer almaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesinde özel olarak 'cinsiyet eşitliği' düzenlenmiştir. Buna göre 'Sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder' denerek, kadın-erkek eşitliği güvence altına alınmıştır.

MSHS'nin 23. maddesi, 'Ailenin Korunması' başlığını taşır. 2. fıkrada 'Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır' 3. fıkrada ise ' Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz' ifadesi yer almaktadır. 4. fıkrada da 'Sözleşmeye taraf devletler, eşlerin evlilik konusunda, evlilik devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alır' hükmü getirilerek evlilik içinde eşlerin hak ve yükümlülükleri bakımından eşitlik güvence altına alınmıştır.

Sözleşmenin 26. maddesinde de cinsiyet dahil hiçbir ayrım gözetilmeksizin herkesin hukuk önünde eşit olduğu ve her türlü ayrımcılığa karşı devletin bireyi eşit koruma yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir.¹³

12 MOROĞLU, a.g.e., s. 23.

13 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin tam metni için URL: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (4 Kasım 1950)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa konseyince kabul edilmiş ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin insan hakları ve dolayısıyla kadın hakları bakımından getirdiği en önemli yenilik; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan hakları ihlal edilmiş kişilerin, ulusal mahkemelerde yasal çözüm yollarını tüketmiş olmaları koşuluyla Strasbourg Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmeleridir.

AİHS madde 8'de özel hayatın ve aile hayatının korunması, madde 12'de evlenme hakkı, madde 14'te ayrımcılık yasağı gibi kadın-erkek eşitliğine yönelik maddelerin yanında; Sözleşmeye Ek Protokol 7 madde 5'te 'eşler arasında eşitlik' düzenlenmiştir. Buna göre; 'Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit olarak yararlanırlar.'¹⁴¹⁵

IV- AVRUPA VE KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ

Ekonomik bütünleşme amacıyla kurulmuş olan Avrupa Birliği'nde başından beri kadın-erkek eşitliği çalışma yaşamı açısından ortak bir politika olarak benimsenmiş ve geliştirilmiştir. ¹⁶ Roma Anlaşması, Maastricht Antlaşması ve Amsterdam Anlatlaşmalarında genel olarak, 'eşit işe eşit ücret', 'her iki cinse eşit davranma' ve 'fırsat eşitliği' ilkeleri önemli yer bulmuştur. Amsterdam Sözleşmesine eklenen 13. madde ile cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele amaçlanmıştır. Böylece tüm AB kurumları cinsiyet eşitliği sorununun istihdam, eğitim, öğretim, gençlik gibi tüm politika alanlarında, her faaliyet düzeyinde dikkate alınmasını amaçlamaktadır. Bu yaklaşım cinsiyette anayol yaklaşımı olarak kabul edilmektedir. Son kertede bu yaklaşım, 'fırsat eşitliği' ni birlik bünyesinde herkesin önceliği haline getirmeyi amaçlamaktadır.¹⁷

14 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tam metni için URL: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

15 7 No.lu Ek Protokol tam metni için URL: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

16 MOROĞLU, a.g.e., s. 100.

17 ŞAHİN, Çiğdem, Fırsat Eşitliği AB Açısından Ne İfade Ediyor?, URL: <http://www.toprakisveren.org.tr/2007-73cigdemshahin.pdf>, Son erişim tarihi: 21.11.2011.

Bunların dışında AB ve Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya çıkmış bazı temel belgelerde kadın erkek eşitliğinin nasıl yer aldığına ayrı ayrı değinmek gerekmektedir.

- Avrupa Sosyal Şartı

1961 yılında Avrupa Konseyine üye ülkelerin imzasına açılmış ve 1965 yılında yürürlüğe girmiş olan Avrupa Sosyal Şartı ile Ek Protokolde, en genel anlamıyla, Avrupa Konseyi üyesi devletler ve günümüzde AB'ye üye aday ülkelerin uyması gereken 'çalışma yaşamına ilişkin koşullar' tanımlanmış ve uygulama yöntemleri belirlenmiştir. Adil çalışma koşulları, kadın erkek eşitliğinin sağlanması, toplu pazarlık ve örgütlenme hakkı, çocukların ve gençlerin, çalışan kadınların korunması, işçi sağlığı ve iş güvenliği, bedensel ve zihinsel engellilerin mesleki eğitim alma hakkı Sosyal Şartın başlıca hükümlerini oluşturmaktadır.¹⁸

Sosyal Şart ve Ek Protokolün 1999'da yürürlüğe girmiş yeni şeklinde kadın çalışanlarla ilgili özellikle kadınların biyolojik ve medeni durumları nedeniyle ayrımcılığa uğramamalarını sağlamak üzere taraf devletlere yeni yükümlülükler getirilmiş, bu açıdan 'pozitif ayrımcılık' uygulaması öngörülmüştür.

Şart'ta yer alan bazı düzenlemeler genel olarak, çalışan annelerin durumu bakımından ayrımcılığı önleyen düzenlemeler getirmiştir. Buna göre: 'Ailevi sorumlulukları olan ve çalışan ya da çalışmak isteyen herkes, herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan ve ailevi sorumluluklarıyla çalışması arasında, olabildiğince, uyuşmazlık olmadan bunu gerçekleştirme hakkına sahiptir.' Ayrıca doğum halinde ve emzirme döneminde kadınların çalışma hayatına ilişkin haklarını koruyan ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bundan başka âkit Taraflar, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt ederler. Avrupa Sosyal Şartı madde 26'da 'onurlu çalışma hakkı' başlığı altında kadınlara ilişkin önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: 'Âkit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde

¹⁸ MOROĞLU, a.g.e., s. 77.

kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı (...) taahhüt ederler. Madde 27’de ise ‘ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı’ düzenlenmiştir. Âkit Taraflar, ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanlar ve bunlarla diğer çalışanlar arasında fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamak amacıyla birtakım önlemleri almakla yükümlüdürler.¹⁹

- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (7 Aralık 2000)

Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve Avrupa Birliği’nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenlemektedir.²⁰

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 20’de ‘Eşitlik’ başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre ‘yasalar karşısında herkes eşittir’. Madde 21’de ise ‘Ayrımcılık Yasağı’ düzenlenmiştir. ‘Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya toplumsal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasal veya başka konulardaki görüşler, ulusal bir azınlığın üyesi olmak, mal, doğum, engellilik/özürlülük, yaş, cinsel eğilimler gibi hususlara dayanarak ayrımcılık yapılamaz.

Madde 23 ise ‘Kadın- Erkek Eşitliği’ başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre; ‘Kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik, istihdam, iş ve ücret konuları da dahil olmak üzere her alanda sağlanmalıdır. Eşitlik ile ilgili bu ilke, daha düşük düzeyde temsil edilen cinsiyet için özel avantajlar sağlayacak önlemlerin kabul edilip sürdürülmelerini engellemeyecektir.’²¹

- Lizbon Stratejisi ve Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Önemi

AB üyesi yirmi yedi ülkenin devlet ve hükümet başkanları tarafından 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği için yeni bir hukuki temel öngörmek-

19 Avrupa Sosyal Şartının tam metni için URL: http://abmuzakere.bilgi.edu.tr/docs/avrupa_sosyal_sarti_metni.pdf , Son erişim tarihi: 17.11.2011.

20 MOROĞLU, a.g.e., s. 103.

21 Avrupa Temel Haklar Şartı tam metni için URL: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html, Son erişim tarihi: 17.11.2011.

tedir. Birlik organlarını daha şeffaf ve etkili bir duruma getirme, Birliğin aldığı kararların demokratik meşruiyetini artırma ve temel hakların Birlik alanında korunması konusunda iyileştirmeler sağlama, Lizbon Reform Antlaşması'nın erişmek istediği en önemli hedeflerdir. Bu bakımdan Lizbon Antlaşması, olumsuz neticelenen referandumlardan dolayı yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması ile aynı amaçlara yönelmektedir. Lizbon Antlaşması, içerik bakımından da Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması ile önemli ölçüde örtüşmektedir.²²

Mart 2000'de Lizbon'da toplanan Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin stratejik amacının 2010 yılında daha fazla ve daha iyi işlerle güçlendirilebilecek, daha geniş bir sosyal uyumu olan, dünyanın bilgiye dayalı en rekabetçi ve en dinamik ekonomisi olmak olduğunu vurguladı. Bu amaçla oluşturdıkları Lizbon Stratejisi, AB'nin zayıf olduğu konulardaki sorunları belirleyip neler yapılması gerektiği ile ilgili bir genel çerçeve sunmaktadır. Lizbon hedefleri arasında çalışma hayatında cinsiyet eşitliği önemli bir yer kaplamaktadır. Lizbon hedeflerine göre kadınların çalışma hayatına katılım oranı %60 olmalıdır.²³

Ayrıca, piyasalardaki cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanan farklı maaş ödemelerine de dikkat çeken Lizbon Stratejisi, eşit veya eşit değerdeki iş için, kadınlar ve erkeklerin eşit ücret alması gerekliliğine dikkat çekmektedir. Kadınların çalışma hayatına katılım oranındaki düşüklüğe ve cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanan farklı maaş ödemelerine paralel olarak özellikle tek başına yaşayan yaşlı bayanların fakirlik sınırının altındaki yaşam standartlarına da dikkat çeken Lizbon Stratejisi sosyal kapsam stratejilerinin benimsenmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.²⁴

Avrupa Birliği, 2006-2010 tarihleri arasında kalan süreçte kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlanması amacıyla 1 Mart 2006 tarihinde 2001 ve 2005 arasındaki deneyimlerinden faydalanarak bir yol haritası benimsedi. Lizbon Stratejisi'ne uyumlu olarak, bu yol haritasına göre altı

22 GÜNEŞ, Ahmet M. (2010): Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 200, Sayı 87, 2008, C. XII, S. 1-2, s. 739 -772.

23 MOROĞLU, Nazan, Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği, MESS – SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 209 – 217, s. 2.

24 Lizbon Antlaşması tam metni için URL: http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_en.htm, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

temel başlık belirlendi: 1-Kadın ve erkek için eşit ekonomik bağımsızlığın sağlanması; 2-İş yaşamı, özel yaşam ve aile yaşamının uyumlaştırılması; 3-Karar alma mekanizmalarında eşit temsil; cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi; 4- Toplumsal kültüre dayalı eşitsizliği besleyen önyargılarla mücadele; 5- AB dışında cinsiyet eşitliğinin teşvik edilmesi.²⁵

Lizbon hedeflerinin gerçekleşmesi için cinsiyet eşitliği temel yapı taşı konumundadır. Buna rağmen kadınlar arasında %9.7 olan işsizlik oranı %7.8 olan erkekler arasındaki işsizlik oranının üzerinde seyretmektedir. Bugün % 55.7 seviyesinde olan kadınların çalışma hayatına katılım oranının Lizbon Stratejisi'ne göre 2010 yılında %60 seviyesine ulaşması hedeflenmektedir.

Ayrıca, Avrupa Topluluğu İstatistik Ofisi 2006 verilerine göre, üye devletlerde kadınların yükseköğretime katılım oranı %55 iken, branşlara bakıldığında kadınların sadece %37'sinin bilim, matematik, bilgisayar alanlarından mezun oldukları görülüyor. Eğitim oranlarındaki artışa rağmen, yönetici pozisyonunda çalışanların ancak %32.1'ini kadın yöneticiler oluşturuyor. Bu bağlamda 2006 Mart ayında kabul edilen yol haritası Lizbon Stratejisi'nin kadın haklarına yönelik hedeflerinin geliştirilmesi açısından önemlidir. Yol haritasına göre, özellikle üzerinde durulması gereken konular başında eşit iş için eşit maaş ödenmesi gelmektedir. Ayrıca, yol haritası kadınların iş kurma, iş yerlerine finansal destek bulma, terfi gibi konularda da erkeklerle eşit seviyeye getirilmesinin önemini vurgulamıştır. Bununla beraber, özellikle hamilelik ve emzirme dönemlerinde artan sağlık risklerine karşı düzenlemeler yapılması gerekliliğine değinen yol haritası, azınlık ve göçmen kadınların sorunlarının acil çözüm bekleyen konular arasında olduğunu özellikle vurgulamaktadır. Kadınların politik karar alma aşamasında temsiline gelişme için önemine değinen yol haritası, kadınların aktif olarak katılımını desteklemektedir. Ayrıca, yol haritası eğitim ve hukuk sisteminin geliştirilmesinin kadın stereotipinin yıkılması açısından önemli olduğunu da vurgulamaktadır.²⁶

25 MOROĞLU, Nazan, Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği, MESS – SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 209 – 217, s. 3.

26 AB ve Kadın, Avrupa Birliği Bilgi Merkezi Bilgi Notu 2, URL: <http://www.avrupa.info.tr/Files/AB-VEKadin.pdf>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

V- KADIN HAKLARINA YÖNELİK ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE BELGELER

1975 yılında Mexico City’de, 1980’de Kopenhag’da, 1985’te Nairobi’de, 1995’te Pekin’de toplanan Dünya Kadın Konferanslarında alınan kararlar ve belirlenen hedefler ulusal alanda kadın erkek eşitliğinin sağlanması bakımından itici güç olmuştur. Pekin Deklarasyon’unun 14. Maddesinde ‘kadın hakları, insan haklarıdır’ denerek, kadın haklarının evrensel insan haklarının vazgeçilmez, bütünleşmiş ve bölünemez bir parçası olduğu 1993 tarihli BM İnsan Hakları Konferansında kabul edilen Viyana Konferansından sonra bir kez daha teyit edilmiştir. Kadının ailede ve toplumda statüsünün yükseltilmesine ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılmasına yönelik en ayrıntılı şekilde özenle hazırlanmış olan sözleşme, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)’dir. Sözleşme, geniş katılımı uluslararası belgelerden olup aynı zamanda en çok çekince konularak onaylanan belgelerden biridir. Kabul edildiği günden beri CEDAW, kadın haklarının anayasası olarak nitelendirilmektedir.²⁷

- Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention of Elimination of all forms of Discrimination Against Women-CEDAW) (3 Eylül 1979)

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin kabul edilmesi, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla uluslararası alanda yapılan çalışmalarda ulaşılan en önemli noktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 18 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı önerge ile kabul edilmiş olan sözleşmeye taraf olan devletler, ülkelerinde kadına karşı her türlü ayrımcılığı gecikmeksizin ortadan kaldıracak politikalar izlemeyi, yaşamın bütün alanlarında kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini ve kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerden erkeklerle eşit olarak yararlanmasını sağlamayı, bunun için de yasal düzenlemeler dahil bütün uygun önlemleri almayı taahhüt etmişlerdir.²⁸

Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan 7 temel insan hakları sözleşmesinden biri olan sözleşme, bugün 180 devlet tarafından kabul edilmiştir ve BM bünyesindeki en yüksek katılımı ikinci sözleşme olma

²⁷ MOROĞLU, a.g.e., s. 110.

²⁸ MOROĞLU, a.g.e., s. 110.

özelliğini taşır. CEDAW, kadınlara karşı yapılan her türlü cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve kadınların insan haklarını korumak amacıyla yönelik olarak yasal standartları bir araya getiren ve taraf ülkeler üzerinde bağlayıcı niteliği olan **tek** uluslar arası sözleşmedir.²⁹

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, devletleri, hem kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için somut adımlar atmakla yükümlü kılar, hem de bütün diğer kişi, örgüt ya da kuruluşların kadınlara karşı ayrımcılık yapmasını önlemekle görevlendirir. Sözleşme, imzalayan devletleri bağlayıcı niteliktedir. Bunun anlamı şudur: Devletler yasal sistemlerini sözleşme hükümleriyle uyumlu hale getirmek ve kadınlara karşı ayrımcılığı önleyecek politikalar gizlemekle yükümlüdürler. Sözleşmenin uygulanmasını izlemek amacıyla 23 üyeli bir kadınlara karşı ayrımcılığın Önlenmesi komitesi kurulmuştur.³⁰ Ek İhtiyari Protokolün kabul edilmesinden sonra Komite, denetim görevini de görmektedir. Belgede imzası bulunan devletler, sözleşmeyi onayladıktan sonraki bir yıl içinde ve ondan sonra her dört yılda bir bu komiteye Ülke Raporunu sunarlar.³¹

Kadınlara karşı ayrımcılığın tarih boyunca ve günümüzde dünyada gösterdiği yaygınlık ve çeşitliliğin bir sonucu olarak CEDAW sözleşmesi, içeriği itibarıyla çok yönlü ve geniş kapsamlı bir metindir. Kadınlara karşı ayrımcılığın sadece yasal düzenlemelere ilişkin olmadığı, bütün toplumlarda bu olgunun sosyal, ekonomik, sosyal-psikolojik ve siyasi temelleri olduğu gerçeğinden hareketle CEDAW taraf devletlerde bir yandan kadınların kanun karşısında eşitliğinin sağlanmasını öngörürken öte yandan bunun çok ilerisine giderek, birey olarak kadınların medeni hallerine bakılmaksızın siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamın bütün alanlarında erkeklerle eşit konumda olmaları ilkesini benimsemektedir. Sözleşme, bu amaçları hızla gerçekleştirmek için taraf devletleri ‘geçici önlemler’ almaya yöneltmektedir.³²

29 Kadına karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, URL: http://www.kadinininsanhaklari.org/cedaw_sozlesmesi.php, son erişim tarihi: 21.11.2011.

30 GEMALMAZ, a.g.e., s. 548-556.

31 MOROĞLU, a.g.e., s. 111.

32 ACAR; Feride, Kadının İnsan Hakları ve Türkiye’de Durum, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2005, sayı: 15, s. 36-38.

Kadın erkek eşitsizliğinin temelinde yatan önemli bir unsurun ayrımcı toplumsal değer ve kalıp yargıları olduğunu ifade eden sözleşme metni (madde. 5) taraf devletlere toplumdaki cinsiyete dayalı ayrımcılık içeren bütün geleneksel ve kültürel davranış kalıplarını ve tutumları dönüştürmek yükümlülüğü getirmekte, devletleri bu amaçla etkili önlem almaya zorlamaktadır.³³

CEDAW'ın taraf ülkelerce uygulanması, devletlerin sözleşmenin 18. maddesi uyarınca oluşturulmuş olan 23 bağımsız uzmandan oluşan BM CEDAW Komitesi'ne dört yılda bir (ya da komitece talep edildiğinde) vermek durumunda oldukları ülke raporları ile sağlanmaktadır. Bu raporlarda taraf devletler, Sözleşmeyi uygulamak ve ülkelerindeki kadınlara yönelik yasal ya da kültürel temelli ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak için aldıkları önlemleri; diğer bir deyişle raporun kapsadığı dönemde CEDAW'ı ülkelerinde uygulamak yolunda kat ettikleri mesafe ve karşılaştıkları engelleri Komiteye bildirmektedirler.³⁴

Bu raporu bir ön oturumda inceleyen Komite, raporda eksik bulduğu ya da daha fazla bilgi almak istediği konularda taraf devlete sorunlarını yöneltir ve taraf devletten bu soruları altı hafta içinde cevaplamasını ister. Bu soruların ve verilen yanıtların ışığında Komite, devlet temsilcileri ile bir 'yapıcı diyalog' çerçevesinde resmi CEDAW oturumlarından birinde bir araya gelerek devlet temsilcilerini dinler ve yeni sorular sorar. Bu oturumun neticesinde de Komite 'nihai görüşlerini' yayınlayarak taraf devlete bir sonraki gözden geçirme sürecine kadar iç hukuku ve uygulamalarını sözleşmenin hükümlerine uygun hale getirmek için uygulayabileceği bir yol haritası belirler.³⁵

2008 yılında deneme amaçlı başlatılan ve devam etmesine karar verilen yeni bir süreç ise CEDAW Komitesinin taraf devletlerden, 'gözden geçirme'den sonra yayınlanan nihai görüşlerde ele alınan bir ya da iki konu hakkında en geç 2 yıl içerisinde vermelerini istedikleri ara raporlarla oluşturdukları takip mekanizmasıdır. Henüz bir gözden geçirme ve yapıcı diyalog içermeyen bu mekanizma, raporların Komiteye gönderilmesi ve kamuoyuna sunulmasından sonra taraf devlete bir mektup gön-

33 ACAR, a.g.m.

34 ACAR, a.g.m.

35 GEMALMAZ, a.g.e, s. 562-575.

dermesinden ibarettir. Ancak bu mekanizma, taraf devlete kadına yönelik ayrımcılık konusunda atılan adımları ve kat edilen yolu çok daha kısa aralıklarla gözden geçirme şansı verecek ve CEDAW raporlama döngüsünün taraf devletlerin her dört senede bir ele aldıkları bir konu olmaktan çıkarak süreç boyunca CEDAW'ın, ülke yasalarının yapımında ve uygulanmasında temel alınacak bir metin haline dönüşmesinde yardımcı olacaktır. Mekanizma ayrıca sivil toplum örgütlerinin de sürece dahil olmaları için yeni bir alan yaratmıştır, bu noktada da sivil toplum kuruluşları tarafından gönderilecek alternatif raporlar kabul edilmektedir. CEDAW yükümlülükleri itibari ile yasalar ve devlet mekanizmaları üzerinde yoğunlaşan bir sözleşme olsa da, devlet ve komite arasında olan diyaloga sivil toplumun yapabildiği katkı açısından birçok BM sözleşmesinden daha verimli bir sürece sahiptir ve sivil toplumun dahil olabileceği bu alan gittikçe genişlemektedir.³⁶

CEDAW'daki önemli düzenlemeleri ele alacak olursak;

Sözleşmenin 1.maddesi kadınlara karşı ayrımcılığın ne anlama geldiğini tanımlar. Buna göre; 'kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın, yaşamın her alanında insan haklarının kadın erkek eşitliğine dayalı olarak tanınmasını; kullanılmasını; yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran cinsiyete dayalı olarak yapılan herhangi bir ayırım, dışlama veya sınırlama bu Sözleşme hükümleri açısından **"kadınlara karşı ayırım"** olarak kabul edilir'.

Sözleşmenin 2. maddesi taraf devletlerin kadına karşı her türlü ayrımı kınadığını, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul ettiklerini belirtmektedir. Bu amaçla maddede yer alan hususları taahhüt ederler. Bunlar; kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına almayı ve bu ilkenin gerçekten uygulanmasını sağlamak, kadınlara karşı her türlü ayrımı yasaklamak, kadınların her türlü ayrıma karşı etkin himayesini sağlamak (mahkemeler ve diğer resmi kurumlar aracılığı ile), kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmak, herhangi bir kişi, kuruluş veya teşebbüsün kadınlara karşı ayırım yapmasını önlemek için bütün uygun önlemleri almak, kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve

36 Kadına karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, URL: http://www.kadinininsanhaklari.org/cedaw_sozlesmesi.php, Son erişim tarihi. 21.11.2011.

uygulamaları tadil veya feshetmek için gerekli bütün uygun önlemleri almak, kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden bütün cezai hükümleri ilga etmektir.

Taraf devletlerin kadınların devlet adına hareket eden bir kişi veya özel bir kişi, kuruluş veya bir teşebbüs tarafından engellenmeden bütün alanlarda hak eşitliğinden gerçekten faydalanmalarını sağlamaları da gerekmektedir.

3. madde taraf devletleri özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel sahalarda olmak üzere kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamakla yükümlü kılmaktadır.

4. maddenin 1. paragrafı kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için alınacak geçici ve özel önlemlerin bu sözleşmede belirtilen cinsten bir ayırım olarak mütalâa edilmeyeceğini belirtmektedir. Burada örneğin kadınların şimdiye kadar az temsil edildikleri alanlara bu alanlarda gerçekten eşit olarak katılımları sağlayan ve bu alanlarda temsil edilmelerine kadar öncelikli olarak alınmalarını temin edecek yasal kontenjan düzenlemeleri kastedilmektedir.

5. madde devletleri kadın ve erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargılar, gelenek ve göreneklerle mücadele etmek için önlemler almakla yükümlü kılar. Ev işinden, çocuk bakımından ve aile bireylerinin bakımından kadınların esas sorumlu oldukları düşüncesinin ortadan kaldırılması bunun için bir örnektir. Ev, çocuklar ve aile ile bağlantılı görevler madde 5'e göre erkeklerle kadınlar arasında adil bir şekilde paylaşılmalıdır.

Kapsamlı çerçeve maddelerinin dışında sözleşmenin içerikli maddeleri kadınların çeşitli yaşam alanları ile ilgilenmektedir.

6. madde devletleri kadın ticareti ve fahişeliğin istismarının her şekliyle önlenmesi ile yükümlü kılmaktadır. Bu yüzden devletler güvenilir olmayan her türlü iş ilişkileri (örneğin özel evlerde çalışma, sezonluk aylakçılık, seks işçiliği) içinde olan kadınlara kadının insan haklarının tümünden faydalanmalarını sağlayacağını taahhüt etmektedirler. Ayrıca devletlerin seks işçiliği şartlarını seks işçisi olarak çalışan kadınların sustimal edilmemesini ve bu kadınların tüm haklarının korunmasını sağlayacak şekilde düzenlemeleri gerekmektedir.

7. madde politika ve kamu hayatında seçme ve seçilme hakkı, hükümet politikasına katılım, kamu görevlerinde bulunmak ve kamu görevlerini ifa etmek ve hükümet dışı kuruluşlara iştirak etmek konuları ile ilgili kadınlara karşı ayırımı kapsamaktadır.

8. madde devletleri kadınlara eşit şartlarda hükümetlerini uluslararası düzeyde ve uluslararası kuruluşlarda temsil etmek fırsatını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılmaktadır.

9. madde tabiiyetin kazanılmasında, değiştirilmesinde ve muhafazasında ve çocukların tabiiyeti ile ilgili kadınlara karşı ayırımı ele almaktadır.

10., 11. ve 12. maddeler eğitim alanında, iş piyasasında ve sağlık alanında kadınlara karşı ayırımın önlenmesine ilişkindir. Bu hükümler çok kapsamlı olup, her kadının yaşamında çok önemli olan alanları kapsamaktadır, örneğin kız ve kadınların eğitimi ve meslek seçimi, iş hayatında şartlar, değişik yaşam durumlarında kadınların özel gereksinimlerini dikkate alan sağlık hizmetlerinden yararlanma.

13. maddede ekonomik, sosyal ve kültürel yaşamın diğer alanlarındaki ayrımcılık belirtilmiştir.

14. madde kırsal bölgelerdeki kadınların desteklenmesini ele almaktadır.

15. madde medeni haklar bakımından kadınlara erkeklerinki gibi aynı hukuki ehliyeti garanti etmektedir. Bu, örneğin mahkeme önünde davalarda eşit muamele anlamına gelmektedir.

16. madde evlilik ve aile hukukunda kadınlara hak eşitliğini kapsamaktadır. Burada evlenmede eşit hak, sadece özgür olarak eş seçme ve tam rıza ile evlenme hakkı, evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar, çocuk sayısına, çocukların yaş farkına ve çocukları ilgilendiren tüm konularda karar verme önemli olanlardır. Ayrıca soyadı, meslek ve iş seçimi hakkı dahil olmak üzere eşlerin kişisel haklarını da kapsamaktadır.

Toplumda kadınların konumunun temel değişikliği için 2., 4., 5. ve 16. maddeler özellikle önemlidir.³⁷

37 Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi tam metni için URL: http://www.un-cankara.org.tr/doc_pdf/metin136.pdf, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

CEDAW, kadınlara karşı insan hakları ihlallerini denetlemek için esas itibariyle CEDAW-Komitesi'nin düzenli verilen raporları incelemesini ve tavsiyelerde bulunmasını öngörmektedir. Kadınlar için kişisel başvuru hakkı sözleşme hazırlanırken teklif edilmiş, fakat daha sonra bundan tekrar vazgeçilmiştir. O zaman birkaç delege kadınlara karşı ayrımcılığın “ırk” ayırımı gibi “devletler hukukuna ilişkin ciddi bir suç” olmadığı ve bu nedenle böyle bir yönteme gerek olmadığı görüşünü bildirmişlerdir. 1993 Viyana İnsan Hakları Konferansı'nın sonuç belgelerinde ve 1995 Pekin 4. Dünya Kadın Konferansı'nın Eylem Platformu'nda böyle bir şikayet yöntemi özellikle talep edilmiştir. Daha sonra CEDAW'dan kadınların etkili bir şekilde yararlanabilmeleri için Birleşmiş Milletler (BM) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolü (6 Ekim 1999) imzalanmıştır.

İhtiyari Protokolün hazırlanması ile ulaşılacak istenen amaçlar; kadının insan haklarını daha etkin uygulamak, kadınlara tanınan haklar hakkında taraf devletlerin ve kişilerin daha fazla bilgilendirilmesini sağlamak, taraf devletlerin CEDAW'ı daha iyi uygulamalarını ve ayrımcı yasa ve uygulamaları değiştirmelerini sağlamak, BM Sisteminde cinsiyete dayalı ilk başvuru yöntemi olarak mevcut olan diğer insan haklarına ilişkin başvuru yöntemlerini yeniden değerlendirmek ve kamunun kadının hakları konusunda daha fazla bilinçlenmesini sağlamaktır.

İhtiyari Protokol sonunda 6 Ekim 1999 tarihinde BM-Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin taraf devletleri İhtiyari Protokol'e bağlı olmayı isteyip istemediklerini serbestçe beyan edebilirler. Kadın haklarını uygulamak için iki ek yöntemi içermektedir: Kişisel başvuru yöntemi (ihbar yöntemi) ve inceleme yöntemi. Taraf devletler yükümlülüklerini ihtiyari Protokol altında sadece inceleme prosedürünü kendileri için “Opting-out” denilen uygulama dışında kalma seçeneği ile kısıtlayabilirler. Başvuru yöntemi hem hakkı ihlal edilen kadına hem de onun rızası dahilinde sivil toplum örgütlerine tanınmış bir imkandır.

CEDAW Komitesi başvuruyu aldığı anda, ilgili kadın için doğrudan tehdit teşkil eden bir tehlike olması durumunda iddiaya konu olan ihlalin mağdur ya da mağdurların görmesi muhtemel, onarılması mümkün olmayan zararları önlemek için geçici önlemleri almayı taraf devletten talep edebilir. Eğer komite bir başvuruyu uygun görürse, birey ya da bi-

reylerin kimliklerinin söz konusu taraf devlete açıklanmasına rıza göstermeleri koşuluyla başvuruyu taraf devletin ilgisine sunar. Taraf devlet görüşlerini altı ay içerisinde komiteye iletir ve komite başvuruyu inceledikten sonra başvuruya ilişkin görüş ve tavsiyelerini ilgili taraflara iletir. Burada komite sözleşmede kadına tanınan bir hakkın bir taraf devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini tespit eder ve taraf devletin sözleşmeye göre yükümlülüklerini yerine getirmesi için alması gereken önlemler hakkında tavsiyelerde bulunur.

Taraf devlet komitenin görüş ve tavsiyeleri üzerine almış olduğu tüm önlemlerle ilgili bilgiler dahil olmak üzere komiteye altı ay içinde yazılı bir cevap sunar. Devletler Hukukuna göre her taraf devlet CEDAW Komitesi'nin görüş ve tavsiyelerine uymakla yükümlüdür.

Kadınlara karşı şiddet her türlü şekli ile ağır bir insan hakları ihlalidir. CEDAW Komitesi şimdiye kadar üç “Genel Tavsiye”, özellikle 19 numaralı Genel Tavsiye ile ilişkiler içinde kadınlara karşı uygulanan şiddetin insan hakları ihlali ve sözleşme anlamında ayrımcılık olarak kabul edilmesinde uluslararası düzeyde önemli katkıda bulunmuştur. Ancak bunun kabul edilmesinden sonra devletleri “özel alanda” çoğunlukla erkeklerin kadınlara karşı uyguladıkları şiddet eylemlerini engellemek ve cezalandırmaktan sorumlu tutmak mümkün olmuştur. Devletler sözleşmenin altında kadınları bu tip şiddet eylemlerinden etkili şekilde korumak ve buna maruz kalan kadınların gerçekten böyle bir şiddetten uzaklaşabilmeleri için şartları sağlamak zorundadırlar. Kadına yönelik şiddetin ve ayrımcılığın önlenmesinde son dönemde kararlı bir adım, Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılan ‘Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’dir.

- Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (11 Mayıs 2011)

Kadına yönelik şiddet sebebiyle ortaya çıkan insan hakları ihlalinin önlemek üzere, kadına yönelik ve aile içi şiddetle mücadele amacıyla yapılan çalışmalar dünya gündeminde yer almaya devam etmektedir. Uluslararası hukukta ve ülkelerin iç hukuklarında yapılan düzenlemelere rağmen, kadına yönelik şiddet kadının güçlenmesinin önünde engel oluşturmaktadır.

Bu açıdan yeni ve kararlı bir adım, Avrupa Konseyi tarafından güncel olarak atıldı. Konsey tarafından hazırlanan ve 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan “Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme” uluslararası hukukta kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet konusunda yaptırım gücü olan ilk Sözleşme niteliği taşımaktadır.

Türkiye, imzaya açılma töreninde 13 ülkenin imzaladığı Sözleşmeye imza koyan ilk ülke oldu. Bu bağlayıcı ve yaptırım gücü olan Sözleşmenin içeriğinin bilinmesi, benimsenmesi ve devlet kurumlarıyla birlikte özellikle kadın hukukçular ve kadın kuruluşları tarafından yaygınlaştırılması kadına yönelik şiddetle mücadelede başarılı olunmasını sağlayacaktır.³⁸

Sözleşmenin kadına yönelik şiddetin nedenlerine ve yol açtığı olumsuzluklara değinilen giriş bölümünde taraf devletlerin başlıca; kadına yönelik şiddetin, erkekler ve kadınlar arasındaki eşitlikçi olmayan güç ilişkilerinden kaynaklanan tarihsel bir olgu olduğu ve bu güç ilişkisinin erkekler tarafından kadınlar üzerinde baskı kurulmasına ve kadınlara yönelik ayrımcılık yapılmasına yol açtığı ve kadınların ilerlemelerini engellediği, kadınlara yönelik aile içi şiddet, cinsel istismar, tecavüz, zorla evlendirme, sözde “namus” cinayetleri ve bir insan hakları ihlali olan şiddetin kadın erkek eşitliğini sağlamanın önündeki en büyük engel olduğu, çocukların aile içindeki şiddete tanık olmak da dâhil aile içi şiddet mağduru oldukları hususlarında anlaştıkları belirtilmiş ve kadın ve erkek arasında yasal ve fiili eşitliğin gerçekleşmesinin kadına yönelik şiddeti önlemede önemli bir unsur olduğu vurgulanmıştır.³⁹

Sözleşmenin, kadına yönelik şiddete ve aile içi şiddete son verilmiş bir Avrupa yaratmak amacıyla düzenlendiğine önemle dikkat çekilmiştir. Sözleşmede kadına karşı şiddetle mücadelede kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmak üzere önleme, koruma, kovuşturma ve mağdur destek mekanizmaları oluşturma politikaları, konularına yer verilmiştir. Bu ko-

38 MOROĞLU, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Avrupa Konseyi'nden Kararlı Bir Adım: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, URL: www.tukd.org.tr/.../TUBAKKOM_Avrupa_Konseyi_Sozlesmesi.doc, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

39 Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme tam metni için URL <http://www.kahdem.org.tr/?cat=1628>, Son erişim tarihi: 21.11.2011.

nuda uluslararası bağlayıcılığa sahip ilk hukuki belge olan Sözleşme, Avrupa Konseyi üyeleri dışındaki ülkelerin de imzasına ve onayına açılmıştır.

Sözleşmenin 1. maddesinde hangi amaçlarla düzenlendiğine yer verilmiş; bu amaçlar özetle “kadına yönelik ve aile içi her türlü şiddeti önlemek, kovuşturmak, ortadan kaldırmak ve şiddet mağdurlarını korumak; kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı sona erdirmek, bu konuda uluslararası işbirliğini güçlendirmek; kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddeti ortadan kaldırmak üzere etkili bir işbirliği yapmaları için örgütlere ve kolluk kuvvetlerine destek ve yardım sağlamaktır” denmiştir.

Sözleşmenin ikinci maddesinde kadına yönelik şiddetin her türüne karşı ve hem barış zamanında ve hem de silahlı çatışma durumlarında uygulanacağı kabul edilmiştir.

Sözleşmenin amacı bakımından “kadına yönelik şiddetin” ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma anlamına geldiği ve bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olduğu belirtilmiş; “aile içi şiddetin”, mağdur, faille aynı haneyi paylaşıp da paylaşmasa da, aile veya hanede, eski veya halihazır eşler ya da partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet anlamına geldiğine yer verilmiştir.

Sözleşmede “toplumsal cinsiyet” toplum tarafından kadın ve erkeğe yüklenen ve sosyal olarak kurgulanan roller, davranışlar ve eylemler anlamına geldiği ve “kadına yönelik cinsiyete dayalı şiddetin” doğrudan kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulandığı veya orantısız bir şekilde kadınları etkilediği belirtilmiştir.

Tanımlar yapılırken “kadın” ibaresinin 18 yaş altı kız çocuklarını da kapsadığı açıklanmış, böylece “kadın” - “kız” ayrımı yapılmaması gerektiği benimsenmiştir.

Sözleşmenin en önemli yanı ise beraberinde getirdiği “denetim mekanizmasıdır” (madde 66). Buna göre, Taraf Devletlerce Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, “Kadına Yönelik ve Aile

İçer Şiddete Karşı Mücadelede Uzmanlar Grubu” (GREVIO) adı altında Avrupa Konseyi bünyesinde bir denetim mekanizması oluşturulmaktadır. Avrupa devletlerinden insan hakları, kadın hakları ve kadına yönelik şiddetle mücadele uzmanı 10 ila 15 uzmandan oluşacak bu grup, sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ardından taraf devletler hakkında düzenli denetim raporları hazırlayacaktır. Raporlarda üye devletlere kadına yönelik ve aile içi şiddetle mücadelede önerilerde bulunulacak. Bu önerilerin ne derece yerine getirildiği takip edilecek. Bu raporlarla bir yandan Avrupa genelinde kadın-erkek eşitliği ve kadına yönelik şiddetle mücadelede ortak normlar yaratılmasına, bir yandan da taraf devletlerde bu alanlarda ilerleme sağlanmasına ortam yaratılacaktır.

Sözleşme ile devletlere, Toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar uygulama yükümlülükleri ve gereken özeni gösterme, farkındalığı artırma, sığınakların açılması hakkında yasal ve uygulamaya yönelik yaptırımlar getirme, veri toplama, sivil toplumun bu alandaki çalışmalarını destekleme, önleyici müdahale ve tedavi programları yapma, özel sektör ve medyanın katılımını sağlama, sorumluluğu verilmiştir.

Sözleşmede, taraf devletlerin kadın-erkek eşitliği ve kadına yönelik şiddet konularını eğitimin her düzeyinde müfredata eklemeleri öngörülmüştür.

Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelere de açık olan bu sözleşmeye taraf ülkeler, uygulama aşamasında şiddete maruz kalan kadınlar için 24 saat hizmet görecektir çağrı merkezleri ve sığınma evleri kuracak aynı zamanda, mağdurlara tıp, adli tıp hizmetleriyle psikolojik ve hukuki destek sağlamakla yükümlü olacaktır. Sözleşmede kadınların şiddete maruz kalmadan ve şiddet mağduru olduktan sonra korunması için yapılması gerekenler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁴⁰

Avrupa Konseyi Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçer Şiddetin Önlenmesi ve Bununla Mücadeleye Dair Sözleşme’nin Türkiye’nin Avrupa Konseyi Başkanlığını yürüttüğü dönemde son halini alması ve İstanbul’da imzaya açılmış olması ve “İstanbul Sözleşmesi” olarak da anılacak olması ülkemiz açısından önem taşımaktadır. Türkiye tarafından en kısa sürede, çekincesiz onaylanması ve etkili biçimde uygulanması için kararlı bir devlet politikasına ve kadın kuruluşlarının güçlü desteğine ihtiyaç vardır.

40 Avrupa Konseyi Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçer Şiddetin Önlenmesi ve Bununla Mücadeleye Dair Sözleşme <http://www.kahdem.org.tr/?cat=1628>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

Sözleşme hazırlanırken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'ye karşı açılan Nahide Opuz davası göz önünde tutulmuştur. Bilindiği gibi, Nahide Opuz davası ile Türkiye, AIHM'de 'aile içi şiddeti önleyemediği' gerekçesiyle mahkum olan ilk devlet olmuştur.⁴¹

VI- SONUÇ

Fransız İhtilali yıllarında yaşamış feminist filozof Mary Astell'in sözleri, kadın meselesi konusunda, o yıllarda dahi farkındalığın ne kadar yüksek olduğunu ortaya koymak bakımından ufuk açıcı bir ifadedir: 'Eğer mutlak egemenlik devlet için gerekli değilse, nasıl oluyor da aile için gerekli sayılıyor. Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse nasıl oluyor da kadınlar köle doğuyor'.⁴²

Bütün uluslararası insan hakları belgelerinde, tüm insanların dil, din ırk, cinsiyet vb ayrımlar gözetilmeksizin eşit oldukları yer almaktadır. En temel insan hakları belgelerinde insana sadece 'insan olması' sebebiyle tanınmış haklara, toplumun yarısını oluşturan bir kesimin –kadınların– eşit olarak erişememesi, bu sözleşmelerin ve mevzuatların birincil olarak kabul ettikleri 'eşitlik' ilkesinin kadınlar bakımından uygulanamaması problemi, bir "insan haklarını gerçekleştirme" sorunudur.

Evrensel insan hakları hukukunun gerçekleşmesi ve kadına yönelik şiddetin tasfiyesi mümkündür. Bu da devletin, insan hakları konusunda bilinç, kararlılık ve azmine bağlıdır. Öncelikli olarak hükümetlerin, devletin her aygıtını işe koşarak ve sivil toplum ile iş birliğine girerek, (i) devletin uluslararası taahhütleri hayata geçirecek önlemleri derhal alması, (ii) topluluk ve aileler düzeyinde zihinleri eşitlik, hak ve özgürlükler doğrultusunda dönüştürecek ve erkeklik anlayışını güç ve şiddetten arındıracak bir kültür diyalogunu başlatması ve (iii) kadının güçlenmesini ve bağımsızlığını destekleyici kurum ve programlara öncelik vermesi ve bunu ulusal bütçeden kaynak tahsis ederek desteklemesi gerekmektedir. Bu bağlamda kadın hareketi uluslararası mekanizmaları etkili biçimde kullanarak devletin uluslararası taahhütlerini yerine getirmesi

41 MOROĞLU, Nazan, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Avrupa Konseyi'nden Kararlı Bir Adım: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, URL: www.tukd.org.tr/.../TUBAKKOM_Avrupa_Konseyi_Sozlesmesi.doc, Son erişim tarihi: 20.11.2011.

42 ASTELL, Mary, *Reflections Upon Marriage (1700)* .Akt. Juliett Mitchell, "Kadın ve Eşitlik", J. Mitchell, A. Oakley, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998, s.32.

doğrultusunda baskı oluşturabilir. Kadın kuruluşları CEDAW sözleşmesini etkili bir biçimde kullanmaya başlamışlardır.⁴³ Diğer belgeler bakımından da bu faal yaklaşım devam etmelidir ki kadın hakları sadece kağıt üzerinde olmaktan çıkıp gerçekten kadınların –özellikle mağdur kadınların– sorunlarına çözüm olabilsin.

43 ERTÜRK, Yakın, Kadına Yönelik Şiddet İnsan Hakkı İhlali, Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2005, sayı: 13 s. 28-29.

KAYNAKÇA

- ACAR, Feride;** Kadının İnsan Hakları ve Türkiye’de Durum, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2005, sayı: 15.
- ASTELL, Mary;** *Reflections Upon Marriage (1700)* .Akt. Juliett Mitchell, “Kadın ve Eşitlik”, J. Mitchell, A. Oakley, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998.
- BERKTAY, Fatmagül;** Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004.
- DİNÇKÖK, Bihterin Vural;** Kadının İnsan Hakları, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Hazırlayan: Bihterin Varol Dinçkök, İstanbul, 2003.
- ERTÜRK, Yakın;** Kadına Yönelik Şiddet İnsan Hakkı İhlali, Güncel Hukuk Dergisi, Ocak 2005, sayı: 13.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih;** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2007.
- GÜNEŞ, Ahmet M;** (2010), Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 200, Sayı 87, 2008, C. XII, S. 1-2.
- MOROĞLU, Nazan;** Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği, MESS – SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4.
- MOROĞLU, Nazan;** Uluslararası Belgelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu Yayınları, 2005.
- MOROĞLU, Nazan;** Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Avrupa Konseyi’nden.
- ŞAHİN, Çiğdem;** Fırsat Eşitliği AB Açısından Ne İfade Ediyor?, URL: <http://www.toprakisveren.org.tr/2007-73cigdemshahin.pdf>, Son erişim tarihi: 21.11.2011.
- ÇAĞLAR, Behice;** 8 Mart Tarihçe İçin Derleme, URL: http://www.kadinmuhendisler.org/bh_8Mart.aspx Son erişim tarihi: 15.11.2011.

- Eşitlik, Özgürlük, Kardeşlik... Ama Erkek Kardeşliği, Güncel Hukuk Dergisi, Hak Söyleşileri, Fatmagül Berktaş- Filiz Kerestecioğlu Röportajı, Mart 2004, sayı: 3.
- Kararlı Bir Adım: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, URL: www.tukd.org.tr/.../TUBAKKOM_Avrupa_Konseyi_Sozlesmesi.doc, Son erişim tarihi: 20.11.2011.
- Avrupa Konseyi Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bununla Mücadeleye Dair Sözleşme <http://www.kahdem.org.tr/?cat=1628>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.
- Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi tam metni için URL: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin136.pdf, Son erişim tarihi: 21.11.2011
- AB ve Kadın, Avrupa Birliği Bilgi Merkezi Bilgi Notu 2, URL: <http://www.avrupa.info.tr/Files/ABVEKadin.pdf>, Son erişim tarihi: 20.11.2011.
- Lizbon Anlaşması tam metni için URL: http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_en.htm, Son erişim tarihi: 20.11.2011
- Avrupa Temel Haklar Şartı tam metni için URL: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html, Son erişim tarihi: 17.11.2011.
- 7 No.lu Ek Protokol tam metni için URL: http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html, Son erişim tarihi: 20.11.2011.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tam metni için URL: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, Son erişim tarihi: 20.11.2011
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin tam metni için URL: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, Son erişim tarihi: 20.11.2011
- BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi tam metni için URL: http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf, Son erişim tarihi: 15.11.2011.
- Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Çeviren: Ece Göztepe, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, Cilt: 45 Sayı: 1, URL: <http://dergiler.an-kara.edu.tr/dergiler/38/297/2716.pdf>, Son erişim tarihi: 12.11.2011.