

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

EKİM
KASIM
ARALIK
2008

SAYI

4

TCİD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

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

Genel Yayın Yönetmeni
Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Av. Fehmi Demir

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

Copyright
Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

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

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

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

Basım Tarihi
Ekim 2008

İçindekiler

Prof. Dr. Köksal Bayraktar	V	XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi
	1	Hazırlık ve İştirakin Genişleyen Şekilleri
	12	The Expanding Forms Of Preparation And Participation
	24	Hazırlık Konferansı Terör Finansmanı
	32	Preparatory Colloquium Financing Of Terrorism
Gülşah Kurt Yücekul Güçlü Akyürek	40	Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı
	75	Özel Usul Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması
	84	Special Procedural Measures and The Protection Of Human Rights
	95	Evrensel Yargı Yetkisi İlkesi
	103	Theory Of Universal Jurisdiction
M. Cherif Bassioni Çev. Batu Kınıkoğlu	111	Küreselleşme Çağında Uluslararası Cezai Adalet
Dr. Şennur Ağırbaşlı	188	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasası
Uğur Erdal Özgür Heval Çınar	196	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. Maddesinde Öngörülen Kabul Edilebilirlik Koşulları
Av. Erkan Şenses	215	Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi
Esin Tunceroğlu	224	Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Basın Özgürlüğü

20-27 EYLÜL 2009
BÜYÜK BULUŞMA ya da XVIII. ULUSLARARASI
CEZA HUKUKU KONGRESİ

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR*

20 – 27 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul büyük bir buluşmaya sahne olacak. Dünyanın bütün ülkelerinden pek çok ceza hukukçusu İstanbul'a gelecek ve son yıllarda ceza hukukunda tartışılan önemli sorunları inceleyecekler.

Bu buluşma, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin XVIII. Kongresi'dir. Adı geçen Dernek, 1924 yılında kurulmuştur ve dünyanın bütün ülkelerinde var olan ceza hukuku derneklerini, yapısı içinde bulundurmaktadır. Bu kuruluş beş yılda bir, kongresini değişik ülkelerde yapmaktadır. Kongrelerde, önemli ceza hukuku sorunları üzerinde önceden saptanmış sorular, bildirilerin konusu olmakta ve bu bildiriler ayrı ayrı görüşülmekte, tartışmalar açılmakta ve sonuç raporları bunun üzerine hazırlanmaktadır. Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin kongresi, sadece bir seçim kongresi olmayıp, bir hafta süren bilimsel bir toplantı niteliğini taşımaktadır.

20 – 27 Eylül 2009'daki İstanbul Kongresi'nin ana konusunu "Ceza Adaletinin küreselleşmesi ile ortaya çıkan başlıca sorunlar" oluşturmakta ve dört konu tartışmaya açılmaktadır.

Bu konulardan ilki, "**Hazırlık Hareketleri İle İştirak'in Alanının Genişlemesi**"dir. Ceza hukukunda, hazırlık hareketleri, teşebbüsten önceki aşamada yer alan, eyleme uzak, failin suç işleme düşüncesini henüz dışı yansıtmayan hareketlerdir. Hazırlık hareketlerinin önemi, bunlar hakkında ceza yaptırımına gidilmemesidir. İştirak ise, bir kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halidir. Bu kavram ile, suça ilişkin cezalandırma alanı, bir kişiden birden fazla

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi, Türk Ceza Hukuku Derneği Genel Sekreteri

kişiyeye yayılmakta ve suçun işlenmesine yardımcı olan kişiler de cezalandırılmaktadır. Kongrede seçilen ilk konu, ceza hukukunun istisnai konuları arasında yer alan bu iki kavramın sınırlarının genişletilmesi yönündedir.

Hazırlık hareketleri ile iştirak kurallarının sınırlarının genişletilmesi konusunun nedeni, ağır nitelikli suçların son yıllarda örgütler çerçevesinde işlenmesi ve bu gelişimin de terörle odaklanmasıdır. Ağır nitelikli suçların uluslararası, sınırötesi boyutlarda işlendiği ve terörün de tüm ulusları tehdit etmesi, içinde yaşadığımız yüzyılın önemli bir olgusudur. Örgütlü suçların giderek yaygınlaşması ve terörün de her geçen gün daha da güçlenmesine karşın bunların uluslararası suç olarak kabul edilmemesi, hukuki bir güçsüzlük olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, son yıllarda bu suçlarla mücadele için uluslararası işbirliği girişimlerinde bulunulmakta ve çok taraflı Anlaşmalar yapılmaktadır. 2000 tarihli Palermo Anlaşması, Avrupa Yakalama Emri, Delil Elde Etme, Suç Ürünlerinin Müsaderesi Hakkında Çerçeve Kararlar gibi...

Örgütlü suçlarla ve terörle hukuk içinde mücadele edilmesinde, suçla kışkırtma gibi bazı hazırlık hareketi biçimlerinin, suç için anlaşma, suç ortağının desteklenmesi gibi hareketlerin cezalandırılıp cezalandırılmaması üzerinde durulmaktadır. Başka bir deyişle, hazırlık hareketi olarak nitelenebilen bazı eylemlerin suç olarak kabulü, iştirak olarak kabul edilmeyen hareketlerin gene suç olarak öngörülmesi, yaptırım, önlem, mağdurun korunması gibi ceza hukuku bölümlerinin örgütlü suç ve terör eylemleri açısından gözden geçirilmesi, yeni inceleme konuları olarak ortaya çıkmaktadır.

Kongrede tartışılacak ikinci konu, **“Terörizmin Finansmanı”**dır. Terör finansmanı üzerinde durulması, terör saldırılarının denetlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması yönünden önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Finans faaliyetlerinin denetlenmesinin kamuya duyurulması, terör hareketlerinin devamlılığını etkilemektedir. Bu konu, 17.12.1996 tarihli ve 21/210 no.lu Genel Kurul Kararı ve 1999 tarihli Terör Finansmanının Önlenmesine Yönelik Uluslararası Konsorsiyumu ile düzenlenmeye çalışılmaktadır. Konuya daha yakından bakıldığında, Terörizmin Finansmanı ile Karaparanın Aklanması arasında yakın bağlantının bulunduğu hemen görülebilmektedir. Mali kuruluşlar ile bankaların işleyişi, gelirlere el konulması, ceza tedbirleri, terörizmin finansmanı su-

çu ve yargılama özellikleri, bu konuda ayrı ayrı ele alınması gereken alt başlıkları oluşturmaktadır. Son olarak, terör suçlarında uluslararası yargılama işbirliğinin ve işlerliğinin nasıl ve ne şekilde sağlandığı üzerinde durulmaktadır.

“Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması”, Kongre'nin üçüncü çalışma konusudur. Yaşadığımız yüzyılda suçların, uluslararası plana kayması sonucunda suçlar da uluslararası nitelik kazanmakta, yargılamanın da küreselleşmesi ile karşılaşmaktadır. Suçların ağırlaşması, yeni suç biçimlerinin kabul edilmesi, yargılamayı da etkilemektedir. Yargılamanın teknikleşmesi, yeni uygulamalar yaratmaktadır. Bu çerçevede adil yargılanma ve insan hakları nasıl gerçekleşecek ve nasıl korunacaktır? Bu önemli karşıtlık, şu saptamayı ortaya çıkarmaktadır: Yargılamada uyulması gereken kurullarla gerçekleşecek hukuk güvenceleri ile kamunun, toplumların güvenliği bir arada nasıl dengeli olacaklardır? Toplumun güvenliğini sağlamak için alınan önlemler karşısında masumiyet karinesi, şüpheden sanık faydalanır ilkesi, susma hakkı, aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapılamaması kuralı gibi başlıca ilkelerin yeni görünümleri tartışma konularını oluşturmaktadır.

“Evrensel Yargı İlkesi”, dördüncü konu olarak seçilmiştir. Evrensellik ilkesi, suç nerede işlenirse işlensin, ceza mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık, korunma ilkesi ve adalet ilkesi olarak belirtilen hususlar çerçevesinde, mahkemelerin yetkisi ülke dışında işlenen suçlar için de kabul edilmektedir.

Kölelik, savaş suçu, insanlığa karşı suç, soykırım, işkence, terör gibi suçlarda da ileri sürülmeye başlanan evrensel yargı ilkesinin ne olduğu, iç hukukta ne şekilde uygulandığı, çeşitli sorunların konusunu oluşturmaktadır.

Evrensel yargı yetkisi alanının, örgütlü suçlar ve terör suçlarında giderek genişletilmesi tartışmaların nedenini oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, özellikle teröre, örgütlü suçlara, ağır nitelikli suçlara dayanılarak ceza hukukunda ve ceza yargılaması hukukunda ortaya çıkan değişikliklerin, saptanan gelişmelerin olumlu ve olumsuz yönleriyle tartışıldığı büyük bir forum olacaktır. Dünyanın dört tarafından gelen binlerce ceza hukukçusu,

maddi olguları, eylemleri ortaya koyduktan sonra, bunlarla nasıl mücadele edileceğini, toplumsal düzenin ve barışın nasıl gerçekleştirileceğini çeşitli olasılıklar ve çözümler getirerek tartışacaklardır. Ceza hukukunda ve yargılama hukukundaki farklı yaklaşımların ve yukarıda belirtilen ağır eylemlerin hukuki, mali ve sosyolojik temelleri üzerinde de durulacaktır. Doğaldır ki, bu çalışmalar içerisinde insan hakları, ceza hukuku ve yargılama hukukuna egemen olan ilkeler ve kurallar üzerinde de durulacak, bunların ihlal edilme tehlikelerinden kaçınma yolları da araştırılacaktır.

Türk hukuk dünyası, bilim adamları ile, araştırmacıları ile, hukukçuları, yargıçları, savcılarını ve avukatları ile bu çalışmalar içerisinde yerini almalıdır. Milletlerarası Ceza Hukuku Derneği'ne üye olan Türk Ceza Hukuku Derneği, önceki yıllarda bu kısa yazımızın önceki bölümlerinde aktardığımız dört ayrı konu ile ilgili raporlar yazmış ve bu raporları çalışma gruplarına göndermiştir. Belirtilen raporlar, kongrede ayrı ayrı konuşulacak, tartışılacak, üzerlerinde görüşmeler yapılacak ve birtakım sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu görüşmelerin içerisinde Türk hukukçuları yerlerini aldığında, kişisel ve toplumumuz ile ilgili değişimleri, gelişmeleri, uluslararası alanda ortaya koyabilme olanağını da bulacaklardır.

Türk Ceza Hukuku Derneği, bu büyük buluşmayı gerçekleştirebilmek için bir yıldan beri sürdürdüğü çalışmalarını önümüzdeki aylarda daha da hızlandıracaktır. Türk Ceza Hukuku Derneği'nin amacı, çağdaş Türk hukukçusunun, Türk toplumunun yetiştirdiği değerli hukukçuların, bu büyük buluşmada yerini alabilmesini sağlamaktır. Türk Ceza Hukuku Derneği, tarihsel bir görevi yerine getirirken, Türk toplumuna ve Türk hukukuna hizmet etmeyi amaçlamıştır. Hukuku zorlayan, hak ve özgürlükleri tehlikeye atabilecek birtakım gelişmeler karşısında, Türk hukukçusunun görüşlerini ileri sürerek uluslararası forumda yerini alabilmesi en büyük dileğimizdir.

Bu amaçla, önümüzdeki aylarda İstanbul'da, Ankara'da çeşitli toplantılar yapılacak ve kongre ile ilgili gelişmeler sürekli olarak bildirilecektir.

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Uluslararası Ceza Hukuku Derneği
1924'te kurulmuştur
XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009)**

**Bölüm I
Genel Ceza Hukuku
Hazırlık ve İştirakin Genişleyen Şekilleri**

Yer: A Coruña, İspanya

Tarih: 5 – 8 Eylül 2007

Genel Raportör: Prof. Lorenzo Picotti (İtalya)

Genç Ceza Hukukçuları Raportörü: Dr. Ahmed Khalifa (Mısır)

GİRİŞ

Son derece ciddi suçların, günümüz «küresel» toplumunun olanak ve ikilemlerini kötüye kullanarak geliştirilmiş yeni formları, son yıllarda, yukarıda sözü edilen fenomenin organize ve çoğu zaman çokuluslu boyutu karşısında yetersiz oldukları ispatlanan mevcut cevaplardan daha etkili olacak cevaplar geliştirme ihtiyacını doğurmuştur.

Bir taraftan, ekonomide, borsalarda, bireylerin, malların, hizmetlerin ve sermayelerin çeşitli Devletlerin sınırları ötesine «serbest» dolaşımında yaşanan gelişme, genişleyen suç yapılarının eylemleri ve yayılması için yeni fırsatlar sunacak küresel bir pazarın temellerini atmıştır. Bu gibi yapılar, uyuşturuculardan silahlara, kadınlar ve çocuklardan göçmenlere ve organ nakli için kullanılan insanlara kadar uzanan her türlü illegal yatırımı ve kaçakçılığı genişletmek ve yoğunlaştırmak amacıyla farklı toprakların çeşitli

ekonomik, sosyal, politik ve hukuki şartlarını kötüye kullanabilecek durumdadır. Aslında bu planların gerçekleştirilmesi, artık gittikçe daha düşük fiyatlara sunulan ulaşım ve iletişim araçlarının yaygınlaşması ve modernleşmesi sayesinde. Bunun en mükemmel kanıtı, her yeri ve her şeyi istila edercesine yaygınlaşan İnternet'tir. Diğer taraftan ise, en gelişmiş ülkelerden en fakirlerine kadar uzanan ve bir zamanlar hem birbirinden çok uzak hem de kültür, gelenekler, ideoloji, din, değer sistemleri, kolektif ve bireysel hayat biçimleri bakımından çok farklı olan çeşitli bölgeler ve toplumlar arasındaki dolaysız temastan kaynaklanan çarpıcı eşitsizlikler, çetin karşılaştırmaların yapıldığı ve bir o kadar açık çatışmaların yaşandığı bir ortam hazırlamaktadır. Bunun en dramatik kanıtı, kitlesel göçlerin (ve bazı zaman insan kaçakçılığının) yaşandığı yerlerde görülen ve dışlanmalarla ayrımcılıklara yol açan, bunun da ötesinde saf şiddetle sonuçlanan zorluklar, hatta imkansızlıklardır. Bunun sonucu olarak, çoğunlukla çokuluslu bir şubeleşme ve yapılanmayı benimseyen terör örgütlerinin kurulması ve faaliyetlerini yürütmesi için yeni alanlar oluşmaktadır. Bu durum ise yeni cevapların geliştirilmesi ihtiyacını giderek daha acil hale getirmektedir.

Aslında terörizm, ortaya çıktığı farklı tarihi dönemlere ve yerlere bağlı olarak farklı şekillere bürünmüştür. Homojen bir özellikten, her şeyden önce ise homojen bir yasal disiplinden kurtulma eğilimindedir ve farklı şekillerde algılanmakla beraber çeşitli önleyici ve bastırıcı araçlarla da mücadele edilmektedir.

Ancak bu mücadele günümüzde gerek dünya çapındaki halk görüşü gerekse hükümet ve uluslararası kuruluş inisiyatifleri için kesinlikle son derece önemli bir konudur.

Aslına bakılırsa bu olgu, trajik anlamda ses getirecek etkiler yaratabilecek güce sahip teknolojik araçlar kullanarak (New York İkiz Kulelerine ya da Madrid Atocha metro istasyonuna yapılan terör saldırılarında olduğu gibi) yeni ve zaman zaman acımasız özelliklere bürünmüştür. Algılanışı ve etki gücü ise, küresel iletişim olanakları ile bunun sonucunda sürekli olarak yaygınlaşan bilgi ve fikirler sayesinde bütün dünyaya yayılmaktadır.

Burada sözü edilen çeşitli faktörler, terör örgütlerinin çoğu zaman açıkça ulaşmaya çalıştıkları, faaliyetlerini yürüttükleri ya da hedef belirledikleri ülkenin sınırlarının ötesinde sonuçlar elde etme hedefine ulaşma yolunda avantaj sağlamaktadır.

Bütün bunlar dikkate alındığında, «ağır suç» ve özellikle «terör» olarak nitelendirilebilecek eylem ve hareketlerin niteliklerinin ve bu yönde yapılan değerlendirmelerin daha ayrıntılı şekilde analiz edilmesinden ortaya çıkabilecek çok sayıda karmaşık neden ve görüşe rağmen, terörizmin günümüz toplumunun özelliklerine ve eğilimlerine uygun olarak küresel bir boyut kazanma eğiliminde olduğunu söyleyebiliriz.

Bu çalışmanın amaçları doğrultusunda burada vurgulanması gereken bir diğer husus, ne ağır ne de organize suçun ya da terörün günümüzde örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni oluşturan 1998 Roma Statüsünde belirlenen çokuluslu iddianame ve yargı yetkisi sisteminin konusunu teşkil eden «kesin» uluslararası suçlara hala dahil edilmemiş olmasıdır.

Ancak her şeye rağmen, Hükümetler arasında sadece mahkemeler ve polis bakımından değil, aynı zamanda maddi ceza hukukunun kendisinde daha önce yapılan paralel uyum çalışmaları sayesinde daha yakın bir işbirliği sağlamak amacıyla, yukarıda sözü edilen olguyla mücadelede (en azından terör ile ilgili olan kısmıyla; özellikle New York ve Washington kentlerine yapılan 11 Eylül saldırılarından sonra) kullanılan araçlara yaklaşımda önemli bir değişikliğin meydana geldiği açıktır.

Bu hareket tarzı çeşitli düzeylerde gelişmiştir.

Bunlardan birincisi, ayırt edici özelliği UNO tarafından gerçekleştirilen, sayısız müdahale olan, küresel düzeydir. Özellikle, çokuluslu organize suçla mücadele etmek amacıyla 2000 yılının Aralık ayında imzaya açılan Palermo Konvansiyonunu ve bilhassa kadınlar ve çocuklar olmak üzere insan kaçakçılığı ve göçmen kaçaklığı ile mücadeleyi hedefleyen ek Protokollerini dikkate almalıyız. Bu gibi araçlar, ağır ve ulusal sınırları aşan suçların belli bazı şekillerine karşı (örneğin uyuşturucu kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı vs.) halihazırda yürürlükte olan sayısız Konvansiyonun ilave edilebileceği ve kısmen entegre edilebileceği genel bir çerçeve sunmaktadır. Ancak söz konusu terörizm olduğunda, bunun aksine, ceza hukuku perspektifinden ortak bir kavram tanımlama olasılığı hakkında sahip olunan heterojen görüş açıları nedeniyle genel bir karaktere sahip bir konvansiyon için anlaşmaya varılması hala zordur. Fakat bu gibi bir anlaşma, özellikle Avrupa Birliği dahilinde olmak üzere, bölgesel düzeyde de olsa sağlanmıştır. Buna göre, başka koşulların yanı sıra, ortak yargı ve ceza kanunu kavramları kulla-

arak söz konusu olgunun boyutlarını ve mücadelesinde kullanılacak temel araçları belirleyen 2002 çerçeve kararı hazırlanmıştır.

Aynı şey (1998 tarihli ortak eylemden itibaren) organize suç konusunda da yaşandı: “suç örgütü” şeklindeki tanımı, «ağır ve çokuluslu suçların» daha spesifik şekillerine karşı kullanılan çok sayıda başka müdahale aracı için (örneğin Avrupa tutuklama emri hakkında ya da yazılı delil edinme ve suç gelirin takip edilerek el konması konusunda verilen çerçeve kararları, bilgi işlem saldırılarına, insan kaçakçılığına, uyuşturucu kaçakçılığına, silah kaçakçılığına karşı vs.) bir referans temeli olarak kullanıldı. Bu gibi suçlar (bazı durumlarda belli bir zorlamayla da olsa), Avrupa Birliği Anlaşması Madde 29 ff.’de ana hatları belirlenen yetki alanına dahil edilebilir. Avrupa Birliği Anlaşması, suçların ve yaptırımların belirleyici unsurları hakkında «asgari normların» belirtilmesini mümkün kılmaktadır. Bunun sonucunda ise, Avrupa Birliğinin çeşitli üye devletleri tarafından birlikte yürütülecek ve bireysel olarak yürütülen eylemlerden kat be kat daha etkili olacak ortak bir mücadeleye imkan tanınmaktadır. Herhangi bir yasanın fiilen yürürlüğe girdiği ulusal düzeye de özel olarak dikkat edilmelidir. Zira her Devlet, maddi ceza kanununun ve ceza muhakemeleri kanununun fiilen uygulanması için kendisine ait bir yargılama yetkisine sahiptir.

Bu bakış açısından çokuluslu düzeyde elde edilen ve edilecek başarılar göz önüne alınacak olursa, konuyu, ulusal hukuk sistemlerinin her birinde yürürlükte olan pozitif ceza kanunlarına dayanarak spesifik olarak analiz etmemiz gerekir.

ANKET HAKKINDA

(A) Maddi Ceza Hukukunun genel profillerine uygun şekilde değinebilmemiz için, küreselleşmenin her hukuk sisteminde yarattığı **söz konusu olgu bağlamında** yer alan hukuki meselelerin ana hatlarından kısaca söz etmeli (A.1), **hazırlık faaliyetleri ve işti- rak hakkındaki** düzenlemelerin **genel ayarlarını** belirlemeli (A.2) ve örneğin «son derece ağır suç» ve «terörizm» alanı gibi belli bir alanda yaşanan saldırıların, hazırlık ve bu saldırılardaki işti- rak şekillerinde herhangi bir genişlemenin meydana gelip gelmediğini ve eğer meydana geldiyse, bu genişlemenin hangi ölçüde olduğunu tespit etmeliyiz (A.3).

(B) Bunun ardından, örneğin sonrasında suç işlenmeyen bir kışkırtma ya da provokasyon gibi **hazırlık hareketlerinin suç olarak kabul edildiği** davalardan başlayarak, hazırlık ve iştirak şekillerinin bütün yeni normatif formülasyonlarının üzerinde yer alan **genel bir araştırma** tercih etmeliyiz (B.1). Bu doğrultuda ise özellikle, maddi hareketler söz konusu olduğunda, örneğin militan toplama, eğitim verme, sahte evrak hazırlama ya da bulundurma vs. gibi bir suç planının gerçekleştirilmesi ya da terör eylemlerinin fiilen yerine getirilmesi bakımından hazırlık niteliği taşıyan, özel olarak tanımlanmış eylemlerin ayrıca cezalandırılması olasılığını belirlemeliyiz.

Cezai müdahaleleri yoğunlaştırmanın diğer bir yolu ise, örneğin ardından suç işlenmeyen bir anlaşmanın cezai yönü gibi, dava hakkındaki cezai sorumluluk için genel olarak aranan şartların değiştirilmesi hatta azaltılması suretiyle **iştirak şekillerinin** ya da **suça iştirak suçlamalarının genişletilmesi** şeklinde olabilir (B.2).

Örneğin suç faaliyetlerinin ve derneklerin ya da bunlarla bağlantılı veya suç ortağı olan bireylerin desteklenmesi, yardım edilmesi ve «haricen» desteklenmesi (uzmanlar, avukatlar, doktorlar vb. tarafından) gibi ikincil nitelikte ya da hazırlık niteliğinde olup kolektif bir yapıya sahip faaliyetler için ayrıca yapılan suç duyurularına özel dikkat gerekecektir.

İlgili derneği, tüzel kişiliklerin olası sorumluluklarına (B.3) ek olarak, suç teşkil eden belli bazı amaçlar için cezalandıracak ceza hükümleri de uygun olabilir (B.4).

Bunlar, terörizm ve ideolojik, politik ya da dini içeriklerle karakterize edilmiş diğer suçlar söz konusu olduğunda da – ceza gerektiren hazırlık ve iştirakin bir şekli olarak - uygun olabilir. Örneğin, çoğunlukla düşünce ve fikirlerin ifade edilmesinde ve/veya yayılmasında vücut bulan propaganda ve din yayma faaliyetlerinde yayın ya da malzemelerin vs. yüceltilmesi ve yayınlanıp dağıtımının yapılması için verilecek cezalar gibi (B.5).

Suç duyurusunda bulunma tekniklerinin kapsamı ve suç formülasyonları ile uygulanacak **cezanın** çerçevesi arasında daima bağ-

lantı kurulmalıdır. Bunun amacı, gerek davanın konusunu teşkil eden çeşitli suçlara verilebilecek cezalar arasında «dahili» bir karşılaştırma yapılmasının, gerekse bu cezalar ile eşdeğer «ortak» suçların gerektirdiği cezalar arasında «harici» bir karşılaştırma yapılmasının mümkün kılınmasıdır. Bu şekilde, verilecek cezaların, yasalar tarafından korunan çıkarılara verilen zararın derecesi ve ti-polojileri ile orantılı olmasının sağlanması hedeflenmektedir (B.6).

- (C) Cezai özelliklere sahip araçlarla birlikte aynı zamanda, farklı özelliklere sahip araçlara, özellikle de organize suç ve terörizme karşı «önceden» mücadele etmenin öncelikli bir yöntemi olan **önleyici tedbirlere** yönelme olasılığını da göz önünde bulundurmalıyız.

Bunun ardından ise, temel hakları şüphesiz tehdit ve ihlal edilen – ki bu durum, çoğunlukla masum ve savunmasız kişiler olmaları nedeniyle nefret uyandırıcıdır – gerek ağır suç gerekse terörizm **kurbanları sorununu** (sadece ceza muhakemeleri usul kanunu değil) maddi ceza hukuku açısından, kısaca söylemek gerekirse uluslararası düzeyde incelemeliyiz. Bunların rolü özellikle, gerek suçların formülasyonları (maruz kalabilecekleri tehlikeye ya da fiili zarara göre verilecek cezanın türü ve derecesi) gerekse ortaya çıkabilecek, tazmin edici ya da «restoratif» özellikte mekanizmalar (sivil özellikte ya da mahkeme dışı yapılan anlaşmaları takiben) açısından anlaşılabilir.

- (D) Son olarak, devam eden **reform teklifleri** ya da normatif değişiklikler hakkında bazı bilgiler verecek ve doktrinsel ve hukuksal görüşlerden başlayarak, uluslararası Sözleşme ve Konvansiyonlarda ve ayrıca insan haklarını kendisine konu edinen ulusal Anayasalarda tanınan temel hak ve güvenceleri (usul güvencelerinin yanı sıra) koruma ihtiyacı hakkında son **düşüncelerimizi dile getirip bazı değerlendirmelerde** bulunacağız (E).

ANKET

A) Genel Sorular

1. Dahili ceza seviyesinde küreselleşme olgusunun görünümünün bireyselleşmesi.
2. Hukuk sisteminizdeki hazırlık faaliyeti ve iştirak hususunda yargılama sisteminizi genel hatlarıyla belirtiniz.

2.1. Hazırlık Faaliyetleri:

- 2.1.1. Teşebbüse göre kısıtlamalar.
- 2.1.2. Cezalandırılabilir hazırlık faaliyetleri (ve/veya teorileri?).
- 2.1.3. Uygunluk alanı (belli suçlar için genel/özel).
- 2.1.4. Uygulanabilir cezalar: İşlenmiş suçlara uygulanabilir cezaların karşılaştırılması

2.2. İştirak:

- 2.2.1. Suçun işlenmesinde anlaşma sağlayan şahıslar hakkında işlemler. (cezai, teşvik, suç ortaklığı, birlikteliğinin kategorileri)
- 2.2.2. İştirak hareketlerinin yasal düzenlemesi ve cezası

3. Terörizm ve diğer ciddi suçlar ile ilgili hazırlık ve iştirak:

- 3.1. Hukuk kurallarınız içinde terörizm ve diğer ciddi suçları açıklayan yerleşmiş tanımlamalar mevcut mu? Bunlar uluslararası tanımlamalara uyumlu veya uygun mu? (örneğin, 2002 Avrupa Birliği Terörizme Karşı Çerçeve Kararı veya Çokuluslu organize suçlara karşı Birleşmiş Milletler 2000 Konvansiyonu)
- 3.2. Genel suçlara nazaran bu özel suçlara dair temel (veya farklı) unsurlar nelerdir? Objektif unsur (actus reus)? Subjektif unsur (mens rea)?
- 3.3. Özellikle, açıkça suçlayıcı veya cezayı ağırlaştırıcı hüküm, failin eyleminde özel kastın arandığı durumları mı düzenle-

mektedir? (bir teröriste veya huzur bozucu karaktere sahip olma veya suç örgütünün hedefleri ile ilgili)

B) Hazırlık ve iştirak biçimlerinin genişlemesinin özellikleri

1. Hazırlık ve iştirak biçimleri genişledi mi? (örneğin, terörizm konusunda veya diğer ciddi suçlar ile ilgili)
 - 1.1. Sadece hazırlık hareketlerinde, örneğin suçun işlenmesinde anlaşma ya da tahrik olmayan durumlar, ayrı bir suç olarak cezalandırılıyor mu?
 - 1.2. Daha ziyade, terör eylemlerinin veya suç planlarının gerçekleşmesinden önce iddia edilen ve bu özel eylemleri (askerlik, çalışma, sahte doküman yapımı ve gelişimi, patlayıcı madde veya silah yapımı, gelişimi ve ticareti gibi) ayrı olarak cezalandıran özel suçlamalar (varsa ne zaman yapıldı?) var mı?
 - 1.3. Bu suçların işlenmesi konusunda, hazırlayıcı ve/veya yardımcı suçlar var mı?
 - 1.4. Aynı şahsın bu hazırlık hareketlerinden birini yapmasından (örneğin; destek) ve işlenen suçlardan birinin tamamlanmaması hareketini yapması (örneğin; terör eyleminde bulunma) dolayısıyla suçlandığı ya da cezalandırıldığı davalar var mı? Ayrıca, aynı hedefe ulaşmak için bir terörist gruba veya suç örgütüne yardım veya iştirak suçuna ilişkin davalar mevcut mu? (aşağıda, B.3)
 - 1.5. Bu alandaki suçlara teşebbüs etme suçunun cezasına dair özel düzenleme veya kural var mı? Benzer adı suç fiilleriyle karşılaştırıldığında terörist suçlar (fiilin objektif ve subjektif unsurları açısından) hangi esaslı veya farklı unsurları içerir?
2. Bu alandaki suçlara iştirak veya ortaklığa ilişkin özel düzenleme veya kurallar var mı?
 - 2.1. Genel suçlara veya bunlara benzer suçlara yardım eyleminin objektif ve subjektif unsurlarına ilişkin, bunları meydana getiren ve ayırıcı olan öğeler nelerdir?
 - 2.2. Suç işlenmeyip de, yalnızca anlaşma veya teşvik olduğu hallerde dahi her halükarda bu eylemler ayrı bir suç niteli-

- ğinde kabul edilip cezalandırılıyor mu? Ya da sadece terör suçunda veya diğer ciddi suçlarda mı cezalandırılabilir?
- 2.3. İştirak suçunun olduğunu gösteren delilin, karine haline gelmesine veya basitleştirilmesine ilişkin usul aşaması var mı?
- 2.4. Bağımsız bir oluşumu veya çok ciddi bir suç örgütünün oluşumunda ve eylemlerinde hazırlama veya yardım etme davranışları, mesela destek, dışarıdan yardım (şahıslardan bir bölümü veya doğrudan uygun sosyal yardım, örnek olsun; avukat veya doktor vb.) ile ilgili belirli bir suç var mı?
3. Terör örgütü veya terör organizasyonu ile ilgili veya çok ciddi bir suçun organizasyonu için anlaşma veya yardıma ilişkin ayrı bir suç düzenlenmekte mi? Veya bu türlü suç örgütleri için genel suçlar mı uygulanıyor?
- 3.1. Eğer özel suçlar var ise, bu suç örgütleri nasıl tanımlanıyor? Bu tanımlama ilgili kişilerin statüsüne, bu kişilerin Hükümet makamlarınca oluşturulan listelere veya diğer benzer listelere veya yasada soyut terimlerle tanımlanan (maddi veya manevi) unsurlara mı bağlıdır?
- 3.2. Bir terörist veya suç örgütü tanımındaki unsurlar nelerdir? (katılanların net sayısı, oluşum gerekleri, rollerin dağıtımı, grup veya organizasyonun sabitliği veya kuralları, suç planının yapısı, özel amaçlar peşinden gidilmesi vb.)
- 3.3. İştirak ve diğer suçlar (örneğin, oluşturma, organizasyon, yönetim vb. gibi) arasında verilecek ceza bakımından bir fark var mı? Suçun işlenmesinde aktif rol almamış olsalar bile suç örgütlerini temsil eden liderler veya yetkili üyeler hakkında özel kurallar mevcut mu?
4. Kişilerin (gerçek kişiler) sorumlulukları (ceza gerektiren veya gerektirmeyen) ile ilgili düzenleme ve yaptırımlar var mı, şayet hukukunuzda genel olarak düzenlenmişse, bu düzenleme ayrıca terörizm veya diğer ciddi suçlar için de uygulanabilir mi? Bu hukuki düzenlemeler ile bir teröristin veya suç örgütünün (yardımcı, alternatif, grup vb.) suçlanmasındaki ilişki nedir?

5. Terörizmle bağlantılı görüş veya düşüncelerin ifadesi ve/veya yayılmasını içeren fiiller için, terör eylemlerine azmettirmek veya diğer şekillerde manevi iştirak veya terörist eyleme yardım etmek fiilleri için öngörülen ceza hukuku yaptırımlarından farklı olarak, başka yaptırımlar var mıdır?
 - 5.1. Özellikle terörizm ile ilgili terörü övme, ideolojik propoganda, belge yayınlama ve dağıtım ve diğer benzeri durumlar ayrıca ses ve görsel ve internet yolu ile propoganda vb. ayrı bir şekilde cezalandırılıyor mu?
 - 5.2. Bu eylemlerden sorumlu olup cezalandırılmak için aranılan objektif ve sübjektif unsurlar nelerdir? Bunlar ne zaman tamamlanıyor?
 - 5.3. Bir terörist eylem ve/veya benzer genel suçlarla karşılaştırıldığı zaman bunların cezası nedir?
 - 5.4. Uluslararası Anlaşmalar ve demokratik Anayasalar tarafından korunan düşünce özgürlüğü, ifade ve fikir özgürlüğü açısından ne tür problemler ortaya çıkıyor ve bunlar arasındaki ilişkiler nelerdir?
6. Hazırlık ve iştirak oluşumlarının önceden tespiti durumlarında ceza niteliği bakımından bir fark var mı? Bunların içeriği ve ceza süresi nedir? (suç tipi bakımından ve uygulanabilir ceza süresi, olası tamamlayıcı ceza veya süreleri, başvuru ölçütü, cezayı azaltan muhtemel özel kurallar)
 - 6.1. Yukarıda anılan ceza yargılamalarının infazında, mağdur/mağdurlar ile uzlaşma veya mağdur/mağdurlara tazminat ödeme veya para cezası ödeme konularının etkisi nedir?
 - 6.2. Özellikle cezaevindeki muamele ve kısıtlamalar veya cezaevinde hakların verilmesi veya hükümlünün lehindeki diğer unsurların sağlanması açısından cezanın uygulanmasına ilişkin özel uygulamalar var mıdır?

C) Diğer sorular

1. Teröriste, çok ciddi suç eylemlerine ve örgütlerine karşı önleyici tedbirler veya yöntemler var mı? Özellikle, kendi vatandaşının karışmadığı durumlar için bu tür tedbirler uygulanıyor mu?
2. Yukarıda anılan cezaların verilmesinde ve infazında, mağdurların rolünün önemi nedir?

D) Reform teklifleri

1. Hazırlık ve iştirak biçimlerinin genişlemesinin, Uluslararası Anlaşma ve Konvansiyonlar ve ayrıca ulusal Anayasalar tarafından kabul edilen temel haklara uygun olması sorunu ile ilgili doktriner çalışma var mıdır?
2. Koşulların değiştirilmesine ilişkin öneriler var mı? Bunların içeriği nedir? Bunların gerçekleşmesi için ne yapılması gerekmektedir?
3. Bu yasal reformlar görüşüldü mü yoksa hazırlık aşamasında mı?

E) Son düşünceler

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Fondée en 1924
XVIIIth International Congress of AIDP (Istanbul, September 2009)**

**Section I
General criminal law
The expanding forms of preparation and participation**

Place: A Coruña, Spain

Date : 5 – 8 september 2007

General Reporter : Prof. Lorenzo Picotti (Italy)

Young Penalists' Reporter : Dr. Ahmed Khalifa (Egypt).

INTRODUCTION

The new forms of very serious crime that have developed exploiting the opportunities and the contradictions of today's «global» society have aroused in recent years the need for more effective answers than the existing ones, which have proved inadequate against the organized and often multi-national dimension of the above-mentioned phenomena.

On the one hand, the development of the economy, of exchanges, of the «free» circulation of individuals, goods, services and capital beyond the boundaries of different States has created the basis for a global market offering new opportunities to the action and proliferation of expanding crime structures; such structures are able to exploit the different economical, social, political and juridical conditions of the various territorial circles with the purpose of broadening and intensifying any sort of illegal investments and trafficking: from drugs to weapons, from women and children to migrants and human organs for transplants etc.; such plans are actually achievable thanks to the

diffusion and modernization of the means of transport and communication, now available at lower and lower prices, as is proved by the all-pervading diffusion of the internet. On the other hand, the striking inequalities emerging from the direct contact among divergent areas and populations, from the utmost developed to the poorest, once far away the one from the other and deeply different in terms of culture, traditions, ideology, religion, systems of values, collective and individual ways of life, do create the conditions for harsh comparisons and open conflicts, as is dramatically proven by the difficulties (if not by the impossibility) of social integration where mass migration (and sometimes human trafficking) is taking place, leading to situations of marginalization and discrimination, even resulting in sheer violence. As a consequence, new areas are available for the establishment and action of terrorist organizations, often branched and structured in a multi-national dimension, which makes the need for new answers more and more urgent.

As a matter of fact, terrorism has taken different shapes according to different historical periods and to the places where it made its appearance. It tends to evade a homogeneous qualification and above all a homogeneous juridical discipline as it is perceived in different ways and combated through different preventive and repressive instruments.

However, nowadays it is certainly a matter of the utmost interest both for the public opinion all over the world and in the initiatives of governments and of international institutions.

As a matter of fact, on one side, this phenomenon has taken new and at times brutal characteristics, with the use of more powerful technological devices capable of producing tragically spectacular effects (as happened in the case of the terrorist attacks to the Twin Towers in New York and to the Atocha station in Madrid), while its perception and force of impact has a worldwide spread, owing to global communication media and the consequent diffusion of information and opinions.

These different factors give advantage to the aim, often explicitly pursued by terrorist organizations, of achieving results beyond the borders of the country where they are acting or where their target is located.

All this considered, notwithstanding the complex plurality of causes and opinions that could emerge from a more detailed analysis of the qualification and evaluation of the acts and deeds that can be called «very serious offences» and particularly «terrorism», we can say that terrorism tends to acquire global dimensions, in accordance with the characteristics and trends of present-day society.

As far as the targets of this study are concerned, we must point out that neither serious and organized crime nor terrorism are at present included, as such, among «strictly» international crimes that are the object of the multi-national indictment and jurisdiction system set in the Rome Statute of 1998 establishing the International Criminal Court.

Anyway, there has certainly been a shift in the approach to the instruments for the fight against the above-mentioned phenomena (as far as terrorism is concerned, mainly after the attacks of September 11 in New York and Washington) aiming at achieving a closer cooperation among Governments, not only between the judiciary and the police, but also through a previous parallel harmonization of the substantive criminal law itself.

This course of action has developed at various levels.

The first level is the global level, characterized by numerous interventions of the UNO. We must take into special account the Convention against multi-national organised crime, opened for signature in Palermo in December 2000, and its additional Protocols against the trafficking in human beings, particularly women and children, and against the trafficking in migrants. Such instruments offer a general framework in which other numerous Conventions already in force against particular forms of serious and over-national crime (i.e. drug trafficking, weapons trafficking, human beings trafficking etc.) may be inserted and partly integrated. In the matter of terrorism, on the contrary, it is still difficult to reach agreement on a convention having a general character owing to the heterogeneous points of view on the possibility itself of a definition of a common notion from the perspective of penal law; yet, this has been attained at a regional level, particularly inside the European Union, that, among other provisions, issued the framework decision of 2002 defining in common juridical,

penal terms the dimension of the phenomenon and the basic instruments for combating it.

The same thing happened (dating from the common action of 1998) as far as organized crime was concerned: its definition as «criminal organisation» represented the reference basis for a large number of other instruments for intervention against more specific forms of «serious and multi-national crime» (i.e., the framework decisions on the European arrest warrant or for the acquisition of documentary evidence, as well as for the tracing and confiscation of the proceeds of a crime, against data processing attacks, the trafficking in human beings, drug trafficking, weapons trafficking etc.); such crimes may be included (even if sometimes with a certain extensive straining) in the field of competence outlined in arts. 29 ff. of the European Union Treaty, by means of which it is possible to state «minimal norms» concerning the constitutive elements of crimes and the sanctions, so that a common fight carried out together by the various member countries of the European Union might be far more effective than individual actions. Particular attention must be given to the national level, where any law actually comes into force, as each State has its own jurisdiction for the actual implementation of the substantive and procedural criminal law.

From this point of view, assuming the achievements at a multi-national level, we must carry out a specific analysis of the matter on the basis of the positive criminal law in force in each national juridical system.

ABOUT THE QUESTIONNAIRE

(A) In order to deal suitably with the general profiles of substantive criminal law, we must give a short outline of the juridical matters **in the context of the phenomena** created by globalisation in each juridical system (A.1), identifying the **general setting** of regulations **about preparatory acts and participation** (A.2), with respect to which we can say if, and in what measure, there has been a broadening of the forms of preparation of and participation in offences in a certain field, such as the field of «very serious crime» and of «terrorism» (A.3).

(B) We must then single out a **general survey** above all of the new normative formulations of the forms of preparation and of participation, starting from the cases of **the criminalization of preparatory acts** (B.1), such as the incitement/provocation not followed by the commission of the offence, particularly pointing out, when material acts are involved, the possible separate punishment for specifically described activities, such as the recruitment, the training, the making or possession of falsified documents etc., having a preparatory role as regards the carrying out of a criminal plan or the actual commission of terrorist acts.

An intensification of penal intervention may be achieved also through the **extension of forms of participation** or of indictment of **complicity** (B.2) through the modification of or even the derogation from the commonly stated conditions for penal liability on the matter, such as the penal relevance of the agreement not followed by the commission of the offence.

Special attention will have to be given to separate indictments for those activities having a collateral or preparatory character and a collective nature, such as the supporting, the assistance, and the «external» aid (on the part of professionals, lawyers, doctors etc.) to criminal activities and associations or to associated or accomplice individuals.

It may be of relevance the provision of offences punishing the association for particular criminal purposes (B.3), in addition to a possible liability of moral persons (B.4).

As to terrorism and other offences characterised by ideological, political or religious contents, they may also be relevant – as a form of expansion of punishable preparation and participation – propaganda and proselytism activities, mainly consisting in the expression and/or dissemination of thoughts and opinions, with punishment for the glorification and for the publication and dissemination of papers or materials etc. (B.5).

The scope of indictment techniques and of formulations of the offences must always be correlated to the frame of the applicable **sentencing** in order to make possible both an «internal»

comparison among the sentencing provided for the various offences in the matter, and an «external» comparison with the sentencing provided for equivalent «common» offences, in order to ascertain their proportionality with the degree and the typologies of harm to juridically protected interests (B.6).

- (C) Together with the instruments having a penal nature, we need to take into account also the opportunity to turn to instruments having a different nature, particularly **preventive measures**, representing a privileged way of combating organized crime and terrorism «in advance».

We must then analyze, from the point of view of substantive (not only procedural) criminal law, chiefly at an international level, the **problem of victims** of both very serious crime and of terrorism, whose fundamental rights are certainly threatened and violated in a particularly loathsome way as they are mostly innocent and defenceless persons. Their role may be specifically recognized both from the point of view of the formulation of the offences (type and degree of the punishment in respect of the danger or actual damage they may suffer) and from the point of view of the mechanisms (having a civil nature, or following extra-judicial agreements) having a compensatory or «restorative» nature that may arise.

- (D) We will finally have to give some information about the ongoing **proposals for reformations** or normative modifications, and draw some final **considerations and evaluations** (E), starting from doctrinal and jurisprudential stances, on the exigency of protecting fundamental rights and basic guarantees (besides procedural guarantees) as they are acknowledged in international Charters and Conventions, as well as in national Constitutions on the matter of human rights.

QUESTIONNAIRE

A) General questions

1. Individuation of the manifestations of the phenomenon of globalization at an internal penal level.
2. General outlining of the general juridical system of preparatory acts and of participation in your system.

2.1. Preparatory acts:

- 2.1.1. Limits with reference to attempt.
- 2.1.2. Punishable preparatory acts (and/or conspiracy?).
- 2.1.3. Field of applicability (general / specific for certain offences).
- 2.1.4. Applicable punishments: a comparison with the punishments applicable to the offences committed.

2.2. Participation:

- 2.2.1. Treatment of the acting in concert of individuals in the commission of the offence (categories of the criminal, instigation, cooperation, complicity...)
 - 2.2.2. Regulation and sanction of the acts of participation.
3. Preparation and participation in relation to **terrorism and other very serious forms of crime:**
 - 3.1. Does it exist, in your juridical regulations, explicit prescriptive definitions of «terrorism» and of other very serious crimes? Are they complying or harmonized with the internationally established definitions (for example, with the Framework Decision of the European Union of 2002 against terrorism or with the UNO Convention of 2000 against multi-national organized crime)?
 - 3.2. What are the constitutive (or differential) elements of these specific offences with regard to common offences? The objective element (actus reus)? The subjective element (mens rea)?

- 3.3. In particular, does the incriminating or aggravating rule explicitly state that the perpetrator be acting in the pursuit of a specific intent (having a terrorist or subversive character, or concerning the aims of the criminal organization)?

B) Characteristics of the expansion of the forms of preparation and participation

1. Has there been an expansion of the forms of preparation and participation (for example, concerning offences in the matter of terrorism and other forms of very serious crime)?
 - 1.1. Are the mere **preparatory acts**, such as the agreement or incitement not followed by the commission of the crime, punished as separate offences or as conspiracy?
 - 1.2. More particularly, are there specific indictments (and, if so, when have they been introduced) punishing separately such specific activities (as the recruitment, the training, the making or possession of falsified documents, the making, possession or purchasing of explosive substances or of weapons etc.), that take place prior to the actual carrying out of the acts of terrorism or of the criminal plan?
 - 1.3. Do more preparatory and/or accessory offences, in respect of the commission of these offences, exist?
 - 1.4. Are there cases where the same individual can be indicted and punished for the commission of one of these preparatory acts (for example, «recruitment») and also for the commission of one of the offences representing the «final aim» (for example, «commission of an act of terrorism»)? and, possibly, also for the offence of association or participation in a terrorist or criminal group pursuing the same aim (infra, B.3)?
 - 1.5. Are there regulations or special conditions for the penal relevance of the **attempt** in these fields of crime? Which substantive or differentiating elements (concerning the objective or subjective element of the offence) do they

possibly present if compared to the ones of the attempt for corresponding common offences?

2. Are there special regulations or conditions for the penal relevance of the **participation** in the offence or for the punishment of complicity in these fields of crime?
 - 2.1. What are their constituent or differential elements in respect of those concerning the objective and subjective element of the complicity provided in common or corresponding offences?
 - 2.2. Are mere agreement or mere incitation (conspiracy) not followed by the commission of the offence in anyway punishable as separate offences or, possibly, as conspiracy? Or are they punishable only in the case of terrorist offences and other very serious crimes?
 - 2.3. Does there exist at a procedural level (or through the indictment itself) a form of presumption or of simplification of the evidence of participation?
 - 2.4. Is there an explicit punishment for preparatory or collateral conduct, such as support, assistance, «external» help (on the part of non-associated individuals or through adequate social contributions, for example, on the part of a lawyer, a doctor...) to the activities and associations constituting very serious crime, or to individual associated?
3. Is there a separate offence for «terrorist» **association** or organization or group, or for an organization addicted to very serious crime, with respect to the conspiracy or mere complicity in such crimes? Or are common offences (if the case, aggravated) for criminal association applied?
 - 3.1. If specific offences exist, how are these criminal associations identified? Does this identification depend upon the status of the individuals involved, by his/her/their inclusion in lists drawn up by the government authorities, or in similar lists, or by (material and/or moral) elements described in abstract terms by the law?

- 3.2. What are the requirements constituting and/or characterizing a terrorist or criminal association or group (a certain number of participants, organizing requirements, distribution of roles, stability or terms of the organization or of the group, nature of the criminal plan, specific purposes pursued etc.)?
- 3.3. Is there a difference in sentencing between the mere participation and other more aggravating conduct (such as the constitution, the organization, the direction etc.)? Are there specific rules or conditions concerning the responsibility of members or leaders of the association for the commission of offences representing the purpose of the criminal association if they did not take an active part in the commission of the offence?
4. Are the provisions and sanctions concerning the **(penal or non-penal) liability of entities (legal persons)**, if they are in general provided in your national law, also applicable to the commission of acts of terrorism or other very serious crimes? What is the relationship between such regulations and the criminal indictment of a terrorist or criminal association or group (subsidiary, alternative, cumulative etc.)?
5. Do there exist specific **indictments for conduct consisting of the expression and/or dissemination of thought or opinions** linked to terrorism, distinguishable from the possible penal relevance of the instigation to commit acts of terrorism or by other forms of moral participation or by assisting another to commit such acts?
 - 5.1. In particular, are glorification, ideological proselytism, the publication and circulation of papers and other matters, also audio-visual and on the internet, propaganda etc. linked to terrorism, separately punished?
 - 5.2. What are the objective and subjective elements required for the liability of each of such acts to be punished? When are they consummated?

- 5.3. What is their sentence, as compared with the one provided for other acts of terrorism and/or corresponding common offences?
- 5.4. What are their relationships and which problems may arise with respect to freedom of thought, freedom of opinion and expression, protected by international Charters and by democratic Constitutions?
6. Is there a difference in the sentencing of anticipated forms of preparation and participation? What is their nature and measure (from the point of view of the type and term of the applicable penalties, of possible supplementary penalties or measures, of the criteria to be applied, of possible specific regulations derogating common law)?
 - 6.1. Is the enforcement of the above-mentioned penal indictments, what is the importance of the withdrawal from and/or a possible compensation, or of reconciliation with the victim/victims?
 - 6.2. Are there peculiarities concerning the actual enforcement of the penalty and of the sanctions or measures, particularly taking into account prison treatment and possible restrictions or conditions for the granting of prison benefits or other institutes in favour of prisoners?

C) Other questions

1. Do there exist specific preventive measures or other instruments having a non-penal nature to combat terrorist and very serious criminal activities and associations? In particular, if non-nationals are involved?
2. What is the importance of the role of victims in the formulation and enforcement of the above-mentioned penal indictments?

D) Reform proposals

1. Are there recent doctrinal or jurisprudential stances concerning the expansion of the forms of preparation and participation that might raise problems of compatibility with the fundamental

rights acknowledged by international Charters and Conventions, as well as by the national Constitutions?

2. Are there requests as to the revision or modification of the provisions considered? What is their nature? Which basic needs are they taking into account?
3. Are there legislative reforms under discussion or in preparation?

E) Final remarks

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Fondée en 1924
XVIIIth International Congress of AIDP (Istanbul, September 2009)**

**Section II
Preparatory Colloquium
Financing of Terrorism**

Place : Cleveland, USA

Date : 9 – 12 April 2008

General Reporter : Prof. Dr. Nikos Passas

INTRODUCTION

Targeting terrorist finance is worthwhile and necessary, as it can reduce the possible harm of terrorist operations and attacks. This approach serves to monitor militant activities so that preventive actions can be taken. It also enables the reconstruction of events and the detection of co-conspirators who can then be pursued. Moreover, the public announcement that financial activities are under scrutiny forces extremist groups to make frequent tactical changes and communications, which generates valuable opportunities for intelligence gathering.

The international community placed the issue of terrorist finance in the 1990s as evidenced by the General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 [paragraph 3, subparagraph (f)] and more importantly by the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 1999.

This Convention gained new life after the atrocities of the 11 September attacks in the United States of America. In the aftermath of

9/11, numerous initiatives and measures supplemented this convention as what was previously known as AML (anti-money laundering) expanded speedily to AML/CFT (countering terrorist finance).

The new acronym reflected the consideration of the two types of activities as similar in at least many important respects, thereby justifying not only the parallel treatment of money laundering and terrorist finance for policy responses but also the application of largely the same legislative and regulatory tools against both activities.

Neglected in this process were a) significant differences between ML and TF, especially with respect to the volume of funds involved, b) different aims originally underlying social responses to each (e.g., combating serious crime by depriving offenders of their illicit assets compared to prevention of terrorism through reduction of material support for it and information gathering), and c) a growing unease about the balance of benefits and costs of AML policies that gradually became a goal in themselves rather than an instrument against serious crime.

In essence, measures with questioned capacity to undermine criminal enterprises seeking to hide the origin of high volumes of illicit proceeds were extended to deal with the often very small amounts involved in terrorist operations.

CFT measures grew in number, scope and geographic application due to FATF, UN, EU and other initiatives, including many undertaken at national levels. Lists of designated suspected terrorists were created and circulated; assets of those named in such lists were frozen, including those of nonprofit organizations. Laws were introduced regarding terrorist finance and material support for terrorism. Several heated debates accompanied these developments, including the process by which suspects' names are placed on a designation list and how should the names those found innocent removed from them. In some instances, the process of removal is unclear, while no judicial or other legal process addresses the status of a suspect on such list – that is, there is frequently no criminal or other charge, no court proceeding and, in essence, no means for the determination of guilt or innocence of named suspects. Nevertheless, the effects of executive decisions

made on the basis of not fully known or transparent criteria and evidence are devastating for those affected.

In broad terms, the general questions the Congress could address are the following

QUESTIONNAIRE

I. Empirical Aspects

Please describe the issue in your country (statistics, concrete cases, if possible)

II. Ratification of universal and regional instruments; legal and institutional national framework

1. Which of the universal and regional instruments against terrorism has your country ratified and implemented? (Please list them)
2. What is the law against terrorist finance in your country? Has it been adopted for the implementation of international instruments or not? Are the relevant provisions found in a special law/statute or in the Penal Code?
3. How and in what text (what article) are the terms terrorism and terrorist finance defined in your national law?
4. Is your legal framework based on a law against money laundering or is it specific to the financing of terrorism?
5. Are there special bodies/organizations specifically in charge of countering terrorist finance? Is there a Financial Intelligence Unit in operation for the collection and analysis of suspicious activities or transactions? Does this Unit have jurisdiction over TF cases? Are there other bodies with related specialized tasks?

III. Prévention of terrorist finance

1. Are AML preventive measures (such as customer identification, licensing or registration, due diligence,) applicable to countering terrorist finance (CFT)?

- a. If yes, is the AML legislation in compliance with international standards?
 - b. If not, are there any preventive measures applicable to CFT?
 - c. Do these apply only to banks or also to other non-bank financial institutions, trade/commercial institutions, non-profit organizations, etc.?
2. Does bank secrecy law allow for the sharing of information regarding TF?
 3. Is feedback or guidelines offered to financial institutions on what constitutes a suspicious activity?
 4. Under what conditions can financial institutions (or their officials) be liable (under administrative, civil or possibly criminal law) for intentional omission or negligence?
 5. Are AML/CFT measures properly applied particularly with respect to due diligence and know your customer processes (are there any issues or problems with respect to the availability of formal addresses of clients, identity cards, protection of client privacy, etc.; could the existence of such problems affect the implementation of AML/CFT measures)? Is there a debate in the country about how AML/CFT policies affect or are affected by other public policy priorities (e.g., economic development, health, environment, etc.)?
 6. Some policy makers and governments have been debating principle-based and risk-based approaches to the implementation of preventive CFT measures. In general terms, the former would involve the application of certain rules and measures across the board, whereas the latter allow for some differentiation and stronger emphasis on areas of vulnerability. Is there a directive or debate in the country regarding evidence-based or risk-based approaches?
 7. Are there any best practices or interesting challenges to be reported relative to risk-based approaches?

8. Are there legal provisions regarding informal value transfer systems, such as hawala, hundi, fei chien, padala, black market exchange networks, etc.?
9. How closely does the private sector work with (which) official agencies?
10. To what extent and through which agencies does your country engage in international cooperation?

IV. Freezing of assets

1. What national laws are there regarding the freezing and seizing of terrorist assets? Are they of administrative or penal nature?
2. What sort of assets are covered (funds, financial, or other property) by these measures?
3. Please describe the national process relative to the implementation of UN Security Council Resolutions concerning designation lists or the removal of names found not to warrant listing (elaborate regarding UNSC resolutions, etc.)?
4. Are there any documented cases in which charitable organizations have been listed or de-listed?
5. Has there been any effort to determine the effects of designating charities operating in your country? If so, what were the findings?
6. Are there data on what types of terrorist groups or organizations have been targeted and with what effect?

V. Penal Measures

1. How is the financing of terrorism defined in your national law and in what article?
2. Is financing of terrorism a separate incrimination or is it a form of participation in the crime of terrorism in your legal system?
3. Protected legal interest
4. What are the elements of the offence of financing of terrorism?
 - 4.1. Material element / *actus reus*

- 4.1.1. Subjet. Who may commit this offence? Can legal persons be held criminally responsible? What are the duties, responsibilities and rights of family members of persons accused or wanted for terrorist acts?
- 4.1.2. Overt Acts: Is the provision of funds to alleged terrorist for an act of terrorism or a terrorist organization punishable? Material support? Is indirect support included in this definition, such as assisting with travel? Is there any debate on the extensive nature of criminalized acts?
- 4.1.3. Object: Funds, all types of funds ? including those originating from other crimes? What is the relationship with money laundering? Is financing of terrorism punishable even when funds have not been used for the commission of a terrorist act?
- 4.2. Mental Element
 - 4.2.1. Intent (*Dolus*). Is the financing by negligence punishable?
 - 4.2.2. Other subjective elements.
- 4.3. Justification/Excuse. Are general grounds for justification or excuse applicable? Are there any particular grounds for justification?
5. What penalties are provided for these acts?
 - 5.1. Deprivation of liberty. Length of time (equal, shorter or longer than other terrorism offences?
 - 5.2. Are there any applicable security measures?
 - 5.3. Forfeiture/confiscation of terrorist funds. Ultimate use of confiscated/forfeited funds.
 - 5.4. Is there any provision for the compensation of terrorism victims? For example, any provision for the use of confiscated assets in order to compensate such victims?
 - 5.4.1. Other applicable sanctions, measures or consequences.

B) Penal procedure

1. Is it possible to suspend or limit any fundamental human rights in cases of terrorism? Under what conditions? How often have such provisions been used in your country? Has there been any study of the effectiveness of such measures? Has there been any debate or test on whether they are consistent with national fundamental legal principles (e.g., constitution) or international legal standards?
2. Evidence law: Please describe how can one prove the elements of the offence.
3. Please provide information on the de jure and/or de facto process of deciding whom to target and how to charge suspects, and what is the role of different agencies (law enforcement, intelligence) in this process? What sort and strength of evidence is required or considered?
4. Are designations of accused/suspects appearing on lists related to United Nations Resolutions relative to terrorism (in particular Resolutions 1267 and 1373) done on administrative/executive orders or through a judicial process?
5. How open to public scrutiny is this process and the criteria employed?
6. How long can assets be frozen before criminal or other charges are filed?
7. Can frozen assets be used for daily and defence expenses?
8. What remedy is available if an individual's or organization's assets are frozen *but no criminal or other charges have been filed*? Is there judicial review? Appeal process? Process to remove one's name from designation list?
9. In cases of frozen assets of charitable organizations, is it possible to have them disbursed to legitimate/stated beneficiaries pending any administrative, civil or criminal process (if so, can charitable organizations or third parties request such disbursement?)
10. What remedies and appeal options are available to those subject to such measures through the penal process?

11. Are there provisions regarding the reparation of innocent suspects whose livelihood and reputation have suffered?

VI. International Cooperation in Criminal Matters

1. Is mutual legal assistance and extradition possible for the financing of terrorism offence?
2. Are designations accepted and acted upon with mere requests or upon production of prima facie evidence?
3. What is the process through which names of individuals or organizations designated by another country or international organization appear on domestic lists published or shared with law enforcement and non-state actors?
4. How quickly is the state required to act on designation lists or mutual legal assistance requests on terrorism cases? Is there a possibility for expedited responses? Under what conditions?
5. How does *dual criminality* apply in terrorist financing for international cooperation and mutual legal assistance? Does the offence have to be defined in the same terms or does the existence of an equivalent criminalized act suffice? Must a group be specifically listed as a terrorist organization in your country for MLA to occur?
6. How does the political offence exception apply (or has applied so far) in terrorism financing cases?
7. Do principles such as *aut dedere aut judicare* and *ne bis in idem* apply in terrorism finance cases?
8. Are there interesting successes and challenges in international cooperation and mutual legal assistance offered or received?
9. Are there any regional bodies for mutual legal assistance and international cooperation?

VI. Other considerations

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Uluslararası Ceza Hukuku Derneği
1924'te kurulmuştur
XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009)**

**Bölüm II
Hazırlık Konferansı
Terör Finansmanı**

Yer: Cleveland, ABD

Tarih: 9 – 12 Nisan 2008

Genel Raportör: Prof. Dr. Nikos Passas

GİRİŞ

Terör Finansmanının hedef alınması, harcanan çabalara değerdir ve kesinlikle gereklidir. Çünkü bu yolla, terör faaliyetlerinin ve saldırıların yol açacağı olası zararı azaltılabilir. Bu yaklaşım, militan faaliyetlerin denetimine hizmet eder ve böylelikle önleyici faaliyetler başlatılabilir. Aynı zamanda, olayların canlandırılmasına ve daha sonra takibe alınacak ortak suikastçıların tespit edilmesine olanak sağlar. Ayrıca, finans faaliyetlerinin denetim altına alındığının kamuya duyurulması radikal grupları, istihbarat toplanması bakımından önemli fırsatlar yaratacak sık taktik değişiklikler ve haberleşmeler yapmaya zorlar.

Uluslararası toplum, terör finansmanı konusunu, 17 Aralık 1996 tarihli ve 21/210 no.lu Genel Kurul kararının [Paragraf 3, alt paragraf (f)] ve daha da önemlisi 1999 tarihli, Terör Finansmanının Önlenmesine yönelik Uluslararası Konvansiyonun kanıtladığı üzere 1990'lı yıllarda gündeme getirmişti.

(Çeviri: K. Yiğit AKALIN Att. at Law)

Bu Konvansiyon, Amerika Birleşik Devletleri'ne yapılan 11 Eylül saldırılarında yaşanan vahşetten sonra yeniden hayat buldu. 11 Eylül'ün sonucunda çok sayıda inisiyatif ve tedbir bu konvansiyona eklendi ve daha önce APA (anti kara para aklama) olarak bilinen metodoloji kısa süre içinde genişleyerek APA/TFM'ye (terörizmin finansmanı ile mücadele) dönüştü.

Bu yeni akronim, söz konusu iki faaliyet türünün öneminin en azından birçok önemli açıdan benzer olduğunu göstermiş ve böylelikle sadece izlenen politikalara cevap alabilmek için kara para aklama ve terörizmin finansmanı konularının birbirlerine paralel olarak ele alınmasını haklı çıkarmamış aynı zamanda her iki faaliyete karşı büyük oranda aynı yasama ve mevzuat araçlarının uygulanmasını da haklı çıkarmıştır.

Ancak bu süreçte a) özellikle gerektirdikleri para kaynaklarının miktarı bakımından PA ile TF arasındaki önemli farklılıklar, b) başlangıçta her birinin soysal sorumluluğunun altında yatan farklı amaçlar (örneğin, suçluların illegal varlıklarından mahrum bırakılması suretiyle ağır suçla karşı yürütülen mücadeleye nazaran maddi desteğin ve bilgi toplama imkanlarının azaltılması suretiyle terörün önlenmesi), ve c) ağır suçla karşı kullanılan birer araç olmaktan çıkarak giderek kendileri birer amaç haline gelen APA politikalarının faydaları ve maliyeti arasındaki denge hakkında gün geçtikçe büyüyen endişeler ihmal edilmiştir.

Özünde, yüksek meblağlı yasadışı gelirlerin kaynağını gizli tutmayı amaçlayan suç örgütlerini zayıflatma kapasiteleri sorgulanan, genişletilerek terör faaliyetlerinde yer alan çoğu zaman son derece küçük meblağlarla ilgilenmek üzere kullanılmıştır.

TFM tedbirlerinin sayısında, kapsamında ve coğrafi uygulamalarında, ulusal düzeyde yükümlenen daha bir çok inisiyatif dahil olmak üzere FATF, BM ve AB sayesinde önemli artışlar yaşandı. İsimleri tespit edilen şüpheli teröristlerin yer aldığı listeler oluşturuldu ve dağıtıldı; kar amacı gütmeyen kuruluşlar dahil olmak üzere bu listelerde adı geçenlerin varlıkları donduruldu. Terörizmin finansmanına ve teröre sağlanan maddi desteğe yönelik yasalar çıkarıldı. Bu gelişmelere, şüphelilerin isimlerinin isim listesine konduğu süreç ve suçsuz bulunanların isimlerinin bu listelerden nasıl silinmesi gerektiği hakkındaki tartışmalar dahil olmak üzere çok sayıda hararetli tartışma eşlik etti. Bazı durumlarda isimlerin listelerden çıkarılma süreci belirsizken bu gibi bir listede yer alan bir şüpheli-

nin durumunu ele alan herhangi bir adli ya da yasal süreç yoktur. Yani isimleri belirlenen şüphelilerin suçluluğunun ya da masumiyetinin tespit edilmesi için herhangi bir cezai ya da başka bir suçlama, herhangi bir mahkeme kararı, kısacası herhangi bir araç yoktur. Hal böyleyken, tam olarak bilinmeyen ya da saydam olmayan kriterlere ve kanıtlara dayanarak verilen idari kararlar, bundan etkilenen kişiler üzerinde yıkıcı etkiler yaratmıştır.

Kongrede geniş anlamda ele alınması gereken genel sorular aşağıdaki gibidir.

ANKET

I. Deneysel Görüşler

Lütfen, ülkenizdeki yayınları belirtiniz (mümkünse istatistikler, somut olaylar)

II. Evrensel ve yerel belgelerin onaylanması; hukuksal ve kurumsal ulusal sistem

1. Ülkenizde terörizme karşı hangi evrensel ve yerel belgeler onaylanmış ve uygulanmaktadır? (Lütfen, liste halinde belirtiniz)
2. Ülkenizde terör finansına karşı yasal düzenleme nasıldır? Bu, uluslararası anlaşmaların uygulaması olarak kabul edildi mi edilmedi mi? İlgili düzenlemeler Ceza Kanunu içinde mi yoksa özel bir kanun içinde mi yer almaktadır?
3. Ülkenizde nasıl ve hangi yasal düzenleme, terörizmi ve terör finansını tanımlamaktadır?
4. Hukuk sisteminiz kara para aklamasına mı karşı yoksa sadece özel olarak terör finansına mı karşıdır?
5. Terör finansına karşı özel bir kurum mu çalışmaktadır? Şüpheli eylem ve işlemlerin incelenmesi ve elde edilmesinde finansla ilgili özel bir istihbarat birimi var mıdır? Bu birimin Terör Finansı davaları içerisinde soruşturma/yargılama yetkisi var mı?

III. Terörizmin Finansmanının Engellenmesi

1. Kara para aklamaya karşı önleyici tedbirler (müşteri bilgileri, lisans veya kayıt, değerlendirme çalışması) terörizmin finansmanına karşı uygulanabiliyor mu?
 - a. Evet ise, kara para aklamaya karşı hukuki düzenleme uluslararası standartlara uygun mu?
 - b. Hayır ise, terörizmin finansmanına karşı önleyici tedbirler var mı?
 - c. Bu başvurular sadece bankalara mı, yoksa diğer finans kuruluşlarına, ticaret kuruluşlarına veya diğer kuruluşlara da yapılabilir mi?
2. Banka hukuku, terörizmin finansmanı ile ilgili bilgilerin paylaşılmasına izin veriyor mu?
3. Finansal kuruluşlara neyin şüpheli bir işlem oluşturduğunu anlatan bir uyarı ya da yönerge veriliyor mu?
4. Finansal kuruluşlar (veya çalışanları) hangi durumlarda ihmalkarlık veya dikkatsizlikten sorumlu (idari, medeni ve olası ceza hukuku açısından) oluyorlar?
5. Kara para aklamayı engellemek veya terör finansına karşı alınan önlemlerde özellikle hesapların değerlendirilmesine ve müşterinin sistemine (müşterilerin geçerli adresleri, kimlik kartları, müşterinin şahsi bilgilerinin korunması vb. konuları ile ilgili sorunlar var mı? Bu sorunların varlığı kara para aklamayı engelleme veya terör finansını engellemek için alınan önlemlerin uygulanmasını engelleyebilir mi?) bilerek mi başvuruluyor? Ülkede, kara para aklamayı engelleme veya terörizmin finansmanını engellemek amacıyla alınan tedbirler diğer kamu yararı gözetilen öncelikleri (örneğin; ekonomik gelişme, sağlık, çevre vb.) etkilediğine dair veya bunlardan etkilenildiğine dair tartışma yaşanıyor mu?
6. Bazı hükümetler terörizmin finansmanına karşı önleyici tedbirler uygulamada risk bazlı veya ilke bazlı yaklaşımları tartışmaktadırlar. Genel koşullarda, ilk bahsedilen, belirli kuralların başvurusunu ve kurula karşı tedbirleri içermelidir. Oysaki daha sonra gelen, bazı farklılıklara ve savunmasız olan alanların daha güçlü vurgu-

lanmasına izin vermektedir. Ülkede kanıta ya da riske dayalı başvuru ile ilgili görüşme veya tartışma yaşanıyor mu?

7. Kanıta dayalı başvuru ile ilgili güzel çalışmalar veya ilginç yarışmalar yapılıyor mu?
8. Az rastlanan para birimleri ile ilgili hukuki düzenlemeler var mı? Bunlar, hawala, hundi, fei chien, padala, vb.
9. Özel sektör ile resmi kurumlar (hangi resmi kurumlar) ne kadar yakın çalışıyorlar?
10. Hangi kapsamda ve hangi kurumlar aracılığı ile ülkeniz uluslararası işbirliğine dahil oluyor?

IV. Gelirlerin Dondurulması

1. Terör gelirlerinin dondurulması ve ele geçirilmesi ile ilgili ulusal kurallar nelerdir? Bunlar idari mi yoksa cezai mi?
2. Bu tedbirler ne türlü gelirleri kapsamaktadır (finansal, fonlar veya diğer varlıklar)?
3. Ülkenizde BM Güvenlik Konseyi'nin isim listeleri ile listede kalmasına lüzum kalmayan kişilerin isimlerinin listeden çıkarılmasıyla ilgili kararlarının uygulanmasına ilişkin ulusal süreci anlatınız.
4. Hangi yardım organizasyonlarının listede olduğu veya listeden çıkarıldığını içeren dosyalar var mı?
5. Ülkenizde faaliyet gösteren hayır kurumlarının etkilerini belirlemek/saptamak için herhangi bir girişimde bulunuldu mu?
6. Ne tür terörist gruplar veya organizasyonlar hedeflendiğine ve ne gerekçe ile olduğuna dair kayıt var mı?

V. Ceza Tedbirleri

1. Terörizmin finansmanı ülkeniz hukukunda, hangi bölümde, nasıl tanılanmaktadır?
2. Hukuk sisteminizde terörizmin finansmanı, ayrı bir suçlama mı yoksa terör suçu içinde mi yer almaktadır?
3. Korunmuş Yasal Faiz

4. Terörizmin finansmanı suçunun unsurları nelerdir?
 - 4.1. Maddi unsur / actus reus
 - 4.1.1. Subjektif. Bu suçu kim işleyebilir? Gerçek kişiler ceza hukuku uyarınca sorumlu olabilirler mi? Terör eylemlerinden suçlanan veya aranan bir kimsenin ailesinin yükümlülükleri, sorumlulukları ve hakları nelerdir?
 - 4.1.2. Açıkça Yapılan Hareketler: Terörist olduğu iddia edilen şahsa, bir terör eylemi için veya terör organizasyonu için kaynak sağlanması suç olarak kabul ediliyor mu? Maddi destek? Bu oluşuma dolaylı destekte bulunmak, örneğin seyahate yardım etmek gibi dahil midir? Suça konu hareketlerin geniş kapsamlı olarak değerlendirilmesi konusunda herhangi bir tartışma mevcut mudur?
 - 4.1.3. Konu: Kaynak, her türlü kaynak? Başka suçlar sayesinde oluşan kaynaklar da dahil kara para aklama ile ilgisi nedir? Bir terör saldırısı için kullanılmamış olsa dahi, terörü finanse etmek suç mudur?
 - 4.2. Manevi Unsur
 - 4.2.1. Maksat (Dolus). İhmalkarlıkla finans sağlanması cezalandırılır mı?
 - 4.2.2. Diğer subjektif unsurlar.
 - 4.3. Haklı neden/mazeret. Haklı neden veya mazeret için genel gerekçeler uygulanabilir mi? Haklı neden için özel bir gerekçe var mı?
5. Bu tür eylemler için ne tür cezalar düzenlenmiştir?
 - 5.1. Özgürlükten yoksunluk. Zamanı (eşit, daha kısa veya diğer terör suçlarından daha fazla?
 - 5.2. Herhangi bir güvenlik tedbiri uygulanmakta mı?
 - 5.3. Terörizmin finansmanına el konulması. Nihai uygulama, terörizm finansmanına el konulması.

5.4. Terör mağdurlarına tazminat ödenmesine dair bir düzenleme mevcut mu? Örneğin, el konulan malvarlığının (terörizmin finansmanı) terör mağdurlarına tazminat ödenmesi için kullanılacağına dair düzenleme var mı?

5.4.1. Diğer uygulanabilir, yaptırım, önlem ve sonuçlar.

B) Ceza Prosedürü

1. Terör davalarında temel insan haklarının kısıtlanması veya engellenmesi mümkün mü? Hangi koşullarda? Ülkenizde ne sıklıkla bu yaptırımlar uygulanıyor? Bu tedbirlerin geçerliliği konusunda herhangi bir çalışma yapıldı mı? Yerel hukuka mı uygun yoksa uluslararası standartlara mı olduğuna dair bir müzakere veya test yapıldı mı?
2. Delil hukuku: Lütfen, suçun varlığının nasıl kanıtlandığını açıklayınız.
3. Lütfen, de jure ve/veya de facto karar sürecinde, kimi hedef aldığı, şüphelilere nasıl suç isnadının yapıldığını diğer departmanların (kolluk kuvveti, istihbarat) bu süreçteki rolünün ne olduğunu belirtiniz. Ne tür ve ne kuvvette delil gerekmektedir veya aranmaktadır?
4. Terör suçları ile ilgili Birleşmiş Milletler Kararlarına (özellikle 1267 ve 1373 sayılı karar) dair şüpheli/sanık listeleri idare/yürütme talimatları ile mi yasal usullerle mi hazırlanıyor?
5. Bu aşamadaki idari inceleme ve işe alımlardaki kriterler ne kadar açık?
6. Malvarlıklarına ceza veya diğer hükümlere karar verilmeden önce ne kadar süre ile tedbir devam edebiliyor?
7. Tedbir konulan malvarlıkları savunma masrafları ve günlük masraflar için kullanılabilir mi?
8. Bireysel veya örgüt malvarlıklarına tedbir konulmuş ve fakat herhangi bir ceza veya benzeri bir hüküm verilmemiş ise daha sonra ne yapılmaktadır? Buna ilişkin itiraz hakkı var mı? Temyiz usulü? Listedenden birinin isminin silinmesi usulü?
9. Yardım kuruluşlarının varlıklarının dondurulması durumunda, bu varlıkların idari, medeni veya cezai bir süreç sonunda yasal fay-

dalanıcılarına iadesi mümkün müdür? Öyle ise yardım kuruluşları veya üçüncü taraflar böyle bir ödeme talep edebilirler mi?

10. Bu konularda ceza sürecindeki tedbirlere itirazlar nelerdir?
11. İtibarı zedelenmiş ve maddi olarak kayıp yaşamış suçsuz sanıkların zararının karşılanmasına dair hükümler var mı?

VI. Ceza Davalarında Uluslararası İşbirliği

1. Terörü finanse etme suçu ile alakalı karşılıklı hukuki yardımlar ve suçluların iadesi yapılıyor mu?
2. Belirlenen isimlerin kabul edilmesini talepte bulunulması yeterli midir yoksa karine-kanıt sunulması mı aranmaktadır?
3. Başka bir ülke veya uluslararası kuruluş tarafından bireylerin veya kurumların isimlerinin yurt içinde yayınlanan veya kolluk kuvvetleriyle ve hükümet dışı kuruluşlarla paylaşılan yurtiçi listelere dahil edilmelerine ilişkin usul nasıldır?
4. Terör dosyalarında, idare, ne hızda karşılıklı hukuksal yardım talepleri veya isim listesine göre davranmayı talep ediyor? Cevapların daha hızlı gönderilme olasılığı var mı? Hangi koşullarda?
5. Uluslararası işbirliği ve karşılık hukuki yardım açısından terörizmin finansmanında çifte suç nazariyesi nasıl uygulanmaktadır? Suç aynı adla mı tanımlanmalı yoksa benzer suç tanımının varlığı yeterli mi? MLA'in yaşanması için grup özellikle terör organizasyonu listesinde olmak zorunda mı?
6. Terör finans davalarında politik suç istisnası başvurusu (veya şimdiye hiç başvuru yapıldı mı) nasıl yapılıyor?
7. Terör finansı davalarında aut dedere, aut judicare ve ne bis in idem ilkelerine başvuruldu mu?
8. Uluslararası işbirliği ve karşılıklı hukuki yardımın teklif veya alınmasında ilginç çekişmeler ve sonuçlar var mı?
9. Uluslararası işbirliği ve karşılıklı hukuki yardım için bölgesel kuruluşlar var mı?

VI. Diğer Düşünceler

Türkiye'nin Ulusal Raporu

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği
1924'te kurulmuştur

XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009)

Gülşah Kurt Yücekul*/Güçlü Akyürek**

Bölüm III

Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı

I- Hukuk Reformu Çerçevesi: Önlemeye, Soruşturmaya ve Kovuşturmaya İlişkin Özel Tedbirler

1. Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (Anayasa)¹ uluslararası anlaşmalara ilişkin 90. maddesinin getirisini ve daha sonra özellikle yargı kararlarına atıf yapmak suretiyle bu maddenin uygulamasını incelemek gereklidir.

Anayasanın 90/5. maddesine göre; «Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.».

Bu maddede, usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası anlaşmaların Türk hukukundaki yeri belirlenmekte ve bunlar yasa gücünde kabul edilmektedir. Bunun yanında, doktrine ve çok sayıdaki yargı kararlarına göre, Anayasa, bu antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasını yasaklamak suretiyle, bunları kanunlar hiyerarşisinde yasaların da üzerinde bir yere yerleştirmektedir.

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

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

1. Bundan böyle «T.C. Anayasası» yerine «Anayasa» tabiri kullanılacaktır.

Uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girme usulü aynı maddenin birinci fıkrasında açıklanmaktadır. Buna göre; «Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.».

90. maddenin son cümlesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasında doğabilecek çatışmaları çözüme kavuşturmak amacını taşımaktadır. Bu cümle, 2004 yılında Anayasada yapılan bir değişiklik ile eklenmiştir, ancak bu daha önce içtihat tarafından ele alınmış ve çözülmüş bir sorundu. Bundan böyle bu içtihat normatif temele kavuşturulmuştur.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AIHS) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere insan haklarına ilişkin antlaşmalara, bildiri ve diğer başkaca uluslararası belgelere Anayasanın uygulanmasında destek ölçü norm olarak başvurduğu birçok karardan söz edilebilir. Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar kararlarında destek ölçü norm olarak kullandığı uluslararası belgeler arasında; AIHS, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Sözleşmeleri, Helsinki Bildirgesi, Paris Şartı, BM Çocuk Hakları Bildirgesi, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi sayılabilir².

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi genelde, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen “insan haklarına saygılı bir Devlet” ilkesine dayanmıştır. Mahkemenin, bu belgeleri tek başına bağımsız ölçü norm olarak kullanmamasının, genel olarak insan haklarına ve hukuk devletine yollama yapan söz konusu 2. maddenin varlığı ile açıklanabileceği belirtilmektedir³. İnsan Haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere ve bildirimlere aykırı bir yasa aynı zamanda 2. maddede belirtilen insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Bundan başka, uluslararası antlaşmaları destek ölçü norm olarak kullanmak bakımından yine Anayasa Mahkemesi ile aynı yönde hareket eden Yargıtay Danıştay Kararlarından da bahsetmek gereklidir.

-
2. YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Anayasanın 90. maddesine eklenen hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri”, Bülent Tanör Armağanı, Legal, İstanbul 2004, s. 791.
 3. YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m., s. 793.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, bazı karar gerekçelerinde ya da davaya ilişkin bir takım açıklamalarda uluslararası hukuk kurallarına genellikle destek ölçü norm olarak başvurulduğu, ancak iç hukuk kurallarının kararların asıl dayanağını teşkil ettiği görülmektedir. Bununla birlikte, son on yıl içinde Yargıtay'ın karar gerekçelerinde doğrudan uluslararası antlaşmalara yollama yapmak şeklinde bir eğilim içinde olduğu tespit edilmektedir. 1996/33 sayılı Kararında⁴, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, dil bilmeyen yabancı sanıktan yargılamada çevirmenlik ücreti alınmasını AİHS'nin 6/3-e maddesine aykırı bularak, sanığın duruşmada kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahip olduğunu aynı 6/3-e maddesine dayanarak kabul etmiştir. Bunun dışında, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 4422 sayılı Kanunda yer alan tanım yerine doğrudan Sınırötesi Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a maddesindeki "örgütlü suç grubu" tanımına yollama yaptığı 2003/1779 sayılı Kararın⁵ da bu eğilime bir örnek olarak belirtilebilir.

Bu konuda Danıştay'ın da çok sayıda kararından bahsedilebilir. Örneğin, Danıştay'ın uluslararası antlaşmaların niteliğini ve Türk hukukundaki yerini Anayasadan yola çıkarak ayrıntılı bir biçimde incelediği 1991/933 sayılı Kararı bu bakımdan çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. Danıştay, Anayasanın 90. maddesini yorumladığı bu kararda, AİHS'nin "self-executing" (doğrudan uygulanabilir olma) ve zorunlu niteliğine vurgu yaparak diğer uluslararası antlaşmalardan farklı olduğunu kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına da uygun olarak, insan haklarının artık bir iç hukuk sorunu olarak değerlendirilmeyeceğinin altını çizmiştir⁶:

"Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmündeki, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı karşısında, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikteki bir sözleşmenin, Anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile uygulamadan alıkonulamayacağı, kendisinden önce ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı (...) nedeniyle uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların

4. YCGK, E.1996/6-2, K.1996/33, YKD, C. 22, S. 4, s. 621.

5. Y8CD, E.2003/2495, K.2003/1779, T:2/6/2003, YKD, C. 30, S. 4, s. 634.

6. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m., s. 795 vd.

(...) iç hukuk yönünden üstünlüğü ilkesini belirtmiş olmaktadır... Anayasanın 90. maddesine göre, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslar arası sözleşmenin, yukarıda belirtilen bu niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması (...) bu sözleşmenin iç hukukta yasalar üstünde bir konumda olduğunu, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı bir nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır.”

Danıştay, bir başka kararında⁷ da Anayasanın suskun kaldığı kamu görevlilerinin sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakkıyla ilgili olarak, AİHS'nin 11. maddesine dayanmış ve bu hakkın kullanılmasını engelleyen genelgeyi iptal etmiştir.

Son olarak, Danıştay 1. Dairesinin insan haklarına ilişkin olmayan uluslararası sözleşmelerin de aynı şekilde iç hukuka üstün ve öncelikle uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirdiği 1991/100 sayılı tavsiye niteliğindeki kararını burada zikretmekte fayda vardır.

Böylece, T.C. Anayasasının 90. maddesine göre; «*self-executing*» niteliğe sahip, diğer bir ifadeyle, iç hukukta uygulanabilmesi için Devletin başka hiçbir işlemine gerek duyulmayan ve yasalar gibi iç hukuk düzeninde bireyler üzerinde doğrudan sonuç doğuran açık ve ayrıntılı hükümler içeren uluslararası sözleşmeler, yürütme ve yargı organları tarafından doğrudan uygulanabilirler. Bu nitelikteki sözleşmeler hükümleriyle bireylere doğrudan bir takım haklar sağlanıyorsa, bireyler tarafından ilgili yargı organları önünde ileri sürülebilecektir.

Aynı soruyu, Cenevre Sözleşmeleriyle ilgili cevaplamak gerekirse, bunların gerek yürütme organları gerekse yargı organları tarafından uygulanması bakımından belirli bir örnek tespit edilememektedir.

Esasında, «*self-executing*» niteliğe sahip sözleşmelerin bireyler üzerinde yasalar gibi doğrudan sonuç doğurduğunu, ancak bununla birlikte çatışma halinde yasalara üstün sayıldığını belirtirken bu soruya kısmen cevap vermiş bulunuyoruz. Bunun yanında, aynı 90. maddeden yola çıkarak, ayrı başlıklar altında incelenebilecek iki sınır daha tespit edilebilmektedir. İlkinin, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin neleri kapsadığının belirlenmesi, diğerini ise uluslar arası sözleşme ve Anayasa arasında çatışma olması hali teşkil etmektedir.

7. Danıştay 10.D., E.1991/1262, K.1992/3911, T. 10/11/1992, DKD, S. 87, s. 529.

Bugün, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin hangileri olduğu konusunda bir tartışma söz konusudur. Anayasa bu konuda suskun kalmaktadır. TBMM'de 5170 sayılı Kanunun kabulü sırasında, 90. maddeyi daha açık ve anlaşılır hale getirmek amacıyla bir formül önerilmiş, ancak kabul edilmemiştir⁸. Bu öneri, Anayasanın 90. maddesine insan haklarına ilişkin sözleşmelerin, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ya da Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gibi bunların kaynağına, kabul eden ya da hazırlayan organa göre belirlenmesine imkan tanımaktaydı. Mevcut düzenlemeyle, bu sorunun çözümü yargı organlarına bırakılmış durumdadır.

Son olarak, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme ve Anayasa arasında bir çatışma olması durumunda, sözleşmenin uygulanabilirliğini incelemek gereklidir. Türk anayasal sisteminde, uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasaya aykırılık iddiasına başvurulmasının kabul edilmediğini yukarıda belirtmiştik. Anayasa ve sözleşme arasında bir çatışmanın bulunduğu tespitine imkan veren tek hal, bir yasanın Anayasaya aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi sırasında ortaya çıkabilecektir⁹. Bu durumda, yasa, Anayasa ile uyumludur ancak uluslararası sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu halde, Mahkeme, öncelikle uluslararası belgeyi Anayasaya uygun şekilde yorumlamaya çalışmalıdır. Ancak, ikisi arasındaki çatışma bu tür bir yoruma imkan vermeyecek ölçüde açık ise, Mahkeme, iki şekilde hareket edebilecektir: sözleşmeyi görmezden gelerek Anayasayı uygulayacak ya da bunun tersini yapacaktır. 90. madde böyle bir çatışma hali için hiçbir çözüm öngörmemektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) 1998'de vermiş olduğu bir karar haricinde bu tür bir çatışmanın örneğine şimdiye dek hiç rastlanmamıştır. Anayasa ve Sözleşme arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, Anayasanın görmezden gelinmesinin mümkün olmadığını belirten AYİM, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin, hiçbir işlemin ayırık tutulmasına olanak tanımaksızın yargı denetimini mümkün ve zorunlu kıldığı ve bu sözleşme hükmünün doğrudan uygulanması yoluyla Yüksek Askeri Şura kararlarının da denetlenmesi istenmektedir (...) Usulüne göre yayınlanıp yürürlüğe konulmuş

8. TBMM Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem, 2.Yasama Yılı, 86. Birleşim, 7.05.2004.

9. 90. madde hükmü karşısında, Türk hukuk düzeninde normlar çatışmasına ilişkin ihtimaller ve çözüm biçimleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m., s. 797 vd.

milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle, çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bu andlaşma hükmü ayrıca Anayasa hükmü yerine uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. Bu nedenle, Anayasanın 125. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hukuki denetim yasağı böylesi bir yaklaşımla da aşılamaz” demek suretiyle ilk çözüm biçimini benimsemiş ve Sözleşmeyi ihmal ederek Anayasayı uygulama yoluna gitmiştir.

Anayasanın 90. maddesine göre türk hukukunda, ulusal hukuk uluslararası hukuk arasındaki ilişkide monist sistem egemendir. Bu sistemde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin iç hukukta uygulanması için başka hiçbir ek işleme gerek duymamaktadır. Böylece, uluslararası hukuk ve iç hukuk aynı hukuk düzeninin parçalarını teşkil etmektedir. Bu durumda, bu sözleşmelerin hükümleri yasama, yürütme ve yargı organları tarafından doğrudan uygulanabilmenin yanında, aynı zamanda bütün bireyler tarafından ulusal yargı organları önünde ileri sürülebilmektedir. Bununla birlikte, yalnızca doğrudan uygulanabilir niteliğe sahip olan, diğer bir ifadeyle somut bir olay karşısında yeterince açık ve kesin hükümler içeren ve ulusal makamların başkaca hiçbir ek işlemine gerek duymadan uygulanabilen sözleşmeler bakımından bu imkanın mevcut olduğunun bir kez daha altını çizmekte fayda vardır. Bu tür sözleşmeleri ifade etmek için yukarıda «*self-executing*» ifadesini kullanmıştık.

2. Son yıllarda, özellikle Türkiye Cumhuriyeti'nin katılımına ilişkin Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen Katılım Ortaklığı Belgesinin¹⁰ onaylanmasından sonra Türk hukukunu Avrupa Birliği mevzuatına yakınlaştırmak için bir dizi reform gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, Türk Anayasasının 32 maddesinin değiştirilmesini, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin (DGM) kaldırılmasını, Türk Ceza Kanunu (TCK), Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK) reformlarını sayabiliriz. Bundan başka, Terör-

10. Avrupa Birliği Konseyinin 2001/235/AT (OJ L 85, 24.3.2001 nolu kararı, s. 13)

le Mücadele Kanununda ve CMK'nun 250. maddesinde sayılan bazı suçların¹¹ işlenmesinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyonun denetlenmesine imkan vermek amacıyla bazı kanunlarda¹² yapılan değişiklikler gibi Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye adaylığı ile ilgili olmayan birçok başka reformdan da söz etmek mümkündür.

2001 yılında Anayasada değişiklik yapan 4709¹³ sayılı Kanunla, temel haklar ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Avrupa standartlarına uygun hale getirilmiştir. Bu çerçevede, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (yakalama ve tutuklama tedbirlerinin koşulları, gözaltı süresi), özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı (özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanma koşulları, konut dokunulmazlığı hakkı, haberleşme hürriyeti), ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin hükümler değişikliğe uğramıştır. Ayrıca, savaş, yakın savaş tehlikesi ve terör eylemleri dışında ölüm ceza kaldırılmıştır. Bu değişiklikten üç yıl sonra da ölüm cezası hiçbir istisna bırakılmaksızın kaldırılmıştır¹⁴.

DGM'lerle ilgili değişikliklere bakıldığında; aşama aşama gerçekleştirilmiş bir reform gözlemlenmektedir: ilk olarak DGM'lerin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunda yapılan değişikliklerle, Mahkemenin oluşumunun yeniden düzenlendiği ve üyeler arasından asker hakimin çıkarıldığı görülmektedir. Bu düzenleme, AİHM'nin adil yargılanma hakkıyla ilgili içtihadının bir sonucu olarak gerçekleştirilmiştir. Bunu, Anayasanın değiştirilmesiyle söz konusu Mahkemelerin tamamen kaldırılması şeklindeki reform izlemiştir. Son olarak da, DGM'lerin yerine CMK'da düzenlenen bir hükümlerle Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin getirilmesinden bahsedilmelidir (CMK, 250, 251 ve 252. maddeler).

Bunun yanında ayrıca, eski TCK'nın göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının eklenmesi amacıyla değiştirilmesi de belirtilmelidir (Yeni TCK md. 79 ve 80). 2006 yılında TCK'nın insan ticaretiyle ilgili 80. maddesine «fuhuş yaptırmak amacıyla» şeklindeki ibarenin insan ticareti

-
11. CMK'nın 250. maddesinde yazılı suçlar; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, haksız ekonomik çıkar amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit kullanılarak işlenen suçlar ve Devletin güvenliğine karşı bazı suçlardır.
 12. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.
 13. 24556 sayılı ve 17.10.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4709 sayılı ve 3.10.2001 tarihli yasa.
 14. 25469 sayılı ve 22.5.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5170 sayılı ve 7.4.2004 tarihli yasa.

suçunda hedeflenen sömürü biçimleri arasında eklenmesiyle, söz konusu suçun alanı daha da genişletilmiştir.

Eski TCK'nın 312. maddesindeki «halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama» suçunun tanımı, çok muğlak olması ve ifade özgürlüğünü sınırlayıcı bir etkisinin olması nedeniyle yeniden düzenlenmiş ve suçun kurucu unsurlarında, soyut tehlike suçunu somut tehlike suçu haline getirmek amacıyla değişikliğe gidilmiştir¹⁵ (Yeni TCK md. 216).

2004 yılında TCK reformu gerçekleştirilmiş ve yeni Kanun 2005 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁶. Yeni TCK ile ulusal / küresel güvenlik ve kamu güvenliği konularında getirilen en önemli yenilikler şu şekilde belirtilebilir:

- silahlı örgüt (silahlı örgüt kurma suçunu düzenleyen 314. madde-deki atıfla) ve çıkar amaçlı örgüt kurma dahil üzere suç işlemek amacıyla örgüt kurma fiillerinin tamamının tek bir madde ile düzenlenmesi (TCK md. 220)¹⁷,
- bir suçtan elde edilen gelirlerin aklanması suçunun TCK'da açıkça bir madde ile düzenlenmesi (md. 282)¹⁸,
- Temel milli yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama-nın suç haline getirilmesi.

Ayrıca, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bakımından, örgütün yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı cezalandırılmasına ve örgüt üyesi olmayan, ancak örgüt adına suç işleyen kişilerin de örgüte üye olma suçundan dolayı cezalandırılacaklarına ilişkin düzenlemeler bulunduğunu belirtmekte fayda vardır.

-
15. TCK madde 216/1'e göre; «Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır».
 16. 25611 sayılı ve 12.10.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5237 sayılı ve 26.9.2004 tarihli yasa.
 17. «Mafya tipi örgüt» olarak adlandırdığımız çıkar amaçlı suç örgütleriyle ilgili özel bir yasa bulunmaktaydı, ancak bu yasa 5320 sayılı ve 23.03.2005 tarihli Ceza Muhakemesinin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan böyle, amacı ne olursa olsun her türlü suç işlemek amacıyla örgüt kurma fiili aynı maddeye göre cezalandırılmaktadır.
 18. Daha önce Türk hukukunda kara para aklama suçuna ilişkin özel bir yasa mevcuttu. Bu yasa yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle bu yasada esaslı değişiklikler yapılmıştır.

Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden birkaç ay sonra, Devletin güvenliğine karşı suçlar bölümünde yer alan bir başka maddede yapılan değişiklikten de söz etmek gereklidir (md. 302). Bu değişiklikte, yapılan konuşmaları ve düşünce açıklamalarını suç olmaktan çıkarmak ve ifade özgürlüğü alanını genişletmek amacıyla «Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma» suçunu teşkil eden fiillerin tanımı daha kesin bir hale getirilmiştir.

Bundan başka, eski CMUK'nda 2003 yılında yapılan bir değişiklik¹⁹ ceza mahkemeleri tarafından verilen kesinleşmiş kararlar bakımından yeniden yargılama yolunu açan yeni bir neden Kanuna eklenmiştir. Bu değişiklikte, kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararının AİHS'nin ya da eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması nedeniyle bu karar hakkında yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunmak mümkün hale getirilmiştir (Yeni CMK, md. 311).

CMK reformuyla, türk hukukuna uzlaşma (md. 253-255), adli kontrol (md. 109) gibi yeni müesseseler, bazı suçlar bakımından uygulanacak özel yargılama tedbirleri (telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (md. 135-137), gizli soruşturmacı (md. 139), teknik araçlarla izleme (md. 140), taşınmazlara, haklara ve alacaklara el konulması (md. 128), avukatın bürosunda arama ve elkoyma (md. 130), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (md. 134) girmiştir. Yeni Kanunda gıyabi tutuklama kaldırılmıştır. Bununla birlikte, gıyabi tutuklamanın, kaçak halindeki şüpheliler, sanıklar ve hükümlüler hakkında uygulanan ve gıyabi tutuklama ile aynı sonuçları doğuran «yakalama emri» adıyla başka bir tedbirle yer değiştirdiği tespit edilmektedir (md. 98).

Terörle Mücadele Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi en önemli reformlardan birini teşkil etmektedir, çünkü kanunun içeriğinde çok kapsamlı değişikliklere gidilmiştir. Bu çerçevede, terör suçu, terör amacıyla işlenen suçlar, kanunda öngörülen bazı suçların tanımları, sanığın savunma hakkına ilişkin kurallar, tutuklamanın süresi ve koşulları da dahil olmak üzere yargılama önlemleri gibi pek çok konuda değişiklik yapılmıştır.

19. Eski CMUK'nın 327. maddesi, 4793 sayılı ve 23.1.2003 tarihli yasanın 3. maddesiyle değiştirilmiştir (25014 sayılı ve 4.2.2003 tarihli Resmi Gazete).

Son olarak, Tanıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi Türk ceza adaleti sisteminde gerçekleştirilen önemli bir reform olarak belirtilmelidir. CMK'da tanıkların korunmasına ilişkin kurallara tek bir maddeye sıkıştırılmıştı. 5276 sayılı Kanunun Aralık 2007'de yürürlüğe girmesiyle, Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili tavsiye kararlarına uygun olarak tanıkların korunmasına ilişkin çok sayıda tedbir Türk hukukuna girmiştir.

CMK reformu yürürlükteki olağan ceza yargılaması hukukunu kısmi olarak değiştirmiştir. CMK'nın yürürlüğe girmesiyle, Türk ceza muhakemesi hukukunda yeni yargılama tedbirleri uygulanmaya başlamıştır. Ayrıca, mahkemelere Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan iddianameyi reddetme imkanı tanınmıştır. Yeni sistemde kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi gibi hürriyeti bağlayıcı cezaya ve adli para cezasına yeni seçenekler öngörülmüştür. Bununla birlikte, söz konusu seçenekler, adli para cezası ile cezalandırılan nispeten hafif bazı suçlar ile bir yıl veya daha az hapis cezasının öngörüldüğü diğer suçlar bakımından uygulanabilmektedir.

Bundan başka, özel yetkili ağır ceza mahkemeleri tarafından uygulanan usulün, özellikle sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve tutuklama süresi gibi bazı noktalarda olağan yargılama usulünden farklılıklar taşıdığı için altını çizmekte fayda vardır. Ancak özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde de olağan yargılama sistemi uygulanmaya devam ettiğinden, bu farklılıklar nedeniyle, özel tedbirlerin uygulandığı alternatif bir usulden bahsedilmesi mümkün değildir.

Bu yasal reformlar (savaş hali dahil) olağanüstü hale ilişkin anayasa hükümlerinin uygulanması ile ilgili değildir.

Anayasa madde 90 değişikliği bakımından, yukarıda birinci soruya cevap verirken de belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay içtihatları önemli bir rol oynamıştır.

Bunun yanında, eski TCK'nın 312. maddesine ilişkin ceza mahkemesi kararları toplumda ciddi tartışmalara yol açmış ve ifade özgürlüğünü ihlal ettikleri gerekçesiyle ağır eleştirilere uğramıştır.

Son olarak, DGM'lerden askeri üyenin çıkarılması ve daha sonra bu mahkemelerin tamamen kaldırılması gibi reformlar, AIHM'nin adil yargılama hakkı konusundaki içtihadının etkisiyle gerçekleşmiştir.

Yukarıda belirtilen reformların neredeyse tamamı gerek yasa tasarısı halindeyken, gerek TBMM tarafından kabulleri sırasında gerekse yürürlüğe girdikten sonra siyasi ve toplumsal tartışmaları da beraberinde getirmişlerdir.

II- Cezai Usuller ve Özel Tedbirler Hakkında Genel Sorular

3. Anayasa madde 38'de ve TCK madde 2'de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi. Bu ilkenin aynı zamanda güvenlik tedbirleri için de uygulanacağı, hem Anayasada (md. 38/3) hem de TCK'da (md. 2) öngörülmüştür.

- Ceza sorumluluğunun şahsiliği ya da «herkesin ancak kendi fiilinden dolayı cezalandırılması» Anayasada (md. 38) düzenlenmiştir.
- Kanunen tabi olunan ve suçun işlenmesinden önce kurulan mahkeme tarafından yargılanma hakkı Anayasada öngörülmüştür (md. 37).
- Kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı Anayasada şu şekilde düzenlenmiştir (md. 38/5): «Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Sanığın susma hakkı da Anayasanın bu hükmünden doğmaktadır. Ayrıca, CMK'da sanığın susma hakkını açıkça düzenleyen bir madde bulunmaktadır (md. 147/1-e).
- Masumiyet karinesi Anayasada açıkça düzenlenmiştir (md. 38/4). Bunun yanında, «şüpheden sanık yararlanır» ilkesi de aynı hükmün sonucu olarak ortaya çıkmaktadır ve CMK'nda da öngörülmektedir (art. 223/1-e).
- Non bis in idem ilkesi, CMK'da düzenlenmiştir (md. 223/7).
- Adil yargılanma hakkı Anayasada açıkça hüküm altına alınmış (md. 36/1) ve makul sürede yargılanma hakkı (Anayasa md. 141/4, CMK md. 190), duruşmaların kamuya açık olması (Anayasa md. 141/1 ve CMK md. 182/1) gibi bu ilkenin sonucu olan haklar hem Anayasada hem de CMK'da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.
- Delillerin serbestliğine ilişkin kural da CMK'da düzenlenmiştir (md. 217/2).

4. Masuniyet karinesi, hükmün açıklanma aşamasında açıkça öngörülmüştür. CMK 223/1-e maddesine göre; yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde beraat kararı verilir. Bundan başka, soruşturma ve özellikle kovuşturma aşamasında bu prensibin uygulanmasını güvence altına almak amacıyla CMK'da birçok hüküm yer almaktadır. Cumhuriyet Savcısının yalnızca sanığın aleyhine değil, aynı zamanda lehine olan delilleri de araştırmakla yükümlü olması (CMK, md. 160/2) ya da CMK'nın 217/2. maddesinde düzenlenen ve yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesine imkan veren düzenleme bunlara örnek olarak belirtilebilir.

Şüpheli ya da sanık hem soruşturma hem de yargılama aşamasında susma hakkından yararlanır (CMK md.147/1-e). Ayrıca, CMK madde 90'da yakalama anında sanığa haklarını bildirme yükümlülüğü getirilmektedir.

Kendisini ve kanunda belirtilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkının (Anayasa md. 38/5) CMK'daki yansıması bakımından 45 ve 48 maddelerde öngörülen tanıklıktan çekinme hakkı belirtilebilir. Bu kurallar, yargılama aşamasında özellikle duruşmada uygulanmaktadır²⁰.

5. Bu konu Anayasada yalnızca tek bir maddede düzenlenmiştir. Anayasa madde 16'ya göre; «Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir».

Bundan başka, Terörle Mücadele Kanununda yazılı suçlar nedeniyle yargılanan kişiler ile diğer suçlardan yargılanan kişiler arasında bir takım farkların olduğu görülmektedir. Birinci grupta yer alanlar, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanmakta ve CMK'da soruşturma aşamasına ve yargılamanın işleyişine hakim olan genel kurallar kural olarak bu sanıklara da uygulanmakta, ancak bazı istisnalara yer verildiği görülmektedir. Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesinin birinci fı-

20. 45. madde, şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, birinci fıkranın c- , d- ve e-bentlerinde sınırlı olarak sayılan yakınları gibi belirli kişilere bu hakkı tanımaktadır. Diğer madde, tanığın, kendisi ve 45. maddede sayılan yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme hakkını düzenlemektedir. Tanığın kendisini veya belirtilen yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorular bakımından bu haktan faydalanma olanağı bulunmaktadır.

rasına göre²¹; sanığın yakalandığının ya da gözaltına alındığının yakınlarına bildirilmesi yönündeki hakkı Cumhuriyet Savcısının emriyle sınırlandırılmakta, sanık bu aşamada bir müdafinin yardımından faydalanabilmekte ve sanığın gözaltı süresince müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısının emri üzerine yirmidört saat süre ile sınırlandırılmaktadır (a- ve b- bentleri). Yasada, bu süre boyunca sanığın ifadesinin alınması da yasaklanmaktadır. Soruşturma aşamasında sanığın ifadesi alınırken yalnızca bir müdafinin bulunmasına müsaade edilmekte (c- bendi) ve müdafinin dosyayı inceleyerek belgelerin örneklerini alabilme hakkı, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine hakim kararı ile sınırlandırılmaktadır. (d- bendi). Ayrıca, müdafinin, terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısının istemi ve hakim kararıyla savunmaya ilişkin belgelerin, raporların ve sanık ile müdafii arasındaki haberleşmelerin gizliliği kuralı askıya alınabilmektedir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilmektedir. Burada, ayrıca, bu Kanundaki suçlar bakımından tutuklama süresinin iki katı olarak uygulandığının altı çizilmelidir.

6. Anayasanın 15. maddesine göre; “savaş, seferberlik, sıkıyönetim ya da olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir” (birinci fıkra).

Anayasa madde 122 sıkıyönetim ilan edilebilecek halleri, Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması olarak öngörmektedir. Sıkıyönetim süresi altı ayı geçemez. Ancak, TBMM, bu süreyi her defasında dört ayı geçmeyecek şekilde uzatma yetkisine sahiptir (md. 122/1).

21. TMK madde 10, 5532 sayılı ve 29.06.2006 tarihli yasanın 9. maddesiyle değiştirilmiştir. (26232 sayılı ve 18.07.2006 tarihli Resmi Gazete).

Olağanüstü hal ilanı ise, Anayasa madde 119'a göre; tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde mümkündür. (birinci fıkra). Anayasanın 120. maddesiyle, bunlara Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri eklenmektedir. Olağanüstü hal ilanı süresi altı ay ile sınırlanmıştır, ancak TBMM, bu süreyi her defasında dört ayı geçmeyecek şekilde uzatabilir (birinci fıkra).

Anayasanın 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre; savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan edilen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Olağanüstü hal ilanı yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir. Şiddet olaylarından kaynaklanan olağanüstü hal ilanı bakımından Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Konseyi'nin görüşünü almalıdır. Bu karar, derhal Resmi Gazete'de yayımlanır ve TBMM'nin onayına sunulur. TBMM, olağanüstü hal ilanını kaldırabilir ya da süresini değiştirebilir (md. 121/1). Anayasanın 119. maddesi uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda²² düzenlenir. (md. 121/2).

Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde, sıkıyönetim ilan edebilir. Bu karar, derhal Resmi Gazete'de yayımlanır ve TBMM'nin onayına sunulur. TBMM, gerekli görürse, sıkıyönetim ilanını kaldırabilir ya da süresini değiştirebilir (md.122/1).

22. 2935 sayılı ve 25.10.1983 tarihli yasa (18204 sayılı ve 27.10.1983 tarihli).

Sıkıyönetim ve olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bankalar Kurulu sıkıyönetim halinin ya da olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarabilir (md. 122/2 ve 121/3).

122. maddenin dördüncü fıkrasında ve yukarıda belirtilen 121. maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi; sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağını ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağını veya durdurulacağını ve savaş veya savaş gerektiren bir durumun baş göstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülüklerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Sıkıyönetim halinde özgürlüklerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağına ilişkin hükümler 13.5.1971 tarihli ve 1402 sayılı yasada²³ düzenlenmiştir. Bu yasanın 2. maddesine göre; Sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetlerine ait görev ve yetkiler Sıkıyönetim Komutanlığına geçer. Zabıta kuvvetleri bütün teşkilatı ile Sıkıyönetim Komutanının emrine girer.

Temel hakların kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulması, bu Kanunla kendisine verilen görev ve yetkilerden dolayı Genelkurmay Başkanına karşı sorumlu olan Sıkıyönetim Komutanının yetkisi dahilindedir. Askeri hizmetlerin yürütülmesinden dolayı bağlı bulunduğu genel hükümler uygulanır (1402 s. Kanun, md. 6).

Sıkıyönetim askeri mahkemesinin kararlarına karşı kanun yolu mevcuttur. Aynı bölge içinde birden fazla Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi bulunursa bu mahkemelerden birinin verdiği ve itiraz olunabilir kararlarının inceleme mercii, kararı veren Sıkıyönetim Askeri Mahkemesine en yakın Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi; aynı bölge içinde birden fazla Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi yoksa en yakın askeri mahkemedir (md. 19).

Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez (ek madde 3).

Olağanüstü hal ilanında, yetki, il valisine ya da olağanüstü hal bölge valisine aittir²⁴.

23. 13837 sayılı ve 15.5.1971 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

24. 2935 sayılı yasanın 14. maddesine göre; bir ilde olağanüstü hal ilan edilmişse o ilin valisi yetkilidir. Olağanüstü hal birden fazla ili kapsamaktaysa, yetki olağanüstü hal bölge valisindedir.

Sıkıyönetim halinde, olağan usul kuralları yerine, askeri yargılama kanunu hükümleri gibi olağanüstü usuller uygulanmaktadır. 1402 sayılı yasanın 11. maddesine göre; sıkıyönetim bölgelerinde, 353 sayılı Kanuna²⁵ göre Milli Savunma Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde yeteri kadar askeri mahkeme kurulur. Bunlar buldukları yerin Sıkıyönetim askeri mahkemesi olarak adlandırılır. Bu mahkemeler, sıkıyönetim ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar bakımından yetkilidir (1402 sayılı yasa, md. 13). Bu mahkemeler kuruluncaya kadar, yetkileri dâhilindeki davalar askeri mahkemelerde görülür.

Olağanüstü haller bakımından ise, olağan yargılama kuralları uygulanmaya devam eder. 2935 sayılı yasanın 24. maddesine göre; olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, özel görevli ağır ceza mahkemeleri ile askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar dışındaki davalara adli yargıda bakılır.

7. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda (PVSK), 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununda ve 2927 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda, CMK'nın 250. maddesinde yazılı örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve Devletin güvenliğine karşı bazı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme yapmak imkanı öngörülmektedir. 2559 sayılı yasanın ek 7. maddesi, 2937 sayılı yasanın ek 6. maddesi ve 2803 sayılı yasanın ek 5. maddesine göre; bu tedbirler ancak, CMK madde 250'de yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla uygulanabilir ve tedbirin uygulanmasından itibaren on gün içinde elde edilen kayıtlar ortadan kaldırılır. Bu nedenle, bu şekilde elde edilen bilgiler, yargılamanın herhangi bir aşamasında kullanılmazlar.

25. 25.10.1963 tarihli Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (11541 sayılı ve 26.10.1963 tarihli Resmi Gazete).

III - Önleyici Uygulama

8. PVSK'da 2007 yılında yapılan değişikliklerle kolluğa; suç veya kabahat işlenmesini önlemek veya kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü, malvarlığı bakımından, topluma yönelik mevcut ya da muhtemel bir tehlikeyi önlemek veya hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek amacıyla kimlik kontrolü yapma yetkisi tanınmıştır. İlk ve son amaçlar, yasanın değişiklikten önceki halinde de mevcuttu. Polis, ilgili kişilere soru sorabilir ve Cumhuriyet savcısının emri ile kimliklerini kanıtlayamayanları gözaltına alabilir. Ayrıca, kişinin bir silah veya tehlikeli oluşturan bir eşya taşıdığına dair “yeterli şüphe” olması halinde, kolluk gerekli önlemleri alır. Gerekli önlemlerin içeriği tartışmalıdır (arama?).

Ek olarak, polis ve jandarmanın, 2005 yılından bu yana, yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 250.maddesinde sayılan suçların işlenmesini engellemek için telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilmekte, dinleyebilmekte, kaydedebilmekte ve sinyal bilgilerini değerlendirebilmektedir²⁶. Benzer şekilde Milli İstihbarat Teşkilatı Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, aynı yetkiye sahiptir²⁷. Bu tedbir yargıç kararıyla uygulanır, aksi halde 48 saat içinde yine yargıç tarafından onaylanmalıdır.

2007 yılında, 2002 yılında PVSK'nın yeni 9.maddesi ile Türk Hukukuna giren “önleme araması” kavramı ciddi şekilde değişmiştir. Kolluk bu tedbire, yargıç kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise vali veya kaymakamın yazılı emri ile tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurabilir. Yeni düzenleme, anayasal bir zorunluluk olan yargıç onayından ise söz etmemektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin, yargıç kararını veya sonrasındaki onayı zorunlu kılan Anayasa'nın 20, 21 ve 22.maddelerine istisna getirmeyi reddeden yeni tarihli bir kararının²⁸ ışığında, bu eksikliğin idari makamın arama emrinin yetkili yar-

26. Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu Ek madde 7, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Ek madde 5.

27. 2937 sayılı kanun m.6

28. AYM 22.2.2006 E.2003/29 K.2006/24.

gıç tarafından onaylanması gerekliliğini ortadan kaldırmadığı açıktır. Aynı eksiklik ve aynı tartışma yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen “adli arama” için de mevcuttur. Öte yandan önleme araması yapılabilecek yerler, sınırlı sayıda sayılmıştır ve konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan işyerlerinde bu tedbire başvurulması yasaklanmıştır.

Polisin dışında başka kamu görevlileri de benzer yetkilere sahiptir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9.maddesine göre, kaçakçılıktan şüphelenen görevliler, kural olarak yargıç kararını zorunlu kılan Ceza Muhakemesi Kanuna göre arama yapabilirler, el koyabilirler.

Öte yandan vergi idaresi memurları, verginin ödenmesini sağlamak ve denetlemek amacıyla mükelleflerin belgelerini incelemeye veya bu belgelerin kendilerine verilmesini istemeye yetkilidirler (Vergi Usul Kanunu m134 vd.). Ayrıca yargıç kararı ile arama yapabilirler ve incelenecek belgelere el koyabilirler (m.142 vd.). İnceleme süresi 3 ayı geçmez. Ek olarak, mükellefler bu makamların istedikleri bilgileri vermek zorundadırlar (m.148). Bu kurala uyulmamasının yaptırımını 320 lira ve 1490 lira arasında para cezasıdır (Mük. m.355).

Son olarak Sermaye Piyasası Kanunu bir inceleme usulü öngörmektedir. Buna göre Sermaye Piyasası Kurulu, ilgili kişilerin belgelerini inceleyebilir, örnek alabilir, bilgi isteyebilir ve hesaplarını denetleyebilir. İstenen belgelerin sunulmaması halinde, görevliler yargıç kararı ile arama yapabilirler ve incelemek için belgelere el koyabilirler. İnceleme 3 ayda bitmek zorundadır (m.45). Bu kurala aykırılık 1250 güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır (m.47). Para cezasının ödenmemesi halinde, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 106.maddesine göre 3 yılı geçmeyecek şekilde hapis cezasına çevrilir.

9. Türkiye, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi kesin olarak yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olarak, anayasal düzeyde kişi dokunulmazlığını korumaktadır (m.17) ve açıkça bu tekniklerin kullanılmasına izin vermemektedir (m.17/3). Öte yandan yeni Ceza Muhakemesi Kanunu da tıpkı önceki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gibi ifade-sorgu sırasında bu tip uygulamaları yasaklamaktadır (m.148). Ayrıca yeni Ceza Kanununun 94.maddesine göre bunlar, cezası 3 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası olan bir suç oluşturmaktadır.

10. Türk Hukukunda, yakalanan şüpheli Cumhuriyet savcısının emri ile gözaltına alınır ve en fazla 12 saatlik yol süresi hariç gözaltı süresi 24 saati geçemez. Ancak bu süre, şüphelilerin çokluğu veya delillerin toplanmasındaki güçlük nedeniyle yine Cumhuriyet savcısının emri ile 24 saatlik süreler halinde en fazla üç defa uzatılabilir. Şüpheli, bu sürenin sonunda ya serbest bırakılır ya da tutuklanması istemiyle yetkili sulh ceza yargıcının önüne çıkarılır. Buna karşın bazı suçlar için özel bir usul bulunmaktadır. 250 ve devamı maddeleri, sayılan suçlar açısından, gözaltı süresini 48 saat belirlemiştir ve olağanüstü hallerde şüphelilerin çokluğu veya delillerin toplanmasındaki güçlük nedeniyle bu süre 7 güne kadar çıkabilecektir. Son olarak, Terörle Mücadele Kanununda yakın zamanda yapılan değişikliğe değinmek gerekmektedir. Gözaltı süresi 48 saattir ve ilk 24 saatte şüphelinin avukatı ile görüşmesi engellenebilecektir ancak bu sırada şüphelinin ifadesi alınamayacaktır. Sadece bir avukat ifade alınırken hazır bulunabilir. Ayrıca telefon görüşmelerinin tespiti ve dinlenmesi tedbirleri, örgüte üye olma suçu için de uygulanabilecektir.

IV - Yargılama Öncesiyle İlgili Düzenlemeler

11. 1 Haziran 2005 tarihli yeni CMK, beden muayenesi ve genetik inceleme (md. 75 vd.), parmak izi ve fotoğraf (md. 81), adli kontrol (md. 109), taşınmazlara el konulması (md. 128), bilgisayarda arama ve elkoyma (md. 134), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi (md. 135 vd.), gizli soruşturmacı (md. 139) ve teknik araçlarla izleme gibi yeni soruşturma ve zorlama tedbirleri getirmiştir. Bunun yanında, arama ve elkoyma (md. 116 vd.), yakalama ve tutuklama (md. 90 vd.) tedbirleri de yasada yer almaktadır.

Yasada bu tedbirlerin her birinin uygulanması için özel koşullar belirlenmiştir, ancak kural olarak hakim kararı ile uygulanmaktadırlar. Buna karşılık, «gecikmesinde sakınca bulunan hallerde» ilgili tedbir, Cumhuriyet Savcısının, Anayasada öngörülen sürede görevli ve yetkili mahkemenin onayına sunulacak yazılı emriyle uygulanmaktadır. Hem Anayasada hem de yasada ifadesini bulan «gecikmesinde sakınca bulunan» tabiri, yönetmeliklerde²⁹, «derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya

29. 1 Haziran 2005 tarihli Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği madde 4; 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği madde 4.

kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli” olarak tanımlanmaktadır. Eski CMUK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu ifadeyi “zaman kaybının aramayı dahi imkansız hale getirdiği hal” olarak tanımlamıştır³⁰.

Hakim onayının arandığı haller bakımından istisnalar bulunmaktadır. Örneğin gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakim onayının gerekli olmadığı görülmektedir. Avukatın bürosunda arama, ancak bir hakim ya da mahkeme kararıyla mümkündür ve Cumhuriyet Savcısının denetimi altında gerçekleştirilir. Ayrıca, temel haklara ağır sınırlama getiren iki tedbir olan tutuklama ve adli kontrol tedbirlerine ancak yetkili ve görevli hakim tarafından karar verilebileceğini de eklemek gerekir.

Bundan başka, bazı tedbirlere ancak sınırlı sayıdaki ve yasada açıkça belirtilen suçlarla ilgili olarak başvurulabilir. Örneğin, genetik inceleme tedbirinin uygulanması için, yasada aşağı sınırı iki yıldan fazla olan bir suçun soruşturulması aranmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi tedbiri, ancak; insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, kasten adam öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu madde ticareti, parada sahtecilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarının dahil olduğu bir dizi suç bakımından uygulanabilir. Buna karşılık, 135. maddede iletişimin tespiti ve dinlenmesi birbirinden ayrılmış, tespitin bütün suçlar bakımından yapılmasına imkan tanınmıştır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından da onaylanan bu ayırım, ilgili maddede yürürlüğe girmeden önce yapılan bir değişiklikle getirilmiştir³¹. Diğer bir ifadeyle, metnin ilk şeklinde bu iki tedbir aynı usule tabi tutulmaktaydı. Ancak, iletişimin tespiti, diğer tedbire nazaran temel haklara daha hafif bir müdahale olarak değerlendirildiğinden, aynı ölçüde sınırlanmamıştır.

Bazı tedbirlerin belirli sürelerle sınırlandırıldığı da altı çizilmelidir. İletişimin tespiti ve dinlenmesi tedbiri üç ay süreyle uygulanabilir ve bu süre yalnızca bir kez uzatılabilir. Bununla birlikte, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, bu son süre sınırı ortadan kalkmaktadır. Aynı sistem, dört hafta süreyle sınırlandırılan teknik araçlarla izleme bakımından da getirilmiştir.

30. YCGK, E. 2005/10-15, K. 2005/29, T. 15.3.2005.

31. Y 4.CD, E. 2006/4669, K. 2006/17007, T. 29.11.2006.

Bu kuralların ihlali suretiyle elde edilen bilgiler hukuka aykırı delil teşkil etmekte ve Anayasa madde 38/6'ya ve CMK madde 217/2'ye göre hükme esas alınmamaktadır. Ayrıca, eski usul Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, «usulüne uygun olarak verilmiş bir hakim kararına dayanmayan» yapılan dinleme sonucu elde edilen kayıtların delil değerini kabul etmeyerek bu ilkeyi benimsemiştir³².

Bunun yanında, polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatının da istihbarat amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit ve denetleme yetkisine sahip olduğunu hatırlatmakta fayda vardır (n.8).

Yakalama ve tutuklama konusunda 10. soruya verilen cevapta belirtilen istisnalara yollama yaptıktan sonra, yeni yasayla «gıyabi tutuklamanın» kaldırıldığı ve bunun yerine «yakalama emrinin» getirildiği belirtilmelidir. Böylece, artık hakim kaçan şüphelinin gıyabi tutuklanması yoluna gidemeyecek ancak yakalama emri düzenleyebilecektir. Şüpheli yakalandığında, 24 saat içinde tutuklama kararını vermeye yetkili mahkeme önüne çıkarılmalıdır.

Yeni CMK'ya göre tutuklama kararı verilebilmesi için iki koşula ihtiyaç vardır. İlk olarak, kuvvetli suç şüphesi gereklidir. Eski CMUK yürürlükteyken, «suç işlendiğine ilişkin kuvvetli belirti» bulunması gerekliydi, ancak doktrin bu kavramı, bir tür delil olarak değil kuvvetli şüphe olarak değerlendirmekteydi³³. Böylece, yeni yasa esaslı bir değişiklik getirmemiştir. İkinci olarak, yeni CMK'da kaçma şüphesi, delillerin karartılması ya da tanıkların, mağdurların veya ilgili diğer kişilerin tehdit edilmesi tehlikesi gibi bir tutuklama sebebi aranmaktadır. Eski CMUK'da üst sınırı 7 yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçun söz konusu olması veya sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi halinde tutuklama nedenlerinin bulunduğunu kabule imkan veren bir düzenleme mevcuttu. Yeni yasa, «katalog suçları» adı verilen bir sistem getirerek bu düzenlemeyi ortadan kaldırmıştır. Buna göre; 100. maddede sayılan suçlardan biri söz konusu olduğunda tutuklamaya karar verilebilir³⁴. Bazı yazarlar, bu değişikliğin

32. YCGK, E. 2003/9-30, K. 2003/98.

33. YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9.Bası, İstanbul, 2002, s. 499.

34. Burada sayılan suçlar: Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, suç işlemek ama-

eski sistemden kaynaklanan sorunları çözmek amacıyla yapıldığını ve tutuklama karar vermekte serbest olduklarını ileri sürse de³⁵, Adalet Bakanlığı istatistikleri katalog sisteminin tutuklamayı otomatik olarak uygulama sonucu doğurduğunu göstermektedir: Eski CMUK'nın yürürlükte olduğu 2001, 2002, 2003 ve 2004 yıllarında tutuklu sayısı sırasıyla 28068, 28550, 31581 ve 31920 iken; 2006 yılında bu sayının 44141'e ve 2007 yılında da 53229'a yükseldiği görülmektedir. Bugün, Türkiye'de ceza infaz kurumlarında yaklaşık olarak 58000 kişi tutuklu bulunmaktadır. Ayrıca, Aralık 2006'da kanunkoyucu tarafından kataloga iki yeni suçun daha eklenmesinin ardından, aynı yazarlar tarafından bu sistemin varlık nedenini kaybettiği ileri sürülmektedir³⁶.

Ancak, CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da, Devletin güvenliğine karşı bazı suçlar ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin önüne gelen bütün suçlarla ilgili tutuklama konusunda geçici bir istisna öngörülmektedir. Kanunda, 7 yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından süre sınırını ortadan kaldıran eski CMUK madde 110'a atıf yapılmaktadır. Kanunun ilk şeklinde 1 Nisan 2008'e kadar uygulanacağı öngörülen bu maddede değişiklik yapılarak, uygulanma süresi 31 Aralık 2010'a kadar uzatılmıştır. CMK'da kural olarak bütün suçlar bakımından tutuklama süresinin üst sınırı 5 yıldır.

Soruşturmaya konu olan kişi tarafından sağlanan işbirliği bakımından; ilk olarak Anayasanın 38/5. maddesindeki "kimsenin kendisini ve kanunda belirtilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ya da bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı" şeklindeki hükmün altı çizilmiştir³⁷. Bu düzenleme, açıkça susma hakkını güvence altına almaktadır. CMK madde 147 uyarınca, soruşturmanın başlamasından önce şüpheliye haklarının bildirilmesi zorunludur³⁸. Doktrinde, şüphelinin aktif katılımıyla herhangi bir delil elde etmeye zorlanmaksızın yalnızca pasif katılımını gerektiren tedbirlere başvurulması gerektiği kabul edilmekte-

ciyla örgüt kurma, Devletin güvenliğine karşı bazı suçlar, silah kaçakçılığı, Bankacılık Kanununda yazılı zimmet suçu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda öngörülen bazı suçlar, kasten orman yakma suçudur.

35. ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M.Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Bası, Ankara, 2007, s. 560.

36. ÖZTÜRK – ERDEM, s. 561.

37. <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-fr.htm>.

38. ÖZTÜRK – ERDEM, s.194.

dir³⁹. CMK'da konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Beden Muayenesi, Genetik İnceleme ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte, ilgilinin rızası bulunmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısı tarafından gerekli tedbirlerin alınacağı düzenlenmektedir (md.18). Ayrıca, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin üst ve eşya aramasını düzenleyen 28. maddesine, ve konut, işyeri ve eklentilerinde aramayı düzenleyen 30. maddesine göre; ilgilinin direnmesi üzerine orantılı güç kullanılabilir.

Son olarak, bir kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direnme suçundan söz edilmelidir. Eski TCK yürürlükteyken, iki ayrı suç mevcuttu: biri şiddet ya da tehdit gibi sanık tarafından aktif bir hareketi gerektiren aktif direnme (254, 258), diğeri ise kapıyı açmamak gibi ihmali bir hareketle işlenebilen pasif direnme idi (md. 260). Yeni TCK, ikinci türü ortadan kaldırmıştır ve 265. maddeye göre, kamu görevlisine karşı direnme suçunun söz konusu olabilmesi için kamu görevlisinin görevini yerine getirmesini engellemek için şiddet ya da tehdide başvurmak gereklidir. Böylelikle, yeni düzenlemeye göre, bir kamu görevlisinin vücut bütünlüğüne zarar vermediği ya da tehditte bulunmadığı sürece, soruşturma tedbirlerinin uygulanması için rıza göstermeyen şüphelinin hareketi suç teşkil etmeyecektir. Doktrinde de aynı görüş kabul edilmektedir⁴⁰. Yargıtay da bundan böyle, ilk derece mahkemesinden şiddet ya da tehdide başvurulup başvurulmadığı yönünde bir araştırma yapılmasını istemektedir⁴¹. Bu kapsamda, kolluk tarafından istenen belgeleri vermeyi reddeden, yere yatan ve bağırarak kişinin fiili suç sayılmamıştır⁴².

12. 2001 yılında Anayasanın, temel hak ve hürriyetlere daha fazla koruma getirmek amacıyla değiştirilmesiyle ve bağımsız ve tarafsız bir makam olarak yargıcın temel hakların esas koruyucusu haline gelmesiyle, yasama bugün, yetkilerinin yetersizliğinden şikayet eden yürütme makamlarını güçlendirme eğilimi içine girmiştir. Yeni CMK, Cumhuriyet Savcısına, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kağıtla-

39. CENTEL Nur – ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, İstanbul, 2006, s.150.

40. PARLAR Ali – HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.IV, Ankara, 2008, s.3822; TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruahn – ÖNOK R. Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2006, s.697.

41. PARLAR – HATİPOĞLU, s.3838 vd.: Y. 4.CD, 5782-8885, 6.11.2007; Y. 4.CD, 942-3570, 17.4.2007; Y. 4.CD, 13011-1382, 12.02.2007.

42. PARLAR – HATİPOĞLU, s. 3841: Y. 2.CD, 887-30882, 26.12.2005.

rını elkoyma amacıyla inceleme yetkisi vermektedir (md.122). Buna karşılık, eski yasada bu yetki yalnızca hakime aitti (md.102).

Diğer taraftan, 2007 yılında PVSK'da yapılan değişiklikle, kolluk ve Cumhuriyet Savcısı arasındaki ilişkiler kolluk lehine yeniden düzenlenmiştir. Eski yasaya göre, yargılama öncesi yapılan soruşturma Cumhuriyet Savcısının denetimine tabiydi. Kolluğa eski 156. maddeyle verilen acil tedbirleri alma, hatta gerektiğinde dosyayı doğrudan sulh hakimine götürme biçimindeki yetki, bu istisnanın uygulamada kural haline geldiği ve bütün soruşturmanın daha sonra Cumhuriyet Savcısına sunulmak üzere bir rapor hazırlayan kolluğun bütün soruşturmayı yönetir hale geldiği ileri sürülerek eleştirilmiştir⁴³. Bu nedenle, yeni CMK, bu aşamayı tamamen savcının denetimine tabi tutarak söz konusu sistemi kaldırmıştır. Doktrinde, bu değişiklik sonrasında Cumhuriyet Savcısının *soruşturmanın imparatoru* haline geldiği yorumları yapılmıştır⁴⁴. Yukarıda bahsedilen değişiklikle, PVSK'da "adli görev ve yetkiler" başlıklı bir ek 6. madde düzenlenmiştir. Kolluk, bundan böyle, suç mahallinde kişilerin vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için gerekli tedbirleri alarak Cumhuriyet Savcısına haber verecektir. Bu hükmün, eski 156. maddenin bir tekrarı olmadığı, çünkü belirtilen amaçlarla ve yalnızca olay yeri sınırlandırıldığı belirtilmektedir⁴⁵.

PVSK'da yapılan kapsamlı değişikliklerden sonra, kolluğa, 8. soruya verilen cevapta açıklanan kimlik tespiti konusunda geniş bir yetkiye sahip olmuştur.

13. Kovuşturma makamları nezdinde bir uzmanlık ve işbölümü mevcuttur. İlk olarak, CMK'da, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve Devletin güvenliğine karşı bazı suçlarla ilgili davalara bakmak üzere Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kurulmasını öngörmektedir. Bu mahkemeler bünyesinde, soruşturmayı, belirtilen suçlar konusunda özel olarak görevlendirilen ve baş-

43. YURTCAN, s. 595.

44. ÖZTÜRK – ERDEM, s. 303.

45. idem, s. 363.

ka mahkemeler ya da işler bakımından görevlendirilemeyecek olan Cumhuriyet savcılarını yürütür (md.251). Bununla birlikte, söz konusu uzmanlaşma, belli ölçüde merkezileşmeyi de getirmektedir. Çünkü, bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde görevlendirilmektedir. İkinci olarak, basın suçları konusunda ve basın mensuplarının ve basın organlarının basın kanununa göre üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemekle görevli olan basın savcılarında söz edilmelidir. Üçüncü olarak, çocuklar hakkında açılan kovuşturmalarda bakımından görevli olan savcılar bulunmaktadır (Çocuk Koruma Kanunu, md. 15). Son olarak, aynı alanda yetkili mahkemelerde görev yapan yargı mensupları da suçlara göre kendi aralarında işbölümü yapmaktadır. Bu durum, uygulamadan doğan bir uzmanlaşmaya imkan vermektedir.

14. Zorlama tedbirlerine, Anayasanın 19 (güvenlik hakkı), 20 (özel hayatın gizliliği hakkı), 21 (konut dokunulmazlığı hakkı), 22 (haberleşme özgürlüğü) ve 28. (basın özgürlüğü) maddelerine göre kural olarak hakim karar verir. Gecikmesinde sakında bulunan hallerde, bu tedbirlere, daha sonra hakim onayına sunulmak koşuluyla kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emriyle de uygulanabilir. Bu merci, CMK'ya göre; Cumhuriyet Savcısı (telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi), ya da savcıya ulaşılmadığında yetkili adli kolluk amiri (arama) olabilir. Ancak, tutuklama ya da adli kontrol söz konusu olduğunda, bu tedbirlere karar verebilecek tek merci hakimdir. Burada, suç işlendiği konusunda «kuvvetli belirti» yerine «kuvvetli suç şüphesi» ibaresinin getirilmesi konusunda yukarıda yaptığımız açıklamaları tekrar ediyoruz (V. Bölüm, 9-10. paragraflar).

Savunma hakkı Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu maddede 2001 yılında yapılan bir değişiklikle adil yargılanma hakkı açıkça düzenlenmiştir. Bu yaklaşımla, CMK madde 153'te müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve istediği belgelerin kopyasını alma hakkı tanınmıştır. Ancak, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 22. maddesine göre adli kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin gerekmesi uygulamada tartışmalara neden olmaktadır⁴⁶. Ayrıca, CMK'ya göre, bu hak, soruşturma

46. Danıştay bu maddenin yürütmesini Aralık 2005'te durdurmuştur.

turmanın amacını tehlikeye düşürecek ise, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar (örneğin ziyaret) hariç olmak üzere Cumhuriyet savcısının emriyle sulh hakimi tarafından sınırlanabilmektedir. Kovuşturma aşamasının başlamasından itibaren bütün sınırlamaların kalkacağı düzenlenmiştir. Bu noktada, Terörle Mücadele Kanununun 2006 yılında değişikliğe uğrayan 10. maddesinde bu sınırlama bakımından herhangi bir istisna öngörülmemiştir ve doktrinde, bu durum, yönetmeliğin, herhangi bir kıstas ve süre sınırı olmaksızın dosyayı incelemeyi engellediği ileri sürülerek eleştirilmektedir⁴⁷.

CMK'da beden muayenesi ve genetik inceleme (md. 75 vd.) gibi bir delil kaynağı olarak sanığı içeren yeni tedbirler düzenlenmiştir. Bu tedbire kural olarak yargıç, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilir. Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçla ilgili olarak, şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğraf ve parmak izinin alınması mümkündür. (md.81). Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (md. 139), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi (md. 135 vd.) ve teknik araçlarla izleme, sanık nezdinde delil elde etmek amacıyla uygulanabilecek diğer tedbirlerdir. Ancak sanığın ikrarı, Türk hukukunda ve mahkeme içtihatlarında temkinli yaklaşılmalı, hatta tereddütle yorumlanan bir delildir. Yargıtay, sanık beyanının diğer başkaca delillerle desteklenmesini aramaktadır⁴⁸. Ayrıca CMK'nın 148. maddesinin 4. bendine göre; müdafinin yokluğunda adli kolluk tarafından alınan ifadenin hakim önünde ya da mahkemede sanık tarafından onaylanmadığında delil olarak kabul edilemeyecektir.

Habeas corpus bakımından, Anayasanın 19. maddesindeki, yakalanan kişinin en geç 48 saat, toplu suçlar bakımından ise 4 gün içinde görevli ve yetkili hakim önüne çıkarılması yönündeki düzenlemenin altı çizilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde istisnalar içermektedir. Olağanüstü Hal Kanunundaki istisna, 1992 yılında kaldırılmıştır. Ancak, Sıkıyönetim Ka-

47. KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Bası, İstanbul, 2006, s.473

48. YCGK, 1-301/334, 2.12.1991 (www.kazanci.com.tr); ÖZTÜRK – ERDEM, s.397; KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, s.613.

nununda hala “gözetim süresi” adı altında 15 güne kadar gözaltına alabilmeye imkan tanımaktadır (md. 15). Seferberlik ve Savaş Halini düzenleyen Kanunda bu yasada belirtilen süreye atıf yapılmaktadır (md. 12). Son olarak, suçluların iadesi konusunda CMK hükümleri uygulanmaktadır⁴⁹. Sonuç olarak, istisnai süreler bulunmakla birlikte, Türk hukukunda habeas corpus kurallarını ihlal edecek nitelikte gizli yakalama ya da tutuklama söz konusu değildir.

15. Bugün, türk mevzuatında servis sağlayıcılarına yönelik kişisel verilerin depolanmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, şu sıralar Meclisin gündeminde olan kişisel verilerin korunması hakkında kanun tasarısı, özel hayatın gizliliği hakkına ve ilgililerin meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece meşru amaçlarla bu bilgilerin kullanılabilmesine imkan vermektedir (md. 6). Ayrıca, bu bilgilerin depolanması ve kullanılması ancak Kişisel Verileri Koruma Kurumunun onayıyla ve bu Kurum nezdinde kaydı yapılmak koşuluyla mümkündür (md. 16 vd.). Bunun yanında, TCK'da bu verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kaydı ve nakli (md. 135 ve 136) ve özel hayatın gizliliğini ihlal (md. 134) suç sayılmaktadır.

16. CMK'nın, Cumhuriyet savcısının soruşturma ve kovuşturma aşamaları arasında yeni bir safha yarattığı görülmektedir. Buna göre; Cumhuriyet savcısı, ilk aşamayı bitirdikten sonra hazırladığı iddianameyi yetkili mahkemeye sunacak ve mahkeme 15 gün içerisinde inceleme yaparak iddianamenin kabulüne veya reddine karar verecektir. İddianamenin iadesi başlığını taşıyan 174. maddede, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edebileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, soruşturma makamları üzerinde belli ölçüde bir denetime imkan vermektedir. Bir taraftan, bu usulle, kamu davasına yeterince temellendirilmiş bir dosya ile başlanması sağlanacak⁵⁰, diğer taraftan bazı yazarlarca bu uygulamanın hakim tarafıslığını tehlikeye düşürmesi ihtimali tartışılmakta ve incelemeyi yapan mahkeme ile yargılamanın yapıldığı mahkemenin ayrı makamlar olmasını önermektedir⁵¹.

49. KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, s. 822

50. ÖZBER Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Ankara, 2005, s.741

51. CENTEL – ZAFER, s. 432.

17. Türkiye, ikili ve çok taraflı anlaşmalar temelinde gerçekleştirilen uluslararası adli işbirliği çerçevesinde yabancı ülkede elde edilen delillerin kullanımına izin vermektedir.

18. Adil yargılanma hakkına en büyük engeli teşkil eden tedbir, 14 numaralı soruya verilen cevapta belirtildiği üzere soruşturma aşamasında müdafinin dosyayı incelemesine getirilen sınırlamadır. Bununla birlikte, bir yandan istisnaların bulunması, diğer taraftan yargılamanın başından itibaren bu tedbirin kaldırılmasıyla müdafinin tekrar dosyaya ulaşma hakkını elde ettiğinden bu engel kesin değildir.

19. Aralık 2007'de Tanıkların Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu yasa; tanıklar, tanık olarak dinlenen mağdurlar ve bu kanunda belirtilen yakınlarının (md. 4, bent 1) hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde (md. 4, bent 2), ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak (md. 3)).

Kanunda yer alan tedbirler: tanığın kimliğinin ve adresinin gizlenmesi, tanığın mahkeme salonu dışında dinlenmesi, tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi, çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi, fizikî koruma sağlanması, kimliğin değiştirilmesi, geçici olarak maddi yardımda bulunulması, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması ve fiziksel görünümünün değiştirilmesi (md. 5) olarak belirtilebilir. Tedbir, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının, kovuşturma aşamasında ise hakimnin ya da bu aynı yasayla kurulan Tanık Koruma Kurulunun kararıyla uygulanır (md. 6).

V- Yargılama Aşaması (Ceza Yargılaması Usulleri, Özel Yargılama Usulleri)

20. CMK madde 250, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve Devletin güvenliğine karşı bazı suçlar

hakkında yargılama yapmak üzere Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin kurulmasını düzenlemektedir (md. 250/1). Ayrıca, TMK'nun 9. maddesiyle bu mahkemelerin yetkisine terör suçları da dahil edilmiştir.

CMK'daki tedbirler, soruşturma aşamasına ve sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin bazı istisnalar dışında (CMK md. 251/5⁵² ve 252/1, b- ve f- bentleri) Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri bakımından da uygulanır. Bu noktada TMK'nın yukarıda 5. soruya verilen cevapta belirtilen 10. maddesi de hatırlanmalıdır. Bu maddede de özellikle soruşturma aşamasında söz konusu olan bazı istisnalar belirtilmektedir.

Buna karşılık, sıkıyönetim mahkemelerinde uygulanan usul kuralları olağan yargılama kurallarına göre farklılık taşımaktadır. Sıkıyönetim Kanunu, sıkıyönetim askeri mahkemelerinin kuruluşunu öngörmekte ve bu nedenle de Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna atıfta bulunmaktadır.

Tanıkların korunması hakkında CMK madde 58'in dışında ayrıca özel bir kanun bulunmaktadır (TKK). CMK'nun 58. maddesi ve TKK'nun 9. maddesi, tanıkların çeşitli yöntemler kullanılarak dinlenmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu bağlamda, tanığın kimliğinin tamamen gizlenerek dinlenmesi (TKK, md. 58/2) ya da tanığın fizik kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyecek usuller kullanılarak sanığın huzurunda dinlenmesi (TKK, md. 9/3) ya da tanık hazır bulunmaksızın görüntüsünün ve sesinin aktarılması suretiyle dinlenmesi (CMK, md. 58/2) gibi tedbirlerden söz edilebilir. Bu son ihtimalde, tanığın sesinin ve görüntüsünün değiştirilmesi mümkündür (TKK, md. 9/2). Bu tedbirler, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir (CMK, md. 58/5). Tanığın, fiziksel görüntüsü değiştirilerek sanığın huzurunda dinlenmesi halinde, hakim, tanığa kimliğini açığa çıkaracak soruların sorulmasını engellemek ve korumanın amacını tehlikeye düşürmemek için, CMK'nın 201. maddesindeki doğrudan soru sorma hakkının kullanılmasını kısıtlayabilir. Bu amaçla, hakim, bazı soruların sorulmamasına karar verebilir (TKK, md. 9/5). TKK'nun 9/8. maddesine göre; kimliği gizlenerek ya da sanığın huzuru olmaksızın dinlenen tanığın beyanları tek başına hükme esas teşkil edemez.

52. Bu düzenleme «habeas corpus» ilkesine ilişkindir ve 21. soruya cevap verilirken ele alınacaktır.

CMK'da sanığın delillere ulaşma hakkına ilişkin bir diğer hüküm bulunmaktadır. Soruşturma aşamasında, şüphelinin ya da yakalanan kişinin ifadesini içeren tutanaklar ve şüphelinin hazır bulunma hakkına sahip olduğu diğer işlemler haricinde, müdafinin dosyayı inceleme yetkisi hakim tarafından sınırlanabilir. Bu karar, söz konusu hakkın kullanılmasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle verilebilir (md. 152-153). Bundan başka, yine müdafinin dosyayı inceleme yetkisine sınırlama getiren bir başka örnek olan TMK'nun 10. maddesinin d-bendi hatırlatılmalıdır. Bu halde, dosyanın içeriğine ilişkin hiçbir istisna belirtilmemiştir.

Kural olarak, delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olması, ispat edilmek istenen hususun karara hiçbir etkisinin bulunmaması ve talebin yargılamayı uzatmaktan başka bir amacının bulunmaması halleri dışında, tarafların delil ileri sürebilme hakları güvence altına alınmıştır (CMK, md. 206).

Yargılama aşaması bakımından, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelelerinde, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına iki istisna tanınmıştır. 252/1. maddenin b- bendine göre; sanık sayısının çok fazla olması durumunda, sanıkların bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgileri bulunmuyor ise duruşmanın bu oturumlarının, yokluklarında yapılmasına karar verilebilir. Ancak, bu oturumlarda kendilerini etkileyen bir hal ortaya çıktığında buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktaları sonraki oturumlarda kendilerine bildirilir.

Aynı maddenin f- bendi, sanığın ve müdafinin, duruşmanın disiplini ni bozmaları halinde duruşma salonunda çıkarılmaların imkan vermektedir. Bu kişilerin daha sonraki oturumlarda da aynı davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülüyorsa, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir.

21. Ağır suçlar bakımından, sistemimiz şüphelinin / sanığın / tutuklanan kişinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önüne çıkarılması, masuniyet karnesi ya da şüpheden sanığın yararlanması ilkesi konularında hiçbir istisna içermemektedir.

Bununla birlikte, «habeas corpus» prensibi konusunda bir takım istisnalar bulunmaktadır. Anayasa madde 19'da; “yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli

süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılacağı; kimsenin, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı ve bu sürelerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabileceği” belirtilmektedir. CMK'nın yakalama ve gözaltına ilişkin 91. maddesi, hakim önüne çıkarılma süresini yirmi dört saate indirmektedir. Ancak yine CMK'nın 251/5. maddesinde, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine giren suçlar bakımından bu süre 48 saate çıkarılmaktadır. Bu düzenleme, Anayasaya uygun olmakla birlikte olağan yargılama kurallarından ayrılmaktadır.

Bundan başka, sıkıyönetim kanunundaki, bu kanunda öngörülen suçlar nedeniyle yakalanan kişiler bakımından gözaltı süresinin on beş güne kadar uzatılabileceğini düzenleyen 15/5. maddeyi hatırlatmak gerekir. Delillerin tespiti ve araştırılması nedeniyle bu kişilerin on beş gün içerisinde hakim önüne çıkarılması mümkün olmazsa bu süre en fazla otuz güne kadar uzatılabilmektedir.

Ayrıca, Anayasanın 19. maddesine uygun olarak toplu suçlar bakımından dört gün olarak uygulanan süre yine sıkıyönetim halinde, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin yetkili olduğu suçlar bakımından yedi güne uzatılmıştır (CMK md. 251/5).

Bunun yanında, yine Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin yetkili olduğu suçlar bakımından diğer ceza mahkemelerinde uygulanan tutuklama süreleri iki kat olarak uygulanır. (CMK, md. 252/2).

Duruşmaların aleniliği konusunda, CMK madde 182, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı haller dışında kural olarak duruşmaların herkese açık olduğunu düzenlemektedir. Bu halde, duruşmanın kapalı yapılacağına ilişkin karar, açık duruşmada açıklanır.

Sanığın kendisi hakkındaki yargılamada hazır bulunması hakkına ilişkin genel düzenleme CMK madde 193'te yer almaktadır. Bu maddeye göre; duruşmanın sanığın yokluğunda yapılabilmesi, ancak yasada öngörülen hallerde ve mahkemece, sanık hakkında toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa mümkündür. Bu kuralın, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde uygulanan istisnası yukarıda 20 nolu soruya cevap verirken açıklanmıştır (CMK, md. 251/2, f- bendi)

Yukarıda 20 nolu sorunun cevabında müdafinin dosyadaki bütün belgelere ulaşma hakkıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir (CMK, md. 153 ve TMK, md 10, d- bendi).

Şüphelinin/sanığın kendisine yüklenen suçu gecikmeksizin öğrenme hakkı bakımından CMK'daki genel kurallar uygulanmaktadır. Öncelikle, Anayasanın 19. maddesinde bu hak ayrıntılı olarak öngörülmektedir: “Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir”. CMK'nın 90. maddesi, durumun gerektirdiği tedbirler alındıktan sonra sanığa derhal haklarının bildirileceğinin altını çizmek suretiyle bu hakka yollama yapmaktadır. Ayrıca, sanığın ifade veya sorgusuna ilişkin 147/1. maddenin b- bendinde, sanığın kendisine yüklenen suçun anlatılacağı açıkça öngörülmektedir. Bununla birlikte sanığın 24 saat süreyle müdafii ile görüşmesinin sınırlandırılmasına imkan veren TMK'da, bu süre içerisinde ifade alınması da yasaklanmıştır. Bu halde, sanığın kendisine yüklenen suçu öğrenme hakkı belli bir süre için askıya alınmaktadır.

CMK'da, yargılamanın bulunduğu aşamanın sanığa açıklanmasına izin veren düzenlemeler bulunmaktadır (md. 35). Sanığın huzurunda verilen kararlar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgiye tebliğ olunur. Bu noktada, CMK madde 252/1, h- bendi; kendisine veya onun namına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılmaması hallerinde, işin ivediliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılmasına imkan vermektedir.

172. maddede, savcı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirileceği düzenlenmektedir. Bundan başka, Yargıtay Cumhuriyet savcısının tebliğnamesi, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii, katılan veya vekillerine tebliğ olunur. İlgili taraf, tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

CMK'nun 176. maddesinde sanığa savunmasını hazırlamak için yeterli zaman verilmesini güvence altına almak amacıyla bir düzenleme bu-

lunmaktadır. Bu hükümde iddianamenin, çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunacağı belirtilmiştir. Çağrı kağıdının tebliği ile duruşma arasında en az bir hafta süre bulunması gereklidir. Bu konuda, 252/1. maddenin c-bendinde farklı bir usul öngörülmektedir: “bu davalarda esas hakkındaki iddiasını bildirmek için Cumhuriyet savcısına, katılan veya vekiline; iddialara karşı savunmasını yapmak için sanık veya müdafine makul bir süre verilir. Bu süre, savunma hakkının sınırlanması anlamına geleceği durumlarda re’sen uzatılabilir”. Bu düzenlemeyi, CMK md. 176’daki genel kuralın sanık lehine getirilen bir istisnası olarak yorumlamayı tercih ediyoruz. Aksi yorum, bu mahkemelerde görülen davaların oldukça karmaşık olması ve çok sayıda sanığı içermesi nedeniyle savunma hakkının ihlalini sonuçlayacaktır.

Sanığın, lehindeki ve aleyhindeki tanıkları dinleyerek bunlara sorular sorabilmesi CMK’nın 201 ve 216. maddelerinde düzenlenmiştir. İlk maddede; Cumhuriyet savcısının, müdafinin veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilecekleri belirtilmiştir. Buna göre; sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilecektir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Delillerin tartışılması ile ilgili 216. madde ise şu şekildedir: “Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanuni temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir. Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir”.

Meramını anlatacak ölçüde Türkçe bilmeyen sanıklara mahkemece belirlenen bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı tanınmıştır (CMK, md. 202 ve 324/5). Bu madde hükümleri soruşturma aşamasında aynı zamanda şüpheli ya da tanıklar hakkında da uygulanır.

Kimsenin kendisi aleyhine beyanda bulunmaya ya da delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin Anayasanın 38. maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenlememeden yukarıda 4 nolu sorunun cevabında söz etmiştik. Bunun yanında, CMK’nun hem soruşturma hem de yargılama aşamasında söz konusu olan 147/1. maddesi, e- bendinde susma hakkı açıkça, kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanma yasağı da örtülü ola-

rak güvence altına alınmaktadır. Son olarak, CMK 48. maddeye göre, tanığın kendisi ya da 45/1. maddede sayılan yakınları aleyhine tanıklık yapmaktan çekinme hakkından söz edilmelidir.

Sanık, yargılamanın bütün aşamalarında birden fazla avukatın yardımından faydalanabilir (CMK, md. 149). Soruşturma aşamasında hazır bulunabilecek müdafii sayısı 3 ile sınırlandırılmıştır. Sanık, müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir (md. 147/1, c- bendi ve md. 150/1). Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir. Görevlendirilen müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hakim veya mahkeme derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. Eğer yeni müdafii savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir (md. 151). CMK madde 151/3'e göre; TCK'nun 220 (suç işlemek amacıyla örgüt kurma) ve 314. (silahlı örgüt) maddelerinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabilir.

Sanığın susma hakkının tek bir istisnası bulunmaktadır. 147/1. maddenin a- bendinde, şüpheli ya da sanığın kimliği hakkındaki sorulara doğru cevap verme zorunluluğu düzenlenmiştir.

VI- Yargılama Sonrasıyla İlgili Düzenlemeler

22. Türk Ceza Hukukunda, verilmiş olan bir yargı kararını tekrar inceleyecek olan yüksek yargı makamı ve iki defa yargılama yasağıyla ilgili düzenlemeler terörizm veya ağır suçlar açısından farklı değildir. Kararın temyizi, herhangi bir istisna olmaksızın, tüm suçlar için Ceza Muhakemesi Kanunundaki usule tabidir. Her ne kadar istinaf kanun yolu, yeni Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülmüş olsa da (m.272 vd.), bölge adliye mahkemeleri henüz kurulamadığından, ilk derece mahkemelerinin kararları doğrudan Yargıtay'a gönderilmekte ve eski Ceza Mu-

hakemeleri Usulü Kanunundaki temyize ilişkin hükümlere göre incelenmektedir (m.305-326). 15 yıl veya daha fazla hapis cezası içeren kararlar resen temyize tabidir (m.305/1).

Ancak, yargılamanın yenilenmesi açısından bir zaman kısıtlaması vardır. Ceza Muhakemesi Kanununun 311.maddesine göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 4 Şubat 2003 tarihine kadar kesinleşmiş olan ihlal kararları ile bu tarihten sonra yapılacak başvurular nedeniyle verilen ihlal kararları, ulusal mahkemeler önünde yargılamanın yenilenmesi sebebi olmaktadır. Bu tarih, eski kanun döneminde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihtir.

Çifte kovuşturma yasağı konusunda ise, Ceza Muhakemesi Kanununun 223.maddesinin ilk fıkrası, eğer halihazırda mevcut sanık ve mevcut olay için verilmiş bir mahkeme kararı varsa ise veya bir dava devam etmekte ise, ikinci davanın mahkeme tarafından reddedilmesi kuralını getirmektedir. Bu düzenleme tüm suçlar için geçerlidir.

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Uluslararası Ceza Hukuku Derneği
1924'te kurulmuştur**

**Cezai Adaletin Küreselleşmesinin yarattığı Ana Zorluklar
XVIII. Uluslararası Ceza Kanunu Kongresi (İstanbul, Eylül 2009)**

**Bölüm III
Ceza Muhakemeleri Usulü
Özel Usul Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması**

Yer: Pula, Hırvatistan

Tarih: 6 – 9 Kasım 2008

Genel Raportör: Prof. John A. E. Vervaele (Utrecht Law School& College of Europe/
Bruges)

Genç Ceza Hukukçuları Raportörü: Celso Eduardo Faria CORACINI

ULUSAL RAPOR ŞEMASI

1. Ulusal Raportörlerden, kendi ülkelerinin yasal durumu ve uygulamaları hakkında rapor hazırlamaları istenmektedir. Teslim etmeleri istenen ulusal raporun uzunluğu en fazla 30 sayfa olmalı ve anketin temel yapısını dikkate alarak hazırlanmalıdır. Ankette yer alan bazı hususların ilgili ülkede herhangi bir öneme sahip olmaması halinde, bu durumu lütfen ekte belirtiniz. Ulusal raporlar, Elektronik Ortam'da ve CD formatında yayınlanacaktır.
2. Söz konusu özel usul tedbirleri, ağır suçların (organize suçlar ve terör dahil) önlenmesi, araştırılması ve takibi ile ilgilidir. Aşağıda

yer alan kısa Giriş bölümünü okuyunuz. Organize suçun ve terörün ulusal ceza muhakemeleri usul sistemlerinde yarattığı zorlukların AIDP tarafından daha önce analiz edilmiş olduğunu lütfen dikkate alın (International Review of Penal Law, 1998, s. 643 - 1045.)

3. Analizinizi lütfen genel cezai takibatlarda meydana gelen değişikliklerle kısıtlamayın; aynı zamanda özel kovuşturmalar yoluyla (askeri yargı, idari yargı vs.) ağır suç şüphelilerinin sorgulanmasının ve takibinin ayrıntılarına inin.
4. Lütfen sadece kitaplardaki yasaları (kanunlar, doktrinler) değil aynı zamanda uygulamadaki yasaları da (içtihat hukuku, uygulamalar, vs.) dikkate alın.
5. Ulusal raporların son teslim tarihi 1 Mayıs 2008. Teslim yeri: Profesör John A.E. Vervaele Janskerkhof 16, 3512 BM Utrecht Hollanda Tel (00-31) (0) 302538030

E-mail: J.Vervaele@law.uu.nl

ANKET

KISA GİRİŞ

Cezai Adalet Sistemi ve usul hukuku (ceza yargılamasının idaresi), kuruluşlardan, kurumlardan, aktörlerden, kurallardan ve genel hukuk prensiplerinden oluşan karmaşık bir hukuk düzenidir. Cezai adalet sistemi ve cezai takibat, cezai konularda geçerli adalet ile (devletin *ius puniendi* kullanımı) – *Justitia* kılıcı – adil yargılanmanın ve adil adaletin hukuk egemenliğinin bir parçası olarak korunması – *Justitia* kalkanı – arasındaki dengeyi yansıtır.

Ulusal ceza yargılama sistemlerinde yaşanan zorlukların kaynağı, lokal bir suça ulusal sınırları aşan olma özelliğini kazandıran ve uluslararası suçların işlenmesini kolaylaştıran küreselleşmedir. Örneğin 11 Eylül olayları, uluslararası suçların küresel ölçekli olduğunu ve dolayısıyla küresel cevaplar gerektirdiğini kanıtlamıştır. Ancak terör ile bağlantılı suçlar, gün geçtikçe daha küresel olarak kabul edilebilecek tek suç faaliyet-

leri değildir. Örneğin uyuşturucu bağlantılı suçlar, organize suçlar, cinsel istismar amaçlı kadın ve çocuk kaçakçılığı ve kara para aklama gibi (metnin devamında müştereken ağır suç olarak anılacaktır) başka ulusal sınırı aşan suçlar da bu özelliğe sahiptir.

Sadece organize suç ve terör tehdidi değil, aynı zamanda cezai yaptırımların ulusal sınırları aşan yönü de önemli ölçüde artmıştır. Ceza yargılamasının yaptırımının küreselleşmesi, cezai konularda artan uluslar arası işbirliği ile başlamıştır ve günümüzde uluslar arası ceza yargılaması sisteminin evrimiyle devam etmektedir. Cezai adaletin küreselleşmesi, ulusal ceza muhakemelerini birçok yönden etkiledi ve bunun sonucu olarak son dönemde birçok ülkede sivil özgürlüklerin ve temel adaletin ve yasal sürecin gereklerinin erozyona uğradığına şahit olduk. Bunun da ötesinde, toplumlarımızın dijitalleşmesinin anlamı sadece ceza muhakemelerinde suçun online bağlamının da dikkate alınması gerektiği değil, aynı zamanda bu online bağlamın adli tahkikat için yeni teknikler de sunduğudur. Küreselleşmiş bir dünyada bütün kanun koyucuların ve cezai adalet aktörlerinin, ceza muhakemeleri alanında adil adaletin ve insan haklarının korunmasının sağlayacağı fayda ile küresel ve ulusal güvenliğinin ve kamu güvenliğinin sağlayacağı faydayı dikkatle tartması gerekmektedir.

Suç ve adaletin gelecekte neden olacağı zorluklar, ekonomik ve sosyal gelişmeyle beraber insan güvenliğinin tam göbeğindedir. İnsan deneyimi, yasal sürecin gereklerinin azaltılmasının ve kısıtlanmasının güvenliğe hiçbir zaman fayda sağlamadığını göstermiştir. Bu nedenle anketin amacı, ağır suçlarla mücadelede adil adalet ve hukuk egemenliğinin sağlayacağı fayda ile ulusal güvenliğinin *Justitia* tarafından nasıl dengede tutulduğunu görmektir.

I. Hukuki Çerçeve Reformu: önleme, tahkikat ve takibat ile ilgili özel tedbirler

1. Ülkeniz hukuk sisteminde, uluslar arası insan hakları sözleşmeleri ve uluslar arası insani hukuk sözleşmeleri (Cenevre Sözleşmeleri) hangi ölçüde uygulanıyor? Ülkenizde bu uluslar arası standartların uygulanmasında kısıtlamalar var mı? Ülkenizin hukuk düzeninde vatandaşlar (şüpheliler, zanlılar, mağdurlar, tanıklar, ...) bu sözleşmelerde tanınan haklardan faydalanabiliyor mu?

2. Son on-yirmi sene içerisinde ülkenizde ulusal/küresel güvenlik ve kamu güvenliği adına hangi önemli yasama reformları gerçekleştirildi? Şu anda bu gibi reform planları mevcut mu? (kısaca izah ediniz)
 - Söz konusu reformlar, ceza hukuku yaptırımlarının mevcut genel hukuki çerçevesini geliştirdi mi? Veya özel yargılama usullerine (askeri yargı, polis yargısı, idari yargı, askeri komisyonlar, vs.) olanak tanıyacak, olağan ceza hukuku sisteminin dışında yer alan alternatif yolları ayrıntısıyla hazırladı mı?
 - Bu yasama reformları, acil durumları konu edinen (savaş dahil) anayasal hükümler tarafından mı idare ediliyor?
 - Ceza yargılaması uygulamalarının, reformların belirlenmesi ve gerçekleştirilmesinde rolü var mıydı? Örneğin yüksek mahkemeler (temyiz ya da anayasa mahkemeleri) bu reformların öğelerini iptal etti mi?
 - Bu reformlar, politik ya da kamu tartışmalarına konu oldu mu?

II. Cezaî takibat ve özel tedbirler hakkında genel sorular

3. Ceza muhakemelerinizin genel ilkeleri nelerdir (örneğin kanunilik ilkesi, adil yargı, silahların eşitliği) ve bunların hukuki kaynağı nedir (örneğin anayasa, yazılı hukuk)?
4. Hukuk sisteminiz, ceza davalarının hangi aşamasında (aşamalarında)
 - masumiyetin varsayılması gerektiğini öngörüyor?
 - şüphelinin / sanığın susma hakkından ya da kendisi aleyhinde ifade vermeye veya bir suçu itiraf etmeye mecbur bırakılmama hakkından faydalanılmasını öngörüyor?
5. Genel ceza muhakemeleri usulünüz ya da özel yargılama usulleriniz vatandaş olanlarla vatandaş olmayanlar, yurttaş olanlar ise yurttaş olamayanlar ya da spesifik insan kategorileri (yabancılar, düşmanlar, persona non grata) arasında ayırım yapıyor mu?
6. Hukuk sisteminiz acil durumlarda (savaş dahil) insan haklarının geçici olarak durulmasına izin veriyor mu?

- Bu kararı verme yetkisini elinde bulunduran kişi kim ve hangi kontrol mekanizmaları uygulanıyor?
 - Geçici olarak durdurulabilen güvenlik tedbirleri hangileridir? Hukuk sisteminiz sınırlandırılabilen ve sınırlandırılmayan insan hakları arasında ayırım yapıyor mu?
 - Bir acil durum, genel ceza muhakeme usullerinden özel yargılama usullerine (askeri mahkeme, polis yargılaması, idari yargılama, askeri komisyonlar) geçiş sebebi olabilir mi?
7. Hukuk sisteminiz, yasamanın bazı kısımlarının ve/veya ceza davalarının bazı kısımlarının gizli tutulmasını sağlayan özel tedbirler tanıyor mu (gizli yasama, gizli dava usulleri, gizli adalet aktörleri, cezai adaletin yönetiminde gizlilik)?
8. Hukuk sisteminiz, ceza takibatlarında istihbarat bilgilerinin (örneğin genel polis istihbaratı, ulusal ya da yabancı istihbarat servislerinden edinilen bilgiler) kullanılmasına izin veriyor mu? Örneğin;
- Cezai bir soruşturma başlatılırken hazırlık bilgisi olarak;
 - Mallar ya da kişiler üzerinde zorlayıcı tedbirler kullanımının (örneğin arama ve yakalama, tutuklama ve gözaltı);
 - Cezai takibatlarda yükümlülük/suç kanıtı olarak?

III. Pro-aktif yaptırımlar (genel polis ya da genel cezai takibatlar, özel takibatlar)

9. Ülkenizde istihbarat güçleri, olağan polis güçleri ya da idari yaptırım kuruluşları (örneğin gümrük ya da vergi daireleri) sahip olduğu zorlayıcı gücü pro-aktif olarak kullanma yetkisine sahip mi? Cevap evetse;
- Hangi koşullar altında?
 - Söz konusu zorlayıcı güç kullanımının olası nedenine dayanan bir şüphenin mevcut olması şart mı, yoksa ulusal güvenliğinin ya da kamu çıkarının tehlikede olduğuna dair belirtilerin olması yeterli mi? “Şüpheli”nin tanımı ağır suçlar için değişti mi?
 - Bu zorlayıcı güçler, belli bir suçun şüphelisi / zanlısı dışındaki kişiler üzerinde kullanılabilir mi (örneğin düşman savaşçı-

- ları, düşman yabancılar, olağan ceza muhakemelerinin sağladığı korumaya hakkı olmayan kişiler)?
- Tahkikat mercileri bünyesinde görev ayrımı nasıl düzenlenmiştir?
 - Zorlayıcı tedbirler vasıtasıyla kullanılan proaktif yaptırımlar yardımıyla edinilen bilgilerin istihbarat, polis, idari yaptırım daireleri ve adli merciler arasında paylaşımı mümkün mü?
9. Hukuk sisteminiz, proaktif yaptırımlar sırasında sert sorgulama tekniklerinin (işkence ya da zalim, alışılmamış veya insanlık dışı muamele). Cevap evetse, hangi koşullar altında? Bu alanda ülkenizde geçerli uygulama nedir?
10. Hukuk sisteminiz ağır suçlar söz konusu olduğunda aşağıda belirtilenlerin kısıtlanmasına izin veriyor mu?
- habeas data hakkı (verilerin korunması, özel hayat)?
 - habeas corpus hakkı (tutuklama, gözaltı, sınır dışı etme, olağandışı hüküm verme, vs.)?

IV. Duruşma öncesi düzenlemeler (genel cezai takibat, özel takibat)

11. Hukuk sisteminizde aşağıdaki hususlarda artış meydana geldi mi?
- Tahkikat mercilerinin tahkikat yapma ve zorlayıcı güç uygulama yetkileri (arama ve yakalama, gizli cihazla dinleme ve telefonların dinlenmesi, hesapların dondurulması talimatı, kanıt üretme talimatları, tutuklama ve alıkoyma, bir bölgeye sızma)? Cevap evetse, ne şekilde?
 - Araştırılan kişilerin işbirliği görevleri? Cevap evetse, ne şekilde? Ulusal sınırları aşan düzenlemelerde yeni işbirliği görevleri var mı (örneğin ulusal sınırları aşan bilgi üretim talimatları)?
12. Ülkenizde, aşağıda belirtilen kurum/kuruluşlar arasında bir yetki değişimi meydana geldi mi?
- Yargı organlarından (tahkikat hakimleri, duruşma öncesi düzenlemelerden sorumlu hakimler) tahkikatla ilgilenen yürütme organlarına (polis, savcılar, istihbarat güçleri, idari yaptırım kuruluşları)? Cevap evetse, ne şekilde ve ne ölçüde?

- Cumhuriyet savcılarında polise, vs.? Cevap evetse, ne şekilde ve ne ölçüde?
13. Ülkenizde adli tahkikat mercilerinde özelleştirme ve/veya merkezileştirme meydana geldi mi?
14. Hukuk sisteminizde yer alan kurallar hangi bağlamda değiştirildi?
- Yargı organlarının zorlayıcı tedbirlerini (müzekkerelerini) onaylama koşulları? Cevap evetse, ne şekilde ve ne ölçüde? Müzekkerelerin olası nedenleri yeniden tanımlandı mı?
 - Tahkikat dosyasının derlenmesi ya da bir kısmının ex parte tutulması ve dolayısıyla savunma tarafından kullanılmasını engellemek amacıyla ifşa edilmesi?
 - Davalının bir kanıt kaynağı olarak dahil edilmesi amacıyla kanıtlar?
 - Tutuklama ve alıkoyma koşulları? Hukuk sisteminiz, gizli tutuklama ve alıkoyma ve sınır dışı etmelere ve habeas corpus olmaksızın olağan dışı hüküm verilmesine imkan tanıyor mu?
15. Ülkenizde, hizmet sunucularının (internet sunucuları, seyahat acenteleri, havayolu şirketleri, kredi kartı şirketleri) tasarrufunda spesifik üretim emirleri (subpoena ya da değil) verildi mi?
16. Ülkenizde, polis veya adli makamlar tarafından toplanan duruşma öncesi kanıtlar adli denetime (duruşma öncesi kanıtların kabul edilebilirliği) tabi mi? Ağır suç alanında özel tedbirler mevcut mu?
17. Ülkeniz, yurtdışından edinilen bilgilerin kullanılmasına (kanıtların sınır ötesi kullanımı) izin veriyor mu? Cevap evetse, hangi koşullar altında?
18. Adil duruşma normlarını kesin olarak engelleyecek zorlayıcı tedbirler alındı mı?
19. Ülkenizde tanıkların, mağdurların, hakimlerin vs. gizliliğini koruma amacını güden özel tedbirler alındı mı?

V. Duruşma düzenlemeleri (cezai takibat, özel takibat)

20. Hukuk sisteminiz, ağır suçlarda aşağıda belirtilen hususlar konusunda özel kuralların uygulanmasını öngörüyor mu?

- Yargı yetkisi? Cevap evetse, yargı yetkisinin rationae materiae (yetki alanı) nedir?
 - Özel mahkemelerin oluşturulması dahil olmak üzere, söz konusu duruşmanın organizasyonu?
 - Tanıkların, kurbanların, hakimlerin vs. gizliliğinin korunması?
 - Duruşma sırasında delil ve kanıt? Ex parte takibatlarda korumalı ya da gizli deliller kullanılabilir mi? Delillerin ve çapraz sorguların ifşasında kamu yararı istisnası var mı? Deliller, özel durumlarda şüphelinin lehine ortadan kaldırılabilir mi?
 - Delillerin değerlendirilmesi?
21. Hukuk sisteminiz, ağır suçlarda aşağıdaki hususların kesinlikle sağlanmasını öngörüyor mu?
- Şüpheli/suçlanan/alıkonan kişinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı?
 - Duruşma sırasında masumiyetin varsayılması? Yoksa özel kurallar mı öngörülüyor (yükümlülüğün ya da sorumluluğun varsayılması, kanıtama zorunluluğunun iptali)?
 - Yersiz gecikme olmadan yargılanma hakkı ve tutuklamanın kanuni olup olmadığının en kısa zamanda belirlenmesi hakkı (habeas corpus)?
 - in dubio pro reo ilkesi?
 - Tarafların muhakeme usulüne ilişkin hakları (silahların eşitliği, adil duruşma)?
 - Davanın dinleyicilere açık olarak görülmesi hakkı;
 - Sözlü, adil ve tarafların hazır bulunduğu duruşma hakkı;
 - Duruşmada hazır bulunma hakkı;
 - Bütün ceza dosyaları belgelerine erişim yetkisine sahip olan bir avukat tarafından temsil edilme hakkı;
 - Kendisine karşı yöneltilen suçlama hakkında derhal bilgilendirilme hakkı;
 - Gerekçesi bildirilen davanın tamamen ifşa edilmesi ve savunmanın hazırlanması için makul süre verilmesi hakkı;
 - Takibatın dahilen (ilgili taraflar arasında) ve haricen aleni olması hakkı;

- İddia makamı tanıklarına soru sorma hakkı ve iddia makamı tanıklarına uygulanan aynı koşullar altında savunma tanıklarının duruşmaya katılması ve sorgulanması hakkı; yeni siber teknikler (video konferans vs.) için özel tedbirler; gizli ya da korumalı tanıklarla ilgili özel tedbirler (gizli ajanlar, istihbarat kuvvetlerine bağlı ajanlar)?
- Bir tercümanın ücretsiz yardımını alma hakkı;
- Dava sırasında kendisi aleyhine tanıklık etmeme hakkı;
- Avukat tarafından temsil edilme hakkı (zorunlu mu, değil mi?), yasal imtiyaz değişiklikleri? Avukat, serbest seçime mi bağlı yoksa devlet tarafından atanmış mı (denetiminde mi)?
- Sessiz kalma hakkı (sanığa haklarını bildirme zorunluluğuna getirilmiş herhangi bir kısıtlama var mı; sessiz kalma hakkına getirilmiş herhangi bir kısıtlama var mı?)
- Sanığın ifade vermeyi reddetmesinden yola çıkarak önyargılı sonuçlar çıkarılmasına izin veriliyor mu?

VI. Duruşma sonrası düzenlemeler (cezai takibat, özel takibat)

22. Hukuk sisteminiz, terör ve ağır suçlar söz konusu olduğunda aşağıda belirtilen hususlar üzerinde değişiklik yaptı mı?

- Daha yüksek bir mahkemenin verilen hükmü yeniden gözden geçirmesi hakkı (davanın, temyiz ya da anayasa mahkemesi veya Yargıtay tarafından yeniden gözden geçirilmesi)?
- Ya bir beraat kararını ya da suçlu bulma kararını ve müteakip cezalandırmayı takiben mükerrer dava açılmasının yasaklanması?

Ulusal Raporlar için Son Tarih: 01 Haziran 2008

J.Vervaele@law.uu.nl

Professor John A.E. Vervaele Janskerkhof 16, 3512 BM Utrecht

Netherlands Tel (00-31) (0) 302538030

John Vervaele 15 Haziran 2007

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

Fondée en 1924

**The principal challenges posed by the globalization of criminal
justice XVIIIth International Congress of Penal Law**

Section III Questionnaire

Criminal Procedure

Special Procedural Measures and the Protection of Human Rights

Place : Pula, Croatie

Date : 6 – 9 november 2008

General Reporter : Prof. John A. E. Vervaele (Utrecht Law School& College of Europe/
Bruges)

Young Penalists' Reporter: Celso Eduardo Faria CORACINI

SCHEME FOR NATIONAL REPORTS

1. National Reporters are requested to prepare a report on their domestic legal situation and praxis. They should submit a national report of a maximum length of 30 pages, respecting the basic structure of the questionnaire. If some points of the questionnaire are of no value in their country, please mention it in appendix. The national reports will be published in the Electronic Revue and in CD format.
2. The special procedural measures concern the prevention, investigation, and prosecution of serious offences (including organized crime and terrorism). See short introduction below. Please take into account that the AIDP has already analysed the challenge of organized crime on national criminal procedure systems (published in International Review of Penal Law, 1998, p. 643 - 1045.)

3. Please do not restrict your analysis to the changes within the common criminal proceedings, but also elaborate on the investigation and prosecution of suspects of serious offences via special proceedings (military justice, administrative justice, etc.).
4. Please pay attention both to the law on the books (legislation, doctrine) and the law in action (case-law, practices, etc.).
5. The national reports should be submitted before May 1st 2008 to:
Professor John A.E. Vervaele Janskerkhof 16, 3512 BM Utrecht
Netherlands Tel (00 -31) (0) 302538030
Email: J.Vervaele@law.uu.nl

QUESTIONNAIRE

BRIEF INTRODUCTION

The criminal justice system and its procedure (administration of criminal justice) is a complex legal order of organizations, institutions, actors, rules, and general principles of law. The criminal justice system and criminal proceedings reflect the equilibrium between effective justice in criminal matters (the use of the *ius puniendi* of the state) - the sword of *Justitia*- and the protection of due process and fair justice as part of the rule of law – the shield of *Justitia*.

The challenges to national criminal justice systems are posed in part by globalization, which make local crime capable of being transnational and which facilitates the commission of international crimes. For instance, the events of 9/11 showed that international crimes are global in scale and require global responses. Terrorism-related crimes, however, are not the only criminal activities that can be considered as increasingly global. Other transnational crimes also share this trait, such as drug-related crimes, organized crime, trafficking in women and children for sexual exploitation, and money-laundering (hereafter serious offences).

Not only did the threat of organized crime and terrorism substantially increase, but so did the transnational aspect of crime enforcement as well. The process of globalization of criminal justice

enforcement began with enhanced international cooperation in criminal matters and continues today with the evolution of a system of international criminal justice. Globalization of criminal justice did affect major aspects of national criminal procedures and, as a result, we witnessed recently in many countries an erosion of civil liberties and fundamental fairness and due process of law. Moreover, the digitalization of our societies means not only that criminal procedure has to take into account the online context of crime, but also that the online context offers new techniques of judicial investigation. In a globalized world, all legislators and actors of criminal justice have to weigh the interest of fair justice and protection of human rights in the field of criminal procedure against the interest of global and national security and public safety.

The challenges posed by crime and justice in the future are at the very core of economic and social development and human security. Human experience evidences that curtailing due process has never benefited security. The questionnaire, therefore, aims at seeing how *Justitia* keeps the interest of fair justice and the rule of law balanced against national security and public safety in dealing with serious offences.

I. Reform of legal framework: special measures with regard to prevention, investigation, and prosecution

1. To what extent do international human rights treaties and international humanitarian law treaties (Geneva conventions) apply in your domestic legal system? Are there any limitations to the application of these international standards in your country? Can citizens (suspects, accused, victims, witnesses...) derive rights from these treaties in your domestic legal order?
2. What important legislative reforms were carried out in your country in the last decades in the interest of national/global security and public safety? Are there currently any such reform plans? (brief description)
 - Did the reforms amend the existing common legal framework of criminal law enforcement, or did they elaborate an alternative track of special proceedings (military justice,

police justice, administrative justice, military commissions, etc.) outside the regular criminal justice system?

- Are these legislative reforms governed by constitutional provisions on emergency (including war)?
- Did criminal justice practice play a role in defining and carrying out the reforms? Did, e.g., higher courts (cassation or constitutional court) reverse elements of these reforms?
- Were the reforms subject to political or public debate?

II. General Questions on criminal proceedings and special measures

3. What are the general principles of your criminal procedure (e.g., principle of legality, fair justice, equality of arms) and what is their legal source (e.g., constitution, statute)?
4. At what stage(s) of the criminal process does your legal system provide for
 - the presumption of innocence?
 - the right of the suspect/accused to remain silent and the right not to be compelled to testify against himself or to confess guilt?
5. Does your common criminal procedure or special proceedings provide for a distinction between citizens and non-citizens, nationals or non-nationals, or specific categories of subjects (aliens, enemies, non-persons)?
6. Does your legal system allow for the suspension of human rights in emergency situations (including war)?
 - Who has the power to make this decision and which control mechanisms apply?
 - What safeguards may be suspended? Does your legal system distinguish between derogable and non-derogable human rights?
 - Can emergency serve as a ground to shift from common criminal proceedings to special proceedings (military forum, police procedure, administrative procedure, military commissions)?

7. Does your legal system recognize special measures by which parts of the legislation and/or parts of the criminal process may be classified (classified legislation, secret procedures, secret actors of justice, secrecy in the administration of criminal justice)?
8. Does your legal system allow for the use of intelligence information (e.g., general police intelligence, national or foreign intelligence services information) in criminal proceedings, such as
 - preliminary information for opening a criminal investigation;
 - evidence for probable cause for using coercive measures on goods and on persons (e.g., search and seizure, arrest, and detention);
 - evidence of liability/guilt in criminal proceedings?

III. Pro-active enforcement (common police or common criminal proceedings, special proceedings)

9. Do intelligence forces, regular police forces, or administrative enforcement agencies (such as customs or tax agencies) have the competence in your country to use coercive powers in a pro-active way? If yes,
 - under which conditions?
 - must there be a suspicion based on probable cause to use these coercive powers or are indications of dangerousness for the national security or public interest sufficient? Has the definition of suspicion been changed for serious offences?
 - can these coercive powers be used for persons other than suspects/accused of crimes (e.g., enemy combatants, enemy aliens, persons having no right to the protection of regular criminal procedure, etc.)?
 - how is division of labour regulated within the investigative authorities?
 - can the information obtained through the pro-active enforcement by means of use of coercive measures be shared between intelligence, police, administrative enforcement agencies, and judicial authorities?

9. Does your legal system allow for the use of tough forms of investigation techniques (torture or cruel, unusual, or inhuman treatment) during pro-active enforcement, and, if yes, under which conditions? What is the practice of your country in this field?
10. In case of serious offences, does your legal system allow for limiting
 - the right to habeas data (data protection, private life)?
 - the right to habeas corpus (arrest, detention, deportation, extraordinary rendition, etc.)?

IV. Pre-trial setting (common criminal proceedings, special proceedings)

11. Did your legal system experience an increase of
 - investigative powers and coercive powers (search and seizure, bugging and tapping, freezing orders, evidence production orders, arrest and detention, infiltration, etc.) of the investigation authorities? If yes, in which way?
 - cooperation duties of the investigated persons? If yes, in which way? Are there any new cooperation duties foreseen in transnational settings (e.g., transnational production orders of information)?
12. Did a shift of powers occur in your country
 - from the judiciary (investigation magistrates, judges for the preliminary trial setting) to the executive dealing with investigation (police, prosecutors, intelligence forces, administrative enforcement agencies, army)? If yes, how and to which extent?
 - from the public prosecutors to police, etc.? If yes, how and to what extent?
13. Did a specialization and/or centralization of the judicial investigative authorities take place in your country?
14. Were the rules in your legal system changed on

- the conditions to approve coercive measures (warrants) of the judiciary? If yes, how and to what extent? Has there been a redefinition of the probable cause for warrants?
 - the compilation of the investigative dossier or on the disclosure of evidence in order to keep part of it *ex parte*, thus not available for the defence?
 - evidence in order to include the defendant as a source of evidence?
 - the conditions for arrest and detention? Does your legal system provide for possibilities of secret arrest and detention, deportation, and extraordinary rendition without habeas corpus?
15. Were specific production orders (*subpoena* or not) introduced in your country for stored information at disposal of the service providers (internet providers, travel agencies, air companies, credit card companies)?
16. Is pre-trial evidence, gathered by police and judicial authorities, subject to judicial control (admissibility of pre-trial evidence) in your country? Are there special measures in the field of serious offences?
17. Does your country allow for the use of evidence obtained abroad (extraterritorial use of evidence)? If yes, under which conditions?
18. Have coercive measures been introduced in such a way that they could definitely preclude fair trial norms?
19. Were special measures introduced in your country for the protection of the secrecy of witnesses, victims, judges, etc.?

V. Trial setting (criminal proceedings, special proceedings)

20. When dealing with serious offences, does your legal system foresee special rules concerning
- jurisdiction? If yes, what is the jurisdiction *rationae materiae*?
 - the organization of the trial, including the setting up of special tribunals?

- the protection of the secrecy of witnesses, victims, judges, etc.?
 - evidence and proof at trial? Can shielded or secret evidence be used in *ex parte* proceedings? Is there a public interest exception to disclosure of evidence and cross-examination? Can evidence in favour of the suspect be deleted in special circumstances?
 - the evaluation of evidence?
21. When dealing with serious offences, does your legal system fully provide for
- the right of the suspect/accused/detained person to an independent and impartial tribunal?
 - the presumption of innocence at the trial or does it foresee special rules (presumption of liability or accountability, reverse of the burden of proof)?
 - the right to be tried without undue delay and the right to have the lawfulness of detention determined as soon as possible (*habeas corpus*)?
 - the maxim *in dubio pro reo*?
 - the procedural rights of parties (equality of arms, fair trial)?
 - the right to a public trial with an audience;
 - the right to an oral, fair hearing and adversarial proceedings;
 - the right to be present at the trial;
 - the right of the counsel to have access to all criminal case records;
 - the right to be informed without delay of the offence charged;
 - the right to full disclosure of the state's case and to adequate time to prepare a defence;
 - the right to internal (between parties involved) and external publicity of the proceedings;
 - the right to examine the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witness on his behalf under the same conditions as the witness against

him; special measures for new cyber techniques (videoconferencing, etc.); special measures concerning shielded or protected witnesses (undercover agents, agents of intelligence forces)?

- the right to have free assistance of an interpreter;
- the right not to be a witness in proceedings against oneself;
- the right to counsel (mandatory or not?), changes to legal privilege? Free choice or screened or assigned by the state?
- the right to remain silent (are there any limitations to the obligation to inform the accused of this right; are there limitations to the right to remain silent)?
- Is it permissible to draw prejudicial conclusions from the fact that the accused refused to testify?

VI. Post-trial setting (criminal, special proceedings)

22. When dealing with terrorism and serious offences, did your legal system modify

- the right of a higher court to review the sentence (appeal, cassation, constitutional review)?
- the prohibition of double jeopardy, following either an acquittal or finding of guilt and punishment?

Deadline for the National Reports: 1st June 2008

J.Vervaele@law.uu.nl Professor John A.E. Vervaele Janskerkhof 16, 3512
BM Utrecht Netherlands Tel (00 -31) (0) 302538030

John Vervaele, January 15th 2007

**Association Internationale De Droit Pénal International
Association Of Penal Law Asociación Internacional De
Derecho Penal**

Fondée en 1924

SECTION III		
Section III Special procedural measures and the Protection of Human Rights	Place: PULA, Croatia	Date: 6-9 November 2008
	President	Dr. Davor KRAPAC Professor of Law University of Zagreb Trg marsala Tita 14 HR- 1000 ZAGREB Croatia
	Vice-President (AIDP)	Dr. René Ariel DOTTI (Brazil) Professor of Law Federal University of Parana - Brazil Rua Marechal Deodoro, 497, 13° andar CEP 80020-320 Curitiba – Parana Brazil rene@dottieadvogados.com.br
	Vice-President (Local)	Dr. Davor DERENCINOVIC Professor of Law University of Zagreb Trg marsala Tita 14 1000 ZAGREB Croatia davorderen@yahoo.com
	General Rapporteur	Dr. John A.E. VERVAELE Professor of Law University of Utrecht Willem Pompe Institute; Janskerkhof16, NL-3512 BM UTRECHT, Netherlands j.vervaele@law.uu.nl
	Special Rapporteur	Dr. Elies van Sliedregt Professor of Law Leiden University

		<p>Department of Criminal Law & Criminology P.O. Box 9520 2300 RA Leiden tel. 071 5277539 fax 071 5277700 e.vansliedregt@law.leidenuniv.nl eliesvs@hotmail.com</p>
	Special Rapporteur	<p>Dr. Gabriela di Paolo Professor of Law Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Trento via Verdi, 53 - 38100 Trento (Italy) Tel. +39-0461-883852 Fax. +39-0461-883828 Email: dipaolo@jus.unitn.it</p>
	Secretary (AIDP)	<p>Dr. Katalin LIGETI Assistant Professor ELTE University (Budapest) H-1053 Budapest Egyetem tér 1-3. kligeti@ajk.elte.hu</p>
	Secretary (Local)	<p>Andrea Kazesovic andrea.kazesovic@zg.t-com.hr Tel. +385 91 222 098</p>
	Young Penalist	<p>Celso Eduardo CORACINI Münzgasse 1/18 1030 Vienna cefcoracini@gmail.com</p>

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

**Uluslararası Ceza Hukuku Derneği
1924'te kurulmuştur**

XVIII. Uluslararası AIDP Kongresi (İstanbul, Eylül 2009)

**Bölüm IV
Evrensel Yargı Yetkisi İlkesi / Teorisi***

Yer: Xi'An, China

Tarih: 17 – 20 Ekim 2007

Genel Raportör: Prof. Isidoro BLANCO

Genç Ceza Hukukçuları Raportörü: Astrid Reisinger

ANKET

I. Ulusal Hukuk'unuz Evrensel Yargı Yetkisi İlkesini tanıyor mu?

1. Bu ilke hakkındaki tartışma hangi isim altında – evrensellik ilkesi, evrensel adalet, evrensel yargı yetkisi ya da küresel adalet – meydana geldi?
2. Ülkenizin İç hukuku hala bu ilkeyi tanımıyorsa: Evrensel yargı yetkisi ilkesinin tanınmayışı kesin ve açık nedenlerle gerekçelendirilmiş mi?

(Çeviri: K. Yiğit AKALIN Att. at Law)

* Bazı yazarlar evrensel yargı yetkisi "teorisi" ifadesini kullanmayı tercih etse de bu metinde, daha kapsamlı olan yargı yetkisi "ilkesi" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

- Yakın gelecekte evrensel yargı yetkisi ilkesini yürürlüğe sokmayı hedefleyen inisiyatifler var mı?
 - Bu yönde gösterilen çabalar başarısız mı oldu? Olduysa, neden?
3. Ülkenizin İç Hukuku bu ilkeyi tanıyorsa: dayandığı yasal temeller nelerdir?
- yasal bir düzenlemeyle mi tanındı?
 - düzenleme yapılmadıysa, adli bir kararla mı tanındı?
 - Uluslararası bir sözleşmeyle mi tanındı?
4. Tanınan yasal gerekçeler nelerdir?
- Yargı yetkisine bağlı olarak suçun niteliği?
 - Devlet tarafından üstlenilen uluslararası yükümlülükler?
 - Uluslararası yasal düzeninin altında bulunduğu tehdit?
 - Ulusal topraklarda uluslararası bir suçlunun bulunduğu durumlarda ulusal yasal düzenin altında bulunduğu tehdit?
5. Evrensel yargı yetkisi ilkesi ile ceza kanununun sınır ötesinde kullanımını için öngörülen diğer kriterler (aktif kişilik ilkesi, pasif kişilik, aut dedere aut judicare ya da yardımcı bir ilke) arasındaki farklar nelerdir?
6. Uygulayan Devlet ile belli bir temas noktasının var olması gerekli mi?
7. Evrensel yargı yetkisinin kurulması için belli bir zanlının ulusal topraklarda bulunması gerekli mi? Cevap evetse, bunun gerekçeleri nelerdir?
- Ulusal mevzuat tarafından açıkça tanınmış mı?
 - Hukuki uygulama meselesi mi?
8. Ülkenizde, evrensel yargı yetkisine tabi olan suçlar ve bunun dayandığı yasal gerekçeler nelerdir (örneğin kölelik, savaş suçları, korsancılık, insanlık suçları, soykırım, işkence, terör, uyuşturucu kaçakçılığı, sahtecilik, çevre suçları ve diğer suçlar)?

II. Evrensel Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisinin Düzenlenmesi

1. Ulusal hukukunuz, evrensel yargı yetkisine tabi ağır suçların şüphelilerine ya da sanıklarına, davlarının tarafsız olarak ve kısa süre içerisinde görülmesi için gerekli bütün hakların garantisini veriyor mu?
2. Takdire bağlı adli takibat ilkesinin uygulanmasını tanıyor mu? Bu suçların takdire bağlı olarak kovuşturulması mümkün mü ve hangileri?
3. Devletin bütün mahkemeleri, evrensel yargı yetkisini kullanabiliyor mu? Bu görevi yerine getirmekle görevlendirilmiş belli bir yargı organı var mı?
4. Evrensel yargı yetkisine tabi ihlallerle suçlanan sanığa karşı uluslararası bir tutuklama emri çıkarabilen bir yargı organı var mı?
5. Emrin yerine getirilmesi için gerekli olan koşullar nelerdir? Tutuklanması talep edilen kişinin suçluluğunu kanıtlamak için makul delillerin sunulması zorunlu mudur?
6. Ülkenize uluslararası bir tutuklama emri tebliğ edilirse, ülkeniz bu emri suçun kanıtı olarak kabul ediyor mu? Bu emrin yerine getirilmesinin doğuracağı potansiyel politik sonuçları dikkat alıyor mu?
7. Evrensel yargı yetkisinin gıyabında kullanılması mümkün mü (şahsen ya da gıyabında evrensel yargı yetkisi)?

III. Evrensel Yargı Yetkisi ve Eşzamanlı Cezai Yargı Yetkisi

1. Ulusal mevzuatınızda, birden fazla yargı yetkisinin mevcut olmasından kaynaklanan ihtilafların baş göstermesi halinde çözüm sağlanması amacıyla hazırlanan açık ve kesin kriterler var mı? Örneğin evrensel yargı yetkisine tabi bir suçun kovuşturulması ile ilgili, iki Devletin yargı yetkisine sahip olması halinde nasıl davranılıyor?
2. Eğer bu gibi kriterler varsa, ulusal mahkemeleriniz bu kriterleri tanıyor mu? Cevap evetse, bu kriterler nelerdir?

(A)Evrensel Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemeleri

1. Ülkeniz, mevcut uluslararası ceza mahkemeleri ile ilgili herhangi bir sözleşmeye taraf mıdır?
2. Ülkenizin ICC sözleşmesini halihazırda imzalamış ise (ya da imzalamaya hazırlanıyor olması halinde), bu sözleşmenin imzalanmasının asıl amacı, bunun ülkeniz Anayasasında bir reformun yapılması için gerekli olması mıdır? Eğer gerekli olduğu için ise, ne şekilde gereklidir?
3. Ülkenizin ICC sözleşmesini henüz imzalamamış olması halinde: ne tür zorluklarla karşılaştı? Yasal zorluklar (muhtemelen anayasal zorluklar)? Başka zorluklar?
4. Mevzuatınız, bu gibi bir durumun gerçekleşebileceği düşüncesiyle, uluslararası bir mahkeme ile ülkeniz arasında baş gösterebilecek yargı yetkisi ihtilafları için kalıcı bir kural içeriyor mu? Örneğin şu durumu düşünün: Suçun niteliği gereğince gerek ülkeniz gerekse uluslararası ceza mahkemesi, evrensel yargı yetkisi ilkesi uyarınca yargı yetkisine sahiptir.
5. Bu ihtilafı çözmek için uygulanması öngörülen kurallar nelerdir?
6. Uluslararası mahkemenin öncelikli konuma sahip olması halinde:
 - Uluslararası ceza mahkemesinin yetkili olması halinde, yerel mahkemelerin resmi olarak denetim yapması gerekli mi? Yoksa uluslararası mahkemenin bu önceliği bizzat talep etmesi mi gerekiyor?
 - Yetkili olması halinde, devam eden bir davayı yargılamayı kendisi yapmak için talep edebilir mi?
7. Uluslararası mahkemenin yardımcı konuma sahip olması halinde; devam eden bir davayı hangi koşullar altında yargılamayı kendisi yapmak için talep edebilir?

(B)Evrensel Yargı Yetkisi ve ne bis in idem ilkesi

1. “ne bis in idem” ilkesi ulusal düzeyde tanınıyor mu?
2. “ne bis in idem” ilkesi ulus aşırı düzeyde tanınıyor mu? Yurtdışında gerçekleştirilen eylemlere hangi ölçüde uygulanıyor?

3. Evrensel yargı yetkisinin uygulanması bakımından kesin bir kısıtlama teşkil ediyor mu?
4. “ne bis in idem” ilkesinin koşulları ve uzantıları nelerdir?
5. İstisnalar var mı?

IV. Evrensel Yargı Yetkisi ve Ceza Davalarında Uluslararası İşbirliği

1. Delilleri korumak için evrensel yargı yetkisini ne derece kullanabilirsiniz? Devlet, delillerin korunması için herhangi bir emre uyumak zorunda mı?
2. Ülkenizde, bir suçu işlemekle itham edilen bir suçlunun, evrensel yargı yetkisine dayanarak ülkesine iade edilmesinin talep edilmesi mümkün mü?
3. Ülkenizde, bir suçu işlemekle itham edilen bir suçlunun, evrensel yargı yetkisine dayanarak üçüncü bir Devlet tarafından ülkesine iade edilmesinin talep edilmesi mümkün mü?
4. Yukarıda yer alan iki durumda da çifte suçluluk ilkesi dikkate alınmak zorunda mı?
5. Suçlunun ülkesine iadesi belli bir nedenden ötürü reddedilebilir mi? Bu nedenler nelerdir: talep eden Devlette idam cezasının uygulanıyor olması; işkence; acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele; uluslararası insan hakları normlarının ihlal edilmesi (adil yargılanma hakkı, vs. ...)?
6. Suçlunun ülkesine iadesi reddedildiğinde;
 - Devlet, bir suçu işlemekle itham edilen kişinin kovuşturmasını yapmakla yükümlü mü?
 - Devlet, bir suçu işlemekle itham edilen kişiyi insan hakları konusunda uluslararası normlara saygı gösteren üçüncü bir Devlete iade etmekle yükümlü mü?

V. Evrensel Yargı Yetkisinin kullanılmasına ilişkin Kısıtlamalar

(A)Aflar ve barış süreci

1. Ülkenizde, evrensel yargı yetkisine tabi suçlardan sorumlu kişiler için af çıkarılması mümkün mü?

- Varsa yasal gerekçeleri nelerdir?
 - Cevap evetse, bu durum ceza davalarında evrensel yargı yetkisi ilkesini uygulayan diğer Devletlerle işbirliğini engelliyor mu? Peki, suçluların iadesi söz konusu olduğunda?
2. Ülkeniz, kendi ulusal mevzuatı uyarınca aftan yararlanan ve belli suçlardan sorumlu olan kişiler üzerinde evrensel yargı yetkisi kullanabiliyor mu? Cevap evetse, ulusal yargı organı, bu affın çıkarılmasını çevreleyen koşulları değerlendirebilecek durumda mı (özellikle diktatör Devletlerden demokratik Devletlere geçiş söz konusu olduğunda)?
 3. Devletin uygulaması nedir?
 4. Ulusal mutabakat süreçleri de benzer etkilere sahip mi?

(B) Diğer Devlet temsilcilerinin dokunulmazlıkları

1. Ülkeniz, diğer Devlet temsilcilerinin kişisel dokunulmazlıklarını açık bir biçimde tanıyor mu?
 - Cevap evetse, bunun gerekçeleri nelerdir? Konvansiyonel uluslararası hukuk, örfi, diğer? – Bu dokunulmazlık Devletin diğer temsilcilerinden hangilerini kapsıyor (Devlet Başkanları, Başbakanlar, dışişleri bakanları, diğer)?
 - Eğer varsa, mevzuata yabancı Devlet temsilcilerinin kişisel dokunulmazlıklarıyla ilgili açık ifadelerin dahil edilmesine yönelik kalıcı teklifler var mı?
2. Evrensel yargı yetkisi ilkesi uyarınca bu dokunulmazlık, ulusal topraklarda bulunan başka bir Devletin temsilcisi hakkında çıkarılmış bir tutuklama emrinin yerine getirilmesini engeller mi?
3. Şartlar mevcut ise,
 - Kişinin görevlerini yerine getirilmesinde diğer Devlet temsilcisiyle mi kısıtlı?
 - Ya da sadece kişinin görevlerini yerine getirmiyor olması halinde mi?
4. Bir Devlet temsilcisinin şahsi eylemleri ile resmi eylemleri arasında herhangi bir ayırım gözetiliyor mu? Cevap evetse, bu ayırımın sonuçları nelerdir?

5. Bir yabancı Devlet temsilcisine yüklenen çeşitli suçlar arasında belli bir ayırım gözetiliyor mu? Uluslararası hukukun ihlali olarak sayılan ağır suçlar ya da başka suçlar var mı?
6. Ülkenizde, uluslararası hukukun ihlali sayılan suçların kişisel dokunulmazlık kapsamından çıkarılmasının gerekli olup olmadığı konusunda herhangi bir tartışma var mı?

(C)Suçun zamanaşımına uğrayarak evrensel yargı yetkisinin uygulanmasını sınırlaması

1. Ülkenizde, ceza kovuşturmaları ve işlenen suçlar için verilen cezalar herhangi bir zamansal sınırlamaya tabi mi?
2. Mevzuatınız, bu çeşitli zamansal sınırlamalar ile işlenen suçun ağırlığı arasında herhangi bir ayırım gözetiyor mu?
3. Söz konusu zamansal sınırlamalar nelerdir?
4. Evrensel yargı yetkisine tabi olup herhangi bir zamanaşımına da tabi olan suçlar var mı? Bu durum uluslararası suçlarda olduğu gibi mi?
5. Yasallık sorunları: Evrensel yargı yetkisine tabi bir suç işlendikten sonra zamanaşımına ilişkin sınırlamaların değiştirilmesi mümkün mü?
6. Ülkeniz, başka bir ülkede işlenen uluslararası bir suçun, ulusal mevzuat uyarınca zamanaşımına uğramış olsa bile kovuşturmasını yapabiliyor mu?

VI. Son Sorular

1. Evrensel yargı yetkisinin uygulamadaki önemi hakkında:
 - Evrensel yargı yetkisi ilkesinin pratikte uygulanması, şu anda ülkenizde tartışılan bir sorun mu?
 - Eğer öyleyse, bu uygulama, uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı ağır suçlar işleyen suçluların nakledilmesinde herhangi bir öneme sahip mi?
2. Uluslararası düzeyde reformlar:

- Sizin fikrinize göre, gelecekte evrensel yargı yetkisi ilkesinin yasal bir modeline dahil edilmesi gereken çok önemli noktaları teşkil eden reformlar nelerdir?
 - Evrensel yargı yetkisi ilkesinin, insan hakları yönünde ne derece ve hangi noktalarda değiştirilmesi gerekli?
3. Gelecekte yapılması öngörülen reform teklifleri var mı?

**Association Internationale De Droit Pénal
International Association Of Penal Law
Asociación Internacional De Derecho Penal**

Fondée en 1924

XVIII International Congress of the AIDP (Istanbul, September 2009)

**Section IV
“The Principle/Theory* Of Universal Jurisdiction”**

Place: Xi'An, China

Date : 17 – 20 October 2007

General Reporter : Prof. Isidoro BLANCO

Young Penalists' Reporter : Astrid Reisinger

QUESTIONNAIRE

I. Is the Principle of Universal Jurisdiction Recognized in National Law?

1. Under which name – the universality principle, universal justice, universal jurisdiction, or global justice – has the debate over the principle developed?
2. If the principle has still not been the object of recognition in domestic law: Is the absence of recognition of the principle of universal jurisdiction justified by precise reasons?
 - Do there exist initiatives with a view to the introduction of the principle of universal jurisdiction in the near future?
 - Did these efforts fail? If so, why?

* Although some authors prefer to use the expression “theory” of universal jurisdiction, we use in the text the more extended expression “Principle” of universal jurisdiction.

3. If the principle is already recognized in the domestic law, what is the legal foundation?
 - Through a legal regulation?
 - In the absence of regulation, by judicial decision?
 - By international convention?
4. What is the recognized legal rationale?
 - the nature of the crime dependent on the jurisdictional principle?
 - the international obligations assumed by the State?
 - the threat to the international legal order?
 - the threat to the national legal order where an alleged international criminal is present on national territory?
5. What are the differences in the principle of universal jurisdiction with the other criteria for the extraterritorial application of the criminal law (the principle of active personality, passive personality, aut dedere aut judicare, or an auxiliary principle)?
6. Is the presence of the certain point of contact with the State that exercises it necessary?
7. Is the presence of the accused on the national territory necessary in order to establish universal jurisdiction? If yes, what is the rationale?
 - Is it expressly recognized by national legislation? – Is it a matter of jurisprudential practice?
8. In your country, what are the crimes subject to universal jurisdiction and on which legal rationale (e.g., piracy, slavery, war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, terrorism, drug trafficking, counterfeiting, environmental crimes, other crimes)?

II. Universal Jurisdiction and the Organization of Jurisdiction

1. Does the national law guarantee to persons suspected or accused of serious crimes subject to universal jurisdiction all the rights that are necessary to assure that their process is equitable and expeditious?

2. Does it recognize the application of the principle of discretionary prosecution? Is one able to exercise the discretion to prosecute these offenses and for which?
3. Are all courts of the State able to exercise universal jurisdiction? Does there exist a specific judicial organ to exercise this function?
4. Is there a judicial organ able to issue an international arrest warrant against the accused for violations subject to universal jurisdiction?
5. What conditions are necessary to fill the order? Does one have to provide reasonable proof of the culpability of the requested subject?
6. If your country receives an international arrest warrant, will it consider the existence of such as proof of guilt? Will it take account of the potential political ramification of the application of this order?
7. May universal jurisdiction be exercised in absentia (universal jurisdiction in persona or in absentia)?

III. Universal Jurisdiction and Concurrent Criminal Jurisdiction

1. Does your national legislation provide express criteria to allow for resolution in case of conflict of multiple jurisdictions? For example, if two States are competent to prosecute a crime subject to universal jurisdiction?
2. If applicable, do your national courts recognize these criteria? If so, what are the criteria?

(A) Universal Jurisdiction and International Criminal Tribunals

1. Is your country a party to a treaty to one of the existing international criminal tribunals?
2. If your country has already ratified the ICC treaty (or is preparing to do so), is it (or will it be) necessary to do this to proceed with a reform of your Constitution? In this case, in what manner?

3. In case your country has not ratified the ICC treaty, what were the difficulties encountered? Legal difficulties (possibly constitutional)? Other difficulties?
4. Does your legislation, in anticipation of such a situation, contain a permanent rule for conflicts of jurisdiction with an international tribunal? Imagine the following situation: Your country is competent to judge in conformity with the principle of universal jurisdiction, as well as the international criminal tribunal because of the nature of the crime.
5. What are the rules to apply to solve this conflict?
6. If the international tribunal has a position of preference:
 - Are the domestic tribunals required to check, officially, if the international criminal tribunal is competent? Or does the international tribunal itself have to demand this priority?
 - If it is competent, is it able to request in its favor a case already in progress?
7. If the international tribunal occupies an auxiliary position: under what conditions may it request in its favor a case already in progress?

(B) Universal jurisdiction and the principle of ne bis in idem

1. Is the principle of ne bis in idem recognized at the national level?
2. Is the principle of ne bis in idem recognized in the transnational sphere? To what degree is it applied to acts committed abroad?
3. Does it constitute an express limitation on the exercise of universal jurisdiction?
4. What are the conditions and extension of the ne bis in idem principle?
5. Do exceptions exist?

IV. Universal Jurisdiction and International Cooperation in Penal Matters

1. To what degree can you utilize universal jurisdiction to preserve evidence? Is the State obliged to comply with an order to preserve evidence?
2. In your country, is it possible to request the extradition of an alleged offender on the basis of the principle of universal jurisdiction?
3. Is it possible in your country to request the extradition of an alleged offender requested by a third State based on universal jurisdiction?
4. In the two cases, must the double criminality principle be respected?
5. Are you able to refuse extradition for particular reasons? What are they: Application of the death penalty in the requesting State; acts of torture; cruel, inhuman, and degrading treatment; violations of international human rights norms (due process, etc. . . .)?
6. In refusing extradition,
 - Is the State required to prosecute the alleged offender?
 - Is the State required to extradite the alleged offender to a third State that respects international norms in the matter of human rights?

V. Limits on the Exercise of Universal Jurisdiction

(A) Amnesties and the peace process

1. In your country, is it possible to grant amnesty to those responsible for crimes subject to universal jurisdiction?
 - If applicable, what is the legal rationale?
 - If yes, does this prevent the cooperation with other States applying the principle of universal jurisdiction in criminal matters? And in extradition?
2. Can your country exercise universal jurisdiction over persons responsible for crimes who were given amnesty in accord with

their national legislation? If applicable, is the national judicial organ able to evaluate the circumstances surrounding the grant of this amnesty (in particular, in the case of transition of dictatorial States to democratic States)?

3. What is the practice of the State?
4. Do the processes of national reconciliation have a similar effect?

(B) Immunities of the representatives of other States

1. Does your country expressly recognize the personal immunities of representatives of other States?
 - If yes, what is the rationale? Conventional international law, customary, other? – Which representatives of other States are covered by this immunity (Heads of State, Prime Ministers, ministers of foreign affairs, others)?
 - If applicable, do there exist permanent proposals to include express mention in the legislation relating to personal immunities of representatives of foreign States?
2. According to the principle of universal jurisdiction, would immunity prevent the execution of an arrest warrant directed against a representative of another State present on the national territory?
3. If applicable,
 - Is it limited to the representative of another State in the exercise of one's functions? – Or only if not anymore exercising one's functions?
4. Is there a certain distinction established between the private act and the official act of representatives of a State? In this case, what are the consequences of this distinction?
5. Is there a certain distinction established between the different crimes ascribed to the representatives of a foreign State? Are they offenses representing a serious violation of international law or other crimes?

6. Does there exist in your country a debate on the necessity to exclude from the scope of personal immunities crimes representing a serious violation of international law?

(C) The prescription of the offense as a limit on the exercise of universal jurisdiction

1. In your country, are the penal persecutions and penalty for offenses subject to temporal limitations?
2. Does your legislation make a distinction between these different temporal limits and the nature of the seriousness of the offense?
3. What are the temporal limits?
4. Are the offenses subject to universal jurisdiction subject to any statute of limitation? In the same manner as international crimes?
5. Problems of legality: Is one able to change the limits of the prescription after the offence subject to universal jurisdiction was committed?
6. Is your country able to prosecute an international crime committed in another country if it is prescribed according to national legislation?

VI. Final Questions

1. On the practical significance of the principle of universal jurisdiction:
 - Is the practical application of the principle of universal jurisdiction a problem currently debated in your country?
 - If yes, does the application have a certain importance for the movement of criminals committing serious crimes against international human rights treaties?
2. Reforms on the international level:
 - Which would be, according to you, the essential points that should be contained in a future legal model on the principle of universal jurisdiction?

- Up to what point does a modification of the principle of universal jurisdiction going in the direction of human rights appear necessary?
3. Are there proposals for reform in the future?

Deadline for the national reports: 31 May 2007
blancoi@uvigo.es

Prof. Dr. Isidoro Blanco
Facultad de Derecho
Ourense. España

Küreselleşme Çağında Uluslararası Cezai Adalet

M. Cherif Bassiouni* / Çev. Batu Kınıkoğlu

Bölüm 1

GİRİŞ

Uluslararası cezai adalet sistemi; Uluslararası Ceza Mahkemesi, *ad hoc* mahkemeler, uluslararası tahkikat organları ve uluslararası ceza hukukunun yürürlüğe koyulmasının geliştirilmesi konusunda tamamlayıcı¹ biçimde çalışan ulusal cezai adalet sistemleri gibi uluslararası kurum ve sistemlerin bir birleşimidir. Kendi içinde sıkı bir biçimde bağlanmamış bu sistemin etkili olabilmesi, sistemdeki her bir kurumun ve özellikle ulusal hukuk sistemlerinin, kanuni takibatı gerçekleştirme ya da suçluyu iade etme yükümlülüklerini gerçekleştirmesine bağlıdır. Gevşek bir şekilde bağlanmış olan bu sistem, zamanla kendi içindeki tamamlayıcı kurumların gösterdiği şekilde işlemsel bir bağlılık kazanacaktır.

Bunun gerçekleşebilmesi için, hukuk kurallarının bu kurumların işlevlerine uygun şekilde oluşturulması gerekmektedir. Hukuki bir ağ ya da şebeke, hukukun yaptırım gücünü arttıracak, aynı zamanda rekabet içindeki hukuk sistemleri arasındaki ihtilafları engelleyecek ve hukuki boşlukları dolduracaktır. Aynı zamanda, bu ağ ya da şebeke, *jus cogens* uluslararası suçlar hakkında evrensel yargılamanın oluşturulmasını sağlayacak ve statü dolayısıyla sağlanan sınırlamaları ortadan kaldıracaktır. Bu ve diğer uluslararası suçlar için, cezai konularda uluslararası işbirliği geliştirilmeli ve bu işbirliğinin daha etkili olması sağlanmalıdır.² Bütün

* Ünlü araştırma görevlisi, hukuk profesörü, DePaul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü Başkanı; Uluslararası Ceza Hukuku İleri Çalışmalar Enstitüsü (Syracusa, İtalya) Başkanı, Association Internationale de Droit Penal Başkanı. Bu makalenin bazı kısımları M. Cherif Bassiouni'nin *Man's Inhumanity to Man* 65 (L.C. Vorah ed., 2003) isimli eserindeki *The Philosophy and Policy of International Criminal Justice* yazısına dayanmaktadır. Bu yazı daha sonra, M. Cherif Bassiouni'nin *Introduction to International Criminal Law* (2003) adlı eserinde de yayımlanmıştır. Kluwer Law International and Transnational Publishers'in izni ile tekrar basılmıştır.

1. Bkz. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (2003) bölüm 1, kısım 1.4; bölüm 4, kısım 4; bölüm 6, kısım 2.2.

2. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5 (supra yazıda anılan, adı geçen eser).

bunlar, *aut dedere aut judicare*^{çn1} ilkesinin tam ve etkili bir biçimde uygulanmasını gerektirmektedir.³ Önerilen bu ağ sistemi, küreselleşme çağında birçok sektörde uygulamaya konulmuş bir sistemdir ve iş ve finans sektörlerinde etkisini ve başarısını kanıtlamıştır. Bu sistem uluslararası ve ulusal hukuk kurumları arasında bir bağ oluşturmakla sınırlı kalmayacak, uluslararası suçlar için sorumluluğun artırılması ve kişisel dokunulmazlığın azaltılması amaçlarına da hizmet edecektir. Bu da uluslararası suçun azaltılması ve böylece uluslararası güvenlik, adalet ve barışın güçlendirilmesine yarayacaktır.

Bölüm 2 SORUMLULUĞU ARTTIRMAK

Uluslararası, ulusalüstü ve ulusal suçlarda bireysel cezai sorumluluğa ulaşmanın en etkili yolu, ulusal ve uluslararası takibatın artırılması ve uluslararası cezai meselelerdeki işbirliği norm ve standartlarının geliştirilmesidir.⁴ Dünyada bulunan neredeyse 200 ulusal hukuk sisteminin ve bunlara ek olarak uluslararası muhakeme ve tahkikat organlarının hepsinin aynı tip suçluların peşinde olduğu düşünüldüğünde, bu amaca, her yerde aşağı yukarı aynı hukuk normlarının uygulanması ve daha etkili bir işbirliği ile ulaşılabileceği görülmektedir. Ayrıca, uluslararası toplum hala mağdurlara tazminat sağlanması ile ilgili bir sistem içermemektedir.⁵

çn1: “İade et ya da yargıla” anlamına gelen Latince hukuk deyimini.

3. M. Cherif Bassiouni & Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law* (1995).
4. Bkz. *The Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice: A Compendium of United Nations Norms and Standards* (M. Cherif Bassiouni, ed., 1994).
5. Uluslararası suç mağdurlarına tazminat, telafi ve rehabilitasyon sağlama ihtiyacı üzerine de ayrıca odaklanmak gereklidir. Bkz. *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni: Commission Resolution 1999/33, U.N. Doc. E/CN.4/62* (18 Ocak 2000); *Commission on Human Rights Resolution on The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, U.N. Doc. 2002/44* (23 Nisan 2002); *The Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, Note by the High Commissioner for Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/2003/63* (27 Aralık 2002) ile uyumlu olarak sunulmuştur. Ayrıca bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 1 not 125 ve ilave metin. Bu mağdurların haklarının yürürlükleri altında ulusal hukuk sistemleri aracılığıyla koyulmalı ve failer için bir sorumluluk, mağdurlar için de bir tazminat mekanizması kurulmalıdır. İkisi de birbirine bağlı olmalıdır. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 2, kısım 7.

Geliştirilmiş uluslararası işbirliği,⁶ etkili ulusal hukuk sistemlerinin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Ancak malesef, özellikle gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde, hukukçular, gerekli yetenek ve deneyime sahip değildir. Bu durum özellikle sivil ihtilafların bulunduğu ya da bu tür ihtilaflardan yeni çıkmış ve bu ihtilaflar yüzünden hukuk sistemleri çökmüş ya da önemli ölçüde hasara uğramış ülkelerde daha da belirgindir. Bu ülkelerdeki çatışma sonrası durumlar, uluslararası toplumun bu konularda yardımda bulunmada ne kadar hazırlıksız olduğunu bizlere göstermiştir.⁷ Hukuk sistemleri çökmüş ülkeler ve bu ülkelerdeki hükümetler, daha acil sosyal ve ekonomik gereksinimleri bulunduğundan, hukuk sistemlerine yeterli derecede ekonomik kaynak aktaramamaktadır. Afganistan örneğinde de açıkça görülebileceği gibi, bu ülkelere yardımda bulunan ülkeler, çoğu zaman hukuk sistemini yeniden yerine oturtmak ve geliştirmek için ekonomik ve teknik yardımda bulunmanın ne kadar önemli olduğunu farkına varamamaktadır.⁸ İhtilaftan sonra bu ülkelerde ulusal hukuk sisteminin yeniden yerine oturtulması için hiçbir etkili uluslararası program bulunmamaktadır.⁹ Üstelik var olan baskıcı rejim kendi hukuk sisteminin bağımsız, tarafsız, adil ve etkili olarak çalışmasını da engellemektedir. Bütün bunlar gözönüne alındığında, bu tür olaylara daha küresel bir yaklaşımın gerektiği görülmektedir.

Ancak değişim hiçbir zaman kolay olmamıştır. Nicolo Machiavelli'nin 1537'de belirttiği gibi "Dünyada yeni yöntemleri tanıtmaya görevini üstlenmekten daha zor, bu yöntemlerle yönetmekten daha riskli ve bu yöntemlerin başarısından daha az belirsiz olan başka bir şey yoktur."¹⁰ Uluslararası cezai adalet sistemi, açıkça, uluslararası ve ulusal adalet sistemlerini bağımsız, tarafsız, adil ve etkili çalışacak şekilde birbirine bağlayan küresel bir işbirliğidir. Bu işbirliği uluslararası *jus cogens* suçlar için, ülkelerin yaptırım gücünü ve bu sayede sorumluluğunu da artırmayı içermektedir.¹¹

6. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5.

7. Bkz. Post-Conflict Justice (M. Cherif Bassiouni ed 2002); Accountability for Atrocities: National and International Responses (Jane Stromseth ed., 2003).

8. Bkz. Afganistan: Judicial Reform and Transitional Justice (International Crisis Group, 28 Ocak 2003).

9. Bkz. supra not 7.

10. Niccolo Machiavelli, Il Principe: Le Grandi Opere Politiche (1532) (G. M. Anselmi & E. Menetti trans. 1992).

11. Sorumluluğun kesinliği bir ya da birçok mekanizmanın birleşimi ile, uluslararası ya da ulusal hukuk ve idare organları tarafından yürütülmelerinden bağımsız olarak, sağlanabilir. İhtilafların çö-

Uluslararası cezai adalet geliştikçe, uluslararası toplum, küreselleşmenin uluslararası cezai adaleti de kapsadığının farkına varmıştır. Ancak bu durum güçlü ülkelerin çıkarları ile uyumsuzdur. Örneğin 11 Eylül saldırıları uluslararası suçun küresel bir kapsamda değerlendirilmesi ve karşılık bulması gerektiğini bize göstermiştir.¹² Ancak küresel sayılabilecek tek suç tipi terörizm ile ilgili suçlar değildir. Uyuşturucu ile ilgili suçlar, organize suç, kadın ve çocukların cinsel istismar için ticareti, kara para aklama gibi diğer ulusalüstü suçlar da bu özelliindedir. Bunlar ülkelerin çıkarlarını daha çok ilgilendiren suçlardır. Bunun tersine soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence gibi ülkelerin faaliyetlerinin ve politikalarının öne çıktığı suçlar da uluslararası toplumu daha çok ilgilendiren suçlardır.

Uluslararası cezai adaletin küreselleşmesi işlemi, cezai konularda uluslararası işbirliği ile başlamıştır¹³ ve uluslararası cezai adaletin bütünlüğü bir parçası haline gelecek şekilde yavaşça gelişmektedir.¹⁴

Şu anda sorulması gereken soru, uluslararası cezai adaletin, uluslararası hukuk sisteminin değerlerinin, kurallarının ve uygulama alanının bir parçası mı olduğu yoksa aynı zamanda ulusal hukuk sistemlerinin özelliklerini de mi içerdiğidir. Eğer ikincisi doğru kabul edilirse, uluslararası cezai adaletin, özellikleri ve usul mekanizmalarının belirlenmesi gereken *sui generis* bir sistem olduğu anlaşılacaktır.¹⁵ Sonuç olarak, uluslararası cezai adaletin felsefesinin ve kurallarının nasıl belirleneceği, uluslararası hukuk sisteminin ve ilgili ulusal hukuk sistemlerinin çıkar ve hedeflerini de bizlere gösterecektir. İşte bu yüzden uluslararası cezai adaletin felsefesi ve kurallarının büyük bir bölümü, uluslararası ve ulusal

zümlemelerinde şu sorumluluk mekanizmaları kullanılmıştır: Uluslararası takibatlar, uluslararası tahkikat komisyonları, ulusal tahkikat ve hakikat komisyonları, ulusal takibatlar, arındırma mekanizmaları, medeni hukuk kanun yolları, mağdurların korunması ile ilgili mekanizmalar. Bkz. M. Cherif Bassiouni, *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*, 59 *Law & Contemp. Probs.* 9 (1996), 18-22.

12. Bkz. *International Terrorism: Multilateral Conventions 1937-2001* (M. Cherif Bassiouni ed 2001); 1, 2 *International Terrorism: A Compilation of United Nations Documents 1972-2001* (M. Cherif Bassiouni ed 2002); M. Cherif Bassiouni, *Legal Controls of International Terrorism: A Policy-Oriented Perspective*, 43 *Harv. Int'l L. J.* 83 (2002).

13. Bkz. Bassiouni, *supra* not 1, bölüm 5.

14. Bkz. *supra* not 1.

15. Bkz. Bassiouni, *supra* not 1, bölüm 1, kısım 3 ve 4.

hukuk normlarından doğmuş olan “hukukun genel ilkeleri”nden alınmış durumdadır.¹⁶

Cezai adaletin felsefe ve kuralları ulusal bazda karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, her ne kadar ulusal cezai adalet sistemleri bazı farklılıklar içerse de, bütün ulusal hukuk sistemlerinde tarihsel bir bağın bulunduğu görülebilir. Bu tarihsel bağın izi, çoğu hukuk sisteminde, 3500 yıl öncesine kadar sürülebilir. Bunun nedeni, bunun, bireylerin bireysel intikamdan devletin vatandaşlarını koruma görevi karşılığı vazgeçtiği ve bir tecavüzün varlığı halinde bireyin cezayı kabul ettiği toplumsal sözleşmeye dayanmasıdır.¹⁷ Sonuç olarak bütün organize toplumlar, mağdurun tek taraflı bireysel intikam hakkını, kurulmuş sosyal düzenin izin verdiği durumlar hariç, tamamen ya da kısmen elinden alan bir sistem kurmuşlardır. İster sosyal düzenin emredici kurallarıyla¹⁸ ister bir toplumsal sözleşme sonucu olsun, organize toplum, mağdurun tek taraflı bireysel intikam hakkını elinden almıştır. Böyle yaparak, bu hakkın yerine, ceza hukuku ve medeni hukukta yasal tazminat olarak şekillenmiş bir sosyal sistem getirmiştir.¹⁹ Başka bir deyişle, organize toplum, bireyin devlete devrettiği cezalandırma hakkı ile bireyin kendisinde kalmış olan hukuki tazminat isteme hakkını birbirinden ayırmıştır. Bu olay,

-
16. Bkz. M. Cherif Bassiouni, A Functional Approach to “General Principles of International Law” 11 Mitch. J. Int'l 768 (1990).
17. Bkz. Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social (Ronald Ginsley ed 1972); Baron De Montesquieu, The Spirit of the Laws (Thomas Nugent trans, 1990).
18. Cezai adaletin evrenselleştirilmesi sonucu toplumlar bireysel intikam ihtiyaçlarını ve çoğu zaman gerçekleşen birbirini takip eden suç salınımını bir kenara bırakmışlardır Bkz. M. Cherif Bassiouni, Combating Impunity for International Crimes, 71 U. Colo. L. Rev. 409 (2000); Immanuel Kant, The Metaphysical Elements of Justice (John Lord çev. 1965). Ayrıca bkz. Larry May, Humanitarian Crimes: Philosophical Problems in International Criminal Law 22 (2001). Toplumsal düzenin emirlerini inceleyen yazar, hayatta kalma istediğinin insanları bir araya getirerek toplumlar kurmalarına yol açtığını görmüştür. Bu istek olmadığı sürece insanın kuralları itaat etmesi için hiçbir sebep kalmayacaktı. Bu yüzden insanların güvenlik ihtiyacı, öldürmeyi ve yaralamayı yasaklayan, başkasının malına saygı gösterilmesini emreden hukuki ve ahkali kuralların temelini oluşturmuştur. Sonuç olarak, devletler, vatandaşlarının hukuka sadık kalmaları karşılığı onları korumak için bu kuralların zorla yaptırımını üstlenmiştir.
19. Hukuk felsefecileri, hangi gruptan olurlarsa olsunlar, bu önermeye katılmaktadır. Bkz. Thomas Hobbes, Leviathan (A.R. Waller ed, 1904); Jeremy Bentham, Works (John Boaring ed, 1859); Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments (Richard Bellamy ed, 1995); John Locke, The Second Treatise of Civil Government (Thomas P. Peardon ed, 1952); Herbert L.A. Hart, The Concept of Law (1961); Lon Fuller, The Morality of Law (ikinci rev ed., 1969).

benzer olarak, uluslararası cezai adalet sisteminde de bulunabilir. Toplumsal sözleşmenin, adalet ve barışı sağlamak için uluslararası cezai adalet sistemine de, bir bütünlük içinde,²⁰ cezalandırma hakkı verdiği söylenebilir.

Bölüm 3

ULUSLARARASI CEZA HUKUKU NORMLARINI UYGULAYAN ULUSAL CEZAI ADALET SİSTEMLERİ

Uluslararası cezai adalet, evrimsel bir süreç sonunda, uluslararası hukuk sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Bu süreç, insancıl değerlerin, farklı uygarlıklarda ortaya çıkması, uyumu ve birleşmesi ile başlamış²¹ ve ülkelerin çıkarlarıyla birlikte, farklı ulusal cezai adalet sistemleri ve bunların uluslararası karşılıklarıyla birlikte amaç ve kurallarda bir sentez yaratmıştır.²² Ancak bu süreç, ayrıca, uluslararası normların gelişimini ve soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi bazı çok önemli suçların işlenmesini de yasaklamıştır.²³

Uluslararası ceza hukuku normlarının ortaya çıkışı, bunların zorla yaptırımını da gerekli kılmıştır. Bu hem tecavüze uğrayan hakkı korumak, hem de insanların kanuna uymasını sağlamak ve onları caydırmak açısından gereklidir. Bu normların zorla yaptırımının gerekli olması bazı kurumların kurulmasını gerekli kılmış ve bu da uluslararası *ad hoc* tahkikat organlarının, uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelerinin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına yol açmıştır. Yaptırım yöntemleri geliştikçe, bağlı oldukları normların gelişimine de katkıda bulunmuşlardır. Uluslararası hukuk normlarının yapımı ve uygulaması arasında bir bağ doğmuş ve bu bağ, normların gelişim sürecinin daha hızlı ve

20. Bkz. supra not 1.

21. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 1, kısım 3.

22. Bu konudaki birçok yazı arasından bkz. Steven R. Ratner & Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (ed 2, 2001); Gary Bass, *Stay the Hand of Vengeance* (2000); Naomi Roght-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (1995); M. Cherif Bassiouni, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights*, Bassiouni, *Post-Conflict Justice*, supra not 7, 3; Diane Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 *Yale L.J.* 2537 (1991).

23. Bkz. M. Cherif Bassiouni, *The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities*, in 1 *International Criminal Law* (M. Cherif Bassiouni ed 2, 1999).

daha güçlü olmasını sağlamış, aynı zamanda yaptırım kurumlarının gelişimine de katkıda bulunmuştur.

Uluslararası ceza hukuku normlarının yaptırımı, suçları işleyen aktörlere veya suçların işlenmesine zemin hazırlayan politikaları üretenlere karşı yaptırımda bulunmayı gerektirmektedir. Uluslararası hukuk sistemi bu yaptırımları bireylere yönlendirmeyi seçmiştir. Bunun nedeni bireysel cezai sorumluluğun daha etkili bir caydırıcılık unsuru olmasıdır.²⁴ Uluslararası ceza hukuku yaptırımlarının öznesi birey olduğu için, uluslararası hukuk sisteminin çerçevesi, bu yaptırımların öznesi olan bireyin rolüne göre büyümek zorunda kalmıştır. Bu suretle, uluslararası hukuk sistemi, ulusal hukuk sistemlerine başvurarak onların cezai kurumlarının yapısından da yararlanmak durumunda kalmıştır. Uluslararası tahkikat, takibat ve muhakeme organları ve bunların işleyişi, ulusal ceza hukuku sistemleri model alınarak oluşturulmuştur. Bunda, dünyanın en büyük ulusal ceza hukuku sistemlerinin harmanlanmasına; ayrıca normların ve bunların içerik ve yaptırımlarının da bu sistemlerden alınmasına dikkat edilmiştir.²⁵ Yaptırım sisteminin ulusal hukuklardan alınması daha kolay olmuştur, zira çağdaş hukuk sistemlerinde cezalar idam, hapis, para cezası, haciz, medeni ve siyasi haklardan mahrumiyet ve bazı ülkelerde dayak cezası ile sınırlandırılmış durumdadır. Yalnızca bazı İslam ülkelerinde uygulanan dayak cezası ile dünyadaki ülkelerin yarısından fazlasında terkedilmiş olan²⁶ idam cezası dışındaki cezalar dünyadaki bütün hukuk sistemlerinde uygulanmaktadır.

“Ölüm cezası bir barbarlık örneği olduğu için asla faydalı olamaz... Halkın isteklerinin bir yansıması olan ve katilleri cezalandıran kanunların kendilerinin bu suçu işlemesi bana saçma geliyor.”²⁷ Ölümün bir ce-

24. Bkz. supra Bassiouni, supra not 1, bölüm 2, kısım 3.

25. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki durum bu şekildeydi. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, A/Conf.183/9, 17 Temmuz 1998; Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Otto Triffterer ed., 1999); Reflection on the Criminal Court (A.M. von Hebel et al. eds., 1999) .

26. Toplam 111 ülke ölüm cezasını yürürlükten kaldırmıştır. 2003 yılında bilinen bütün idamların %95'i Çin, İran, Suudi Arabistan ve ABD'de gerçekleşmiştir. Dünyada ölüm cezası ile ilgili daha fazla bilgi için, bkz. <http://web.amnesty.org/rmp/dplibrary.nsf/index?openview>. Bkz. Bryan Stevenson, Capital Punishment in the United States of America, in International Commission of Jurists 47 (2000).

27. Bkz. Beccaria, supra not 14; M. Cherif Bassiouni, Death Penalty in the Shari'a, Int'l Commission of Jurists 65 (2000).

za olması, yabancı doğası ve failin haklarına hiçbir saygı göstermemesi yüzünden, pek çokları tarafından kınanmaktadır. Ayrıca bazı bilim adamları, bu tür yabancı ve acımasız bir cezanın halkın manevi gelişimine mani olduğunu ve bunun yanı sıra cezanın ahlaki etki ve sonuçlarını da zayıflattığını ileri sürmektedir.²⁸ Buna karşılık bir uzman, “katiller için ölüm cezasının olması, yaşamın en çok korunan değer olduğuna dair bir inanç yaratmaktadır” demiştir.²⁹ Bu kadar çok kişinin öldürüldüğü olaylarda ölüm cezası nasıl görmezden gelinebilir? Bu tür failerin yaşamasına izin verilmesi mağdurlara bir hakaret olarak da görülebilir. Bu karşı görüş, ancak, failin cezası affedilirse ve fail gerçekten sorumluluğunu kabul eder ve pişmanlık duyarsa doğru olabilir. Ancak bütün bu görüşler bir çok değişkenle uğraştığı için spekülatif olmaktan öteye gidememektedir. Kısasa kısas düşüncesini akla getiren bu ceza teorisi, suçluları, büyük çapta katliamlar da doğurabilen bazı uluslararası suçlardan caydırma aracı olarak da ölüm cezasını desteklemektedir. Ancak ölüm cezası her infaz edilmişinde bir bireyin canının alındığı açık olsa da, ölüm cezasının bir caydırıcılık unsuru olarak etkili olup olmadığı henüz ispatlanmamıştır.³⁰ Bunun yanında, ölüm cezasının uygulanmaması, insan yaşamına olan saygının bir göstergesidir. Sonuç olarak, uluslararası ve bölgesel insan hakları kurumları bu cezayı terk etmişlerdir. Ölüm cezası, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde terkedilmiştir.

Bu yüzden uluslararası cezai adalet sistemini ilgilendiren soru, ölüm cezasını terk eden sistemlerde bunun yerine hangi cezaların uygulanacağı değil, uluslararası suçlarda verilecek cezanın felsefi temelinin ve amacının ne olduğudur.

28. Bkz. Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (3. baskı 2002); Franklin E. Zimring & Gordon J. Hawkins, *Deterrence 186-190* (1973); *The Death Penalty in America: Current Controversies* (Hugo A. Bedau, 2. baskı 1998); Mark Costanzo, *Just Revenge: Costs and Consequences of the Death Penalty* (1997).

29. Johannes Andenaes, *The General Preventive Effects of Punishment*, 114 U. Pa. L. Rev. 950 (1966); Johannes Andenaes, *The Morality of Deterrence*, U. Chi. L. Rev. 649-64 (1970).

30. Birçok çalışma, benzer sosyal ortamlara ve cinayet için farklı cezalara sahip farklı ülkelerdeki cinayet oranlarını karşılaştırmıştır. Bu çalışmalardan çıkan sonuç, ölüm cezasının cinayet oranına hiçbir etkisi olmadığıdır. Zimring & Hawkins, supra not 23, 189.

Bölüm 4

ULUSAL VE ULUSLARARASI CEZAI HUKUK SİSTEMLERİNDE CEZALANDIRMANIN AMACININ VE POLİTİKASININ FARKLARI

Uluslararası hukuk sisteminde cezanın ilk amacı dünya düzeninin korunması ile barış ve güvenliğin muhafaza edilmesidir. Ulusal hukuk sistemleri ise, kamu düzeninin korunması, onarılması ve geliştirilmesi ile ilgilenir de, asıl olarak faillerin topluma yeniden kazandırılması amacıyla hareket etmektedir.³¹ Ayrıca, ulusal hukuk sistemlerindeki caydırma unsuru ile uluslararası hukukta caydırmanın gerçekleşmesi için yapılabilecekler de birbirinden farklıdır.

Uluslararası ve ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklar, uluslararası hukukta cezalandırmanın felsefe ve politikasının öngörebildiklerinin ötesinde sonuçlar içermektedir. Ulusal hukuk sistemleri, cezai hukuk sisteminin uyumlu ve düzenli olarak yürütülebilmesi için çeşitli kurumlar kurmuş ve personel yetiştirmiştir, bu yüzden de caydırıcılık konusunda kesin sonuçlar alabilmektedir. Buna karşın, uluslararası hukuk sistemi, bu kapasitede bir cezai adalet sistemine sahip değildir. Hak edilen boyutta bir cezaya çarptırılma uluslararası suçların felsefi ve politik temelini oluştururken, ulusal ceza hukuku sistemlerinde, ıslah ve toplumla yeniden bütünleşme amaçları daha öne çıkmaktadır. Ayrıca, ulusal ceza hukukunun, yargılamalara maruz kalmış olan bireyler üzerinde sosyo-psikolojik sonuçlar doğuran eğitimsel bir işlevi de vardır.³²

Adalet sisteminin değişik işlevlerinin etkileri hakkındaki varsayımlar, ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri için birbirinden farklıdır. Ancak bu işlevlerin etkileri iki farklı kriterle ölçülebilir: 1) Soykırım, insanlığa

-
31. Bkz. W. Michael Reisman, *Institution and Practices for Restoring and Maintaining Public Order*, 6 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 175, 176 (1995). Burada yazar ulusal hukuk sistemlerinin amaçlarını yedi maddede saymıştır: 1) oluşmak üzere olan kamu düzeni ihlallerini engellemek; 2) süregelen kamu düzeni ihlallerini askıya almak; 3) gelecekte oluşma ihtimali olan kamu düzeni ihlalleri için caydırıcılık yaratmak; 4) ihlalden sonra kamu düzenini tekrar kurmak; 5) kamu düzeni ihlali yaratan davranış tarzını düzeltmek; 6) kamu düzeni ihlallerinden zarar gören mağdurların rehabilitasyonunu sağlamak ve 7) daha büyük bir toplumsal anlamda, kamu düzeni ihlali yaratma ihtimali olan koşulları yeniden kurmak.
32. Bazı davranışların yasaklanması, toplumun bu davranışları yanlış ve ahlaki olarak da ayıp olarak gördüğünü göstermektedir. Belirli normları ihlal etmenin cezalandırılması ise, bu normların olumsuz içeriğinde olduğunu açığa çıkarıp, topluma bu normları ihlal edildiğinde neler olduğunu göstererek toplumu eğitmektedir. Franklin E. Zimring & Gordon Hawkins, *Crime Is Not The Problem* 163-164 (1997).

karşı suçlar, savaş suçları gibi büyük suçlarda adli takibatın bulunmaması ve 2) başka tür sorumlulukların bulunmaması.³³ Örneğin, ulus toplumlar, farklı derecelerde politik siyasal bütünleşme ve sosyal uyuma sahiptir. Bu yüzden bu toplumlar, yargılamanın eğitimsel olmasına, mağdurun tatmin edilmesine, mağdur ve fail taraflar arasında uzlaşma sağlanmasına, ya da genel olarak cezanın caydırıcılık unsuru içermesine çok da ihtiyaç duymamaktadır. Genel caydırıcılık unsuru dışındaki amaç ve işlevler,³⁴ farklı politik ve sosyal mekanizmalar ile gerçekleştirilebilecektir.³⁵ Genel caydırıcılık unsuru da etkili bir yaptırım ile gerçekleştirilecektir. Uluslararası hukuk sistemi ise, bu amaçların hepsine, özel yaptırım mekanizmaları ile ve mahkemelerinin kötü şöhretine rağmen ulaşmalıdır. “Doğrudan yaptırım” yüzünden oluşan bu kötü şöhret son 80 yılda ve *ad hoc* bir temelde oluşmuştur.³⁶ Ancak son yıllarda, uluslararası cezai sorumluluğun gelişmesi için ihtiyaç duyulan diğer sorumluluk mekanizmaları ortaya çıkmaya başlamıştır.³⁷

Bölüm 5

ULUSLARARASI VE ULUSAL CEZAI ADALET SİSTEMLERİNİ BAĞDAŞTIRMA İHTİYACI

Uluslararası cezai adalet sistemi, uluslararası ceza hukuku normlarının yaptırımlarını üstlenen uluslararası ve ulusal cezai adalet kurumlarından oluşmaktadır.³⁸ İdeal olarak bu sistem, birimleri şu özelliklerde olan bir ağ sistemi olarak çalışmalıdır: 1) bir örnek ya da oldukça benzer maddi hukuk normlarına sahip olmak;³⁹ 2) uluslararası ve ulusal hukuk kurumlarında uygulanacak cezai meselelerde uluslararası işbirliğinin bir

-
33. Bkz. M. Cherif Bassiouni, Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights, Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7, 3; M. Cherif Bassiouni, Proposed Guiding Principles for Combating Impunity for International Crimes, Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7, 255.
34. Genel caydırıcılık toplumun bütün üyeleri için uygulanabilir ve toplumun bütün üyelerinin davranışlarını değiştirebilmek için hukuki tehditlerin etkili olmasını da kapsamaktadır. Zimring & Hawkins, supra not 23.
35. İkincisi etkili bir sistemle başarılacaktır.
36. Uluslararası takibatların tarihi ile ilgili bir tartışma için, bkz. bölüm 6.
37. Bkz. supra not 28.
38. Bkz. supra Bassiouni, supra not 1, bölüm 1, kısım 1.4 ve bölüm 4.
39. Bkz. M. Cherif Bassiouni, A Draft International Criminal Code & Draft Statue for an International Criminal Tribunal (1987).

gereği olarak benzer norm ve prosedürlere sahip olmak;⁴⁰ 3) ister ulusal ister uluslararası kurumlar önünde olsun, uluslararası suçlar için uyumlu cezalara sahip olmak; 4) uluslararası ve ulusal işlemlerde uyumlu kanun yollarına sahip olmak.⁴¹

Uluslararası cezai adalet sistemi, planlanmış hukuki tekniklerin bir sonucu olarak değil, planlanmamış bir süreçte rastlantısal olayların ve pratik ihtiyaçların bir sonucu olarak doğacaktır. Bu süreç, 11 Eylül'de de görüldüğü üzere, küreselleşme çağında, ulusalüstü suçlarda devletlerarası cezai işbirliğinin artırılma ihtiyacı sonucu da hızlanacaktır.⁴² Küreselleşmenin bu özelliği ayrıca yerel suçlar için de daha büyük bir devletlerarası işbirliğini gerektirecektir. Bütün bu faktörler, uluslararası cezai adaleti geliştirecektir. Ancak bu gelişim düzenli ya da sistematik sonuçlar doğurmayacak; bunun aksine uyumluluğu geliştirecek ve bazı alanlarda normların⁴³ ve prosedürlerin⁴⁴ birörnek olmasını sağlayacaktır.

Uluslararası cezai adalet, ulusalüstü ve yerel suçların önlenmesi için geliştirilen işbirliği ile gelişecektir. Ancak muhtemelen büyük uluslararası suçlar için, Uluslararası Ceza Mahkemesi daha evrensel olmadığı sürece, aynı etki ile gelişmeyecektir.⁴⁵ Bu sürece gelebilecek en büyük tehdit, en önemli üç uluslararası suç için (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları) *ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin politik manipülasyona uğramasıdır.⁴⁶ Bu politik manipülasyon, uluslararası cezai adaleti amaçlarına ulaşmak için bir araç olarak kullanacak *realpolitik* ^{en2} ten doğacaktır.⁴⁷ Bu yüzden, afların

40. Bkz. supra Bassiouni, supra not 1, bölüm 5.

41. Bkz. Bassiouni, Protection of Human Rights, supra not 4; Anne F. Bayefsky, The U.N. Human Rights Treaty System: Universal at the Crossroads (2001); Human Rights & the Administration of Justice: International Instruments (Christopher Gane & Mark Mackarel, ed 1997). Ayrıca bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 9.

42. Bkz. U.N. S.C. Resolution 1373. Bu karar terörizmi finanse etmekle ilgilidir. 124 ülke 3 ay gibi kısa bir sürede ilgili kararı yasalaştırmıştır. Bkz. <http://www.un.org/Docs/committees/1373>.

43. Örneğin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ulusal hukuka dahil edilmesi sonucu.

44. Örneğin cezai konularda uluslararası işbirliğinin artırılması ile. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5.

45. 23 Nisan 2003 itibarıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne taraf 89 devlet bulunmaktadır. Ayrıca genel olarak bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 7.

46. Bkz. Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7.

çn2: Almanca dış politika kavramı. Herhangi bir ideale bağlı kalmaksızın politik gerçeklere uygun biçimde amaçlarını gerçekleştirmeye çalışmak anlamındadır.

47. Bassiouni, Combating Impunity, supra not 18; Bass, supra not 27.

ve diğer *de facto* kişisel dokunulmazlıkların uluslararası cezai adaletten taviz verme olasılığı, uluslararası cezai adaletle yönelmiş bir tehdit olarak durmaktadır.⁴⁸

Tarihsel olarak, Birinci Dünya Savaşı sonrası başlayan uluslararası cezai adalet savaşı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu ile sona ermiştir. Günümüzde yeni bir dönem başlamak üzeredir. Kendisinden önceki dönem gibi yeni dönem de, *realpolitik* gibi uluslararası cezai adaleti manipüle etmeye çalışan tehlikelerden geçecek, adalet savunucuları ise bunları engellemeye çalışacaktır. Ancak önceki dönemin başarısından yola çıkarak, bir sonraki savaşın da, adım adım da olsa, kazanılacağını öngörebiliriz. Küreselleşmeden dolayı, uluslararası cezai adaletin gelişiminin, Birinci Dünya Savaşı'nın bitmesi ile başlayıp Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması ile sona eren önceki dönemden daha hızlı olacağını söyleyebiliriz.⁴⁹ Uluslararası bir çerçeve oluşturmaya yönelik uyum yaratma düşüncesi, zamanı gelen bir düşünceden daha güçlü hiçbir şeyin olamayacağına dair olan inancı hatırlatmaktadır.⁵⁰ Uluslararası cezai adalet daha çok bir düşüncedir, uluslararası toplumun ortak değerlerini temsil eden bir idealdir. Ve zamanı gelmiştir.

Bölüm 6

JUS COGENS ULUSLARARASI SUÇLARIN CEZALANDIRILMASININ FELSEFE VE POLİTİKASI

6.1 Felsefi Düşünceler

Tarih, bunları nasıl değerlendirirsek değerlendirelim, kanunlar ve hukuki kurumlar yaratmış olan 40'dan fazla⁵¹ uygarlığın bulunduğunu bizlere göstermiştir.⁵² Bütün bu uygarlıkların, 7000 yıldan beri gelişmekte

48. Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2001); Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: The Place for Truth Commission in a Changing World* (2000). Ayrıca bkz. *Transnational Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 1995).

49. Bkz. Bassiouni, *supra* not 1, bölüm 6.

50. "Orduların istilasına karşı konulabilir ama zamanı gelmiş bir düşünceye karşı konulamaz" Victor Hugo, *Histoire D'un Crime* (1852), bölüm 2.

51. Bkz. Arnold J. Toynbee, *A Study of History*.

52. Bkz. Henry Wigmore, *A Panorama of World Legal Systems* (1963); Jacques Ellul, *1,2 Histoire Des Institutions Et Des Faits Sociaux* (1955); Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, And Its Relation to Modern Times* (1867).

olan, kendi adalet anlayışları bulunmaktaydı.⁵³ Bu adalet anlayışları, günümüz deyimleriyle, bireysel adaletten toplumsal adalete kadar birçok bakış açısını da içine almaktaydı.⁵⁴ Kültürel antropoloji ayrıca kabile toplumundan modern devletlere kadar, adalet sağlamak için değişik mekanizma ve işlemler aracılığıyla kullanılan şekil ve tekniklerin ne derece farklı olduğunu da bizlere göstermiştir. Bu uygarlıklarda, adaleti oluşturan ahlaki-felsefi temeller ve bunların sosyal işlemlere uygulanışı, tarih boyunca dini öğreti ve uygulamalar tarafından ve ayrıca filozoflar, tarihçiler ve son zamanlarda bu ahlaki-felsefi temelleri tanımlayan toplum bilimciler tarafından referans olarak alınmıştır. Ancak tarihten anladığımız, istisnasız her zaman, hukuk ve hukuki müesseselerin, bir yöneticinin zorlaması olmadığı sürece, o toplumu tanımlayan toplumsal değerlerin bir sonucu olduğudur.

Uluslararası cezai adalet henüz olgunlaşma aşamasındadır ve ulusal cezai adalet sistemlerinin geçirdiği evreleri henüz geçirmemiştir. İlk bölümde tartışılan uluslararası toplumun ortak değer ve amaçları henüz yeni şekillenmektedir. Ancak, bu bölümde de tartışıldığı gibi, küreselleşme çağının, uluslararası cezai adaletin gelişmekte olan felsefesi üzerinde önemli bir etkisi olacaktır. Bu küreselleşme sürecinin sonuçları, kesin olmamakla birlikte, tahmin edilebilir. Bununla beraber, uluslararası ve ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklar dolayısıyla,⁵⁵ uluslararası cezai adalet muhtemelen ulusal hukuk sistemlerindeki toplumsal adaletin boyutlarına sahip olmayacaktır.⁵⁶ Ancak, ulusal cezai adalette olduğu gibi, uluslararası cezai adaletin felsefesinin de birey üzerinden tanımlanacağı kesin olarak söylenebilir. Çünkü ister ulusal ister uluslararası olsun, suçu işleyenler devletler değil bireylerdir.⁵⁷

-
53. Bkz. Rene A. Wormser, *The Law: The Story of Lawmakers And The Law We Have Lived by, From the Earliest to the Present Day* (1949).
54. Batılı bir bakış açısı için bkz. David Miller, *Principles of Social Justice* (1999). İslam bakış açısı için bkz. Sayyid Qutb, *Social Justice in Islam* (1948).
55. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 1.
56. Ancak çağdaş uluslararası hukuk doktrini, uluslararası ekonomik adaletle ilgili bir hak kurmayı düşünmektedir. Bkz. *Global Justice* (Thomas W. Pogge ed. 2001).
57. IMT'nin ABD başsavcısı Robert Jackson, açılış konuşmasında suçları işleyenlerin devletler değil bireyler olduğunu ve bunun uluslararası cezai adaletin pragmatik felsefesi olduğunu söylemiştir. Bkz. *The Trial of the Major War Criminals Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 1, s. 447.

İnsan doğasının iyi-kötü, doğru-yanlış, duygu-mantık düzlemlerindeki kapasite ve limitleri ve bireyin olumsuz dürtü ve yatkınlıklarının nasıl en iyi kontrol edileceği farklı filozoflar ve okullar tarafından nasıl tanımlanmış olursa olsun, sonuç olarak sorulması gereken soru, davranışsal ve toplumsal kontrolü sağlamak için hangi yöntemlerin gerekli ve uygun olduğudur. İşte bu yüzden uluslararası cezai adalet ulusal cezai adaletle bir bütün teşkil etmektedir. İki sistemin de amacı hukuk normları tarafından yasaklanmış sapkın insan davranışlarını kontrol altına almaktır. Uluslararası cezai adaletin felsefesinin esas olarak cevaplandırılması gereken üç soru bulunmaktadır: “neden”, “nasıl” ve “nereye kadar”. Olumsuz dürtüleri kontrol altına almayı mantık mı bireysel değerler mi yoksa bunların birleşimi mi sağlayacaktır? Yoksa bu toplumsal kontrol ve zorlayıcı yaptırımlarla mı yapılabilecektir?

Ahlak felsefesi sorgusu, neyin neden doğru ve neyin neden yanlış olduğunu anlamaya çalışır. Toplumsal sorgu ise, belirli davranışların önemini değerlendirmeye, gerekli ve uygun kontrol mekanizmalarını belirlemeye ve bunların sonuçlarını tahmin etmeye çalışır. Ancak ahlak felsefecileri ve toplum bilimciler, ahlaki ve hukuki normlara uyulmasını sağlamak için, kısıtlamaları olsun olmasın bir otoritenin güç kullanması gerektiğini kabul etmişlerdir. İster soykırımı, insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını, işkenceyi ve köleleştirmeyi ahlaki ya da hukuki (ya da her ikisi birden) suç, ister *jus cogens* uluslararası suç sayalım, sonuçta bunlar ulusal ve uluslararası toplumları olumsuz şekilde etkilemektedir.⁵⁸ Sonuç olarak, ister ahlaki ister politik nedenlerle olsun, bu tür sapkın davranışlar, önce etkili bir önleme, sonra da bunu pekiştirecek bir baskı ile kontrol altına alınmalıdır. Uluslararası cezai adalet, ulusal cezai adalet sisteminin felsefe ve politikası ile aynı yoldadır.

Aristoteles'den⁵⁹ günümüze kadar filozoflar, davranış ve toplum bilimciler, insan doğasında başkalarına zarar verme eğilimi olduğunu ileri

58. İnsan haklarının politika temelli bir analizi için, bkz. Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell & Lung-Chen Chung, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity* (1980).

59. Aristoteles'e göre tutku mantıkla kontrol edilmeliydi ve mantık için de bir çeşit zorla yaptırım oluşturulmalıydı, zira ancak cezalandırılma korkusu caydırıcılık yaratabilirdi. Bkz. *The Basic Works of Aristotle* (Richard McKeon ed. 1941); Aristotle, *Ethics*, II 1 (W.D. Ross, çev. 1954). Thomas Hobbes, doğal dürtülerin pislige ve çıkarılığa meyilli olduğunu ve hükümdarın gücü ile desteklenmiş bu mantığın bizleri reddetmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bkz. Thomas Hobbes, *Leviathan*

sürmüşlerdir. Ancak bireysel davranıştan toplumsal davranışa geçişte insan doğası da değişmekte midir? Sapkın bireyin doğası ve toplumsal davranış bir ülkenin topraklarıyla sınırlandırılmış ya da sınırlandırılmamış durumdayken farklı mıdır? Yapay ülke sınırları sapkın insan davranışlarının esaslı karakteristiklerini değiştirmekte midir? Bu birbiriyle ilişkili soruların hepsinin cevabı “hayır”dır. Ancak sapkın toplumsal davranış çoğu zaman o toplumdaki sapkın bireysel davranışların bütününden, soykırım⁶⁰ ve insanlığa karşı suçların⁶¹ canavarlığı ve gaddarlığında da görülebileceği gibi, daha büyük bir etkiye sahiptir. İnsanların eğilimleri, bazen çıkarıcılık dolayısıyla olabilse de, çoğu zaman temel içgüdüleri dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Ancak bu içgüdüler, toplumsal kontrolün zayıfladığı ya da tamamen ortadan kalktığı zamanlarda daha da baskın olabilmektedir. İşte bu zamanlarda en kötü atavik içgüdüler ortaya çıkmakta ve bu içgüdüler harap edici sonuçlar doğurmaktadır.⁶² Deneyimler bize uygarlığın üzerindeki cilanın gerçekten de ince olduğunu göstermiştir.

Ülkeler, ülke birlikleri ya da uluslararası örgütler gibi soyut varlıklar, sadece bireyler tarafından kuruldukları ve yönetildikleri için oluşturulmuşlardır. Bu varlıklar, kendilerinin müşterek karar alma yöntemleri ve bunların sonuçlarını da etkileyecek biçimde insan doğasının temel içgüdüleri ile bağlantılı durumdadır.⁶³

Ahlak felsefecileri ve toplum bilimciler, gözlemledikleri değerlerden adaletin hukuki özünü farklı şekilde görüp tanımlamaktadır. Aristote-

189 (1968); Immanuel Kant, saf mantığa dayalı doğal dürtülerden sakınmamız gerektiğini ve bunu ancak hükümdarın gücü ile yapabileceğimizi idda etmiştir. Aristoteles'in tersine o bunu bir desideratum olarak değil, ahlaki bir mecburiyet olarak görüyordu. Bkz. Immanuel Kant, *Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals* (1985), çeviri: Kingsmill Abbott, *The Critique of Practical Reason and Other Ethical Treaties* bölümü, *Great Books of the Western World* (Robert Maynard Hutchins, ed. 1952).

60. Samantha Powers, *A Problem From Hell: America and the Age of Genocide* (2002)

61. Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity: The Struggle For Global Justice* (2. baskı 2002).

62. Bu eski Yugoslavya'daki ihtilafa 1991-1994 yılları arasında detaylı olarak belgelenmiştir. Bkz. *Final Report, Commission of Experts; Annexes to Final Report, Commission of Experts*. Savaş sırasında insan davranışları için bkz. Geoffrey Best, *Humanity in Warfare* (1983). İkinci dünya savaşından beri oluşan ihlallerdeki suçlar için bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 1, not 97.

63. Bu bağlantıların bütün karmaşıklığının değerlendirilmesi neredeyse imkansızdır ve bireyin gücü üzerindeki etkileri daha çok diktatörlük rejimlerinde görülmektedir. Bkz. Myres S. McDougal ET AL, *Law and Minimum World Public Order* (1961)

les'e göre⁶⁴ bu, etik ve mantıktan doğmaktadır. Aquinas ve Hıristiyan doğabilimcilere göre ise⁶⁵ Musevilik⁶⁶ ve İslam'da⁶⁷ da olduğu gibi, Yaratıcıdan doğmaktadır. İkinci grup için, Yaratıcı bu sürecin yalnızca ayrılmaz bir parçası değil aynı zamanda kaynağıdır. Doğabilimcilere göre⁶⁸ hukuk özünde ilahidir; karşı konulamaz ve bütünseldir, pozitif hukuka ise sadece bu hukukun daha yaygın olarak bilinmesi için ihtiyaç vardır. Asıl kanun koyucu Yaratıcıdır ve insanlar dünyada Tanrının vekilleri olarak kanun koyuculukta bulunmaktadır. Pozitivistlere göre⁶⁹ hukuk değiştirilmez değildir. Kamu hizmeti ve kamu yararı kuramları üzerine kurulmuştur. Talep edilmeli ve yayılmalıdır. Kanun koyucu, karar alma sürecinde tek zorlayıcı yetkiye sahip olan devlettir.⁷⁰ Bütün bunlar hukukun ahlaki ve etik olmaktan uzak olduğunu göstermez.⁷¹ Hukuki deneyimlerin bizlere gösterdiği kadarıyla hukukun yürütülmesi toplumsal ve hukuki kurumlar tarafından üstlenilmiştir ve bu da bize bu bakış açıları arasında kesin bir paralelliğin bulunduğunu göstermektedir.⁷²

Adaletle ulaşmak için kullanılan yöntemler ve adaletin felsefi temelleri ile ilgili esas fark, "güç"ün kapsamı ve limitleri ile ilgili olandır. Doğabilimciler için güç ilahi hukuka tabidir. Pozitivistler için ise güç hukuki normlara tabi olmalıdır. Politik realistler için uluslararası ilişkilerin anarşik safhaları, gücün üstünlüğünü kanıtlamasa dahi buna izin vermektedir ve güç yalnızca kendi limitlerini belirleyen mantık tarafından yumuşatılabilir.⁷³ Eğer mantık politik realistler için tek yol gösterici olsaydı Aristoteles ile aynı noktada birleşirlerdi. Ancak politik realistler için

64. Bkz. supra not 7.

65. Bkz. Thomas Aquinas, Summa Theologica (1485).

66. Musevi hukuku.

67. Bkz. M. Cherif Bassiouni & Gamal Badr, The Shari'ah: Sources, Interpretation and Rule-making, 1 Ucla J. Islamic & Near Eastern L. 135 (2002).

68. Bkz. Passarin D'Entreves, Natural Law: An Introduction to Legal Philosophie (ed 1965); Lloyd Weinreb, Natural Law and Justice (1987).

69. Bkz. John Austin, The Province of Jurisprudence Determined (1954). Faydacı bir bakış açısı için, bkz. H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961). Felsefi bir bakış açısı için, bkz. Hans Kelsen, pure Theory of Law (1970).

70. Ulusal cezai adaletle faydacı pozitivist bir bakış açısı için, bkz. John Rawls, A Theory of Justice (1971, rev. Ed. 1979).

71. Bkz. Roscoe Pound, Law and Morals (1969).

72. Bkz. supra not 2 ve 3.

73. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 1.

önemli olan politik sonuçları tahmin ve analiz etmekte kullanılan mantıktır; etik tarafından kılavuzluk edilen Aristotelesçi mantık, Aquinas tarafından öne sürülen ilahi emirlere dayanan mantık ya da pozitivistlerin öne sürdüğü pozitif hukukun limitlerine dayanan mantık değildir. Politik realistler, uluslararası ilişkilerde ve böylece devletlerin uygulamalarının bir yansıması olan uluslararası hukukta, ulus toplumların 7000 yılı aşkın süredir⁷⁴ hukuk tarihine kazandırdığı deneyimlere bir antitez getirmişlerdir. Buna bir örnek meşruluğun güç sınırı olmaktan çıkarılmasıdır. Her ne kadar uluslararası ilişkilerde zaman ve meşru olmayan güç üstün gelmiş olsa da, her ne kadar meşruluk kendini gücün ihtiyaçlarına uysalca uydurduysa da,⁷⁵ realistlerin görmediği şey, gücün haksız hükümdarlığının dahi, istese de istemese de kendisini meşru bir pozisyona sokması gerektiğidir.⁷⁶ Eğer maddi güç ahlakın toplumsal değerlere getirdiği manevi etki ile sınırlandırılmışsa, bu durumda ahlak felsefesi de uluslararası cezai adaletle ilgili demektir.

İnsan davranışlarını doğuran ve yönlendiren ister mantık ister inanç olsun, nasıl ve nereye kadar deneyim ya da toplumsal koşullarla şekillenmiş olursa olsun, sonuçta aynı sorular sorulacaktır: toplumsal kontrol yöntemlerinin seçimi ve zorlayıcı yaptırımların amaç ve işlevleri. Bu bakış açısıyla, her ne kadar ahlak felsefecileri olaya farklı bir şekilde yaklaşırsa da, uluslararası cezai adaletin felsefesi, ulusal cezai adalet sistemlerinkinden farklı değildir.

Yukarıda da değinildiği gibi, deneyim bize, toplumun ortak değerlerinden ahlaki ve hukuki mahiyette olanların bir süre sonra hak ve yükümlülüklerle dönüştüğünü göstermiştir. Bu hak ve yükümlülükler daha sonra bireysel ve toplumsal beklentilerin temeli haline gelmekte ve bu da kurumsal garanti mekanizmalarının oluşmasına yol açmaktadır.⁷⁷ Ulus toplumlarında gözlenen, toplumsal değerlerin ve bunların düzenle-

74. Bkz. supra not 1 ve 2; Carl J. Friedrich, *The philosophy of Law in Historical Perspective* (2. baskı 1990).

75. ABD ve Birleşik Krallık'ın Irak'a askeri müdahalesini düşünün. ABD-Irak savaşının bir avukatı için, bkz. Stephen Pollock. Karşı görüş için, bkz. M. Cherif Bassiouni, *Bush Missed the Mark in Making Case for War*, Chi. Trib. 9 Mart 2003, Kısım 2, Sayfa 1.

76. Bkz. bütün sınırlamaları ve akışıyla ihtilaf sonrası adaletin durumu. Bkz. Bassiouni, *Post-Conflict Justice*, supra not 7; *Accountability for Atrocities: National and International Responses* (Jane Stromseth ed., 2003).

77. Bkz. John O'Marrique, *The Origins of Justice* (2003).

melerinin sıkı ve yasaklayıcı normlara dönüşme süreci, her ne kadar katılımcılar, işlemler, etkileşimler ve bağlılıklar farklı olsa da, uluslararası alanda da tekrarlanmaktadır.⁷⁸ Sonuç olarak, ulusal bağlamın üzerine çıkan toplumsal değerleri yansıtan uluslararası normatif yasakların ortaya çıktığını görüyoruz.⁷⁹

Uluslararası ceza hukukunun tarihi, uluslararası cezai adaletin felsefi temellerinin ulusal cezai adalet sistemlerinininkilerle, her ne kadar aralarında farklılıklar bulunsa da, aynı temeller üzerinde durduğunu açığa çıkarmıştır.⁸⁰ Ancak bu tarihi devrede, uluslararası cezai adalet esas olarak bir kısım uluslararası suç için cezalandırıcı adalet anlamına gelmektedir. Bu, ahlak felsefesinin bakış açısından, zorlayıcı yaptırımları içermeyen alternatif sorumluluk metotları kadar uzlaşabilir değildir. Bunun açıklaması şudur: Çağdaş uluslararası cezai adalet, gücün hukukun meşruluğu üzerinde üstünlüğü olduğuna inanan politik gerçekçi bakış açısı olan *realpolitik*'in uygulamaları ile uğraşmaya hapsedilmiş durumdadır.

Uluslararası cezai adalet, uluslararası suçlar için sorumluluğu arttırıcı ve özellikle uluslararası *jus cogens* suçlar için kişisel dokunulmazlığı azaltıcı yöntemler aramaktadır. Bunu doğrudan ve dolaylı zorlama teknikleri ile gerçekleştirmeye çalışmaktadır.⁸¹ Bu iki teknik birbirini bütünler niteliktedir ve *aut dedere aut judicare* ilkesine dayanmaktadır.⁸² İki tekniğin de amacı sorumluluğu sağlamak olduğu için, cezalandırmanın nedeni, ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri için geçerli olan cezalandırmanın felsefe ve politikasına dayanmaktadır. Ancak uluslararası cezai adalette daha farklı sorumluluk mekanizmaları da bulunduğu için, bu yazıda bunlardan da bahsedilmiştir.

78. supra not 7.

79. Bkz. M. Cherif Bassiouni, The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights, 8 Yale J. World Pub. Ord. 193 (1982).

80. Bu, uluslararası ceza hukukunun, bölüm 6 ve 7'de tartışılan doğrudan uygulanması ile bölüm 5'te tartışılan dolaylı bir şekilde uygulanmasında görülebilir. Uluslararası cezai adalet aynı zamanda işlem temellidir. İşlem temelli adalet, John Rawls'un A Theory of Justice kitabında tartışılmıştır (1971; rev. ed., 1999). Ayrıca bkz. Justice as Fairness: A Restatement – John Rawls (Erin Kelly, ed. 2001).

81. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5, 6 ve 7.

82. Bkz. Bassiouni, & Wise, Aut Dedere Aut Judicare, supra not 3; Bassiouni, supra not 1, bölüm 5, kısım 2.

6.1.1 *Ahlak ve Toplum Felsefesi*

Yukarıda da değinildiği gibi, uluslararası cezai adalet sistemi, ulusal cezai adalet sistemi gibi, toplumsal bir sözleşmenin mevcudiyeti varsayımı üzerine kurulmuştur. Uluslararası cezai adaletin toplumsal sözleşme teorisi, uluslararası toplumun bireylerinin güvenliği için normları ihlal edenleri cezalandırması karşılığında bireyin normlara uyma görevini üstlendiğini öne sürmektedir. Sonuç olarak uluslararası toplum, bireyin elinden bireysel cezalandırma ve bireysel intikam haklarını almıştır.⁸³ Benzer şekilde, toplum namına hareket eden devlet, kendisine af çıkarma hakkı tanımıştır. Sonuç olarak bu hakkın tanınması, tarih boyunca haksız aflar nedeniyle adalete ulaşmaya mani olmuştur. Aflar sadece fail zaten cezasını yeterince çekmişse ya da cezasını gereğinden fazla çekmeye mahkum edilmişse ya da cezanın hafifletilmesini gerektiren bir neden varsa meşru olacaktır. Af çıkarmak için gereken politik kuralların yaratılması gerekmektedir, zira uluslararası toplumun evrensel adalet teorisine ulaşım hukukun haksız uygulanması, adaletsizlik ve hukukun belirsizliği kavramlarını geride bırakmasının tek yolu budur.

Devletler af çıkarma hakkını ellerinde tuttukları gibi, kamu davasının açılıp açılmamasına karar verme hakkını da ellerinde tutmaktadır. Ancak bu bazı suç tipleriyle sınırlı tutulmuş,⁸⁴ bazı ülkelerde ise devlete bu hak hiç tanınmamıştır. Tarih boyunca, toplumsal düzeni korumak adına cezalandırma ihtiyacı arttıkça, cezalandırıcı teori, hak edilen cezaya çarpıtılma, caydırıcılık, rehabilitasyon gibi çeşitli cezalandırma teorileri de ortaya çıkmıştır. Bu sistemlerin gelişme süreçleri dolayısıyla, bu cezalandırma teorilerinin uygulanması ulusal ve uluslararası cezai adalet sistemlerinde birbirinden farklıdır. Ulusal cezai adalet sisteminin bir varsayımı, denetim ve eşitliğin olduğu, suiistimallerin bulunmadığı, değer-

83. Bireysel intikam sadece ikinci nitelikte değil, suç sonucu ortaya çıkan duygusal güdülerini de yansıtır niteliktedir. İntikamdan yana olanlar, şu kincilik teorilerinden birini savunmaktadır: 1) Değer temelli biçim. Bu biçim, hukuki cezalandırmanın saldırgan duyguların düzgün bir şekilde yönlenebileceği bir çıkış noktası olduğunu ve cezalandırma olmazsa bu duyguların sosyal olarak yıkıcı biçimlerle tatmin arayacağını iddia etmektedir. 2) Hedonistik (hazcı) biçim. Bu biçim, failin acı çekmesi insanlara haz verdiği için cezalandırmanın meşru olduğunu iddia etmektedir. 3) Romantik biçim. Bu biçim cezalandırmanın meşruluğunun yaydığı nefret ve öfkede yattığını iddia etmektedir. Bkz. Joel Feinberg, *Doing and Deserving: The Classical Debate* 649-650 (1970).

84. Bkz. *infra* kısım 8.

lerin el üstünde tutulduğu ve toplumsal düzenin gerçekleştirildiği, işler durumda bir hukuk sisteminin varlığıdır. Tersine, uluslararası cezai adalet sistemi, biçimlenmemiş hukuk sistemi ve *realpolitik* ile devam eden savaşı ile henüz sorumluluk, adalet ve caydırıcılık amaçlarına ulaşmaya çalışmaktadır.⁸⁵

6.2 Tarihte Cezalandırmanın Öncülleri

6.2.1 Kısas Usulü

Devletin bireyden bireysel intikam hakkını alma kararı kısmen Talmud'un "kısas usulü"nün bir sonucudur. Bireyler, aileler, kabileler ve daha sonra ülkeler, genelde daha da büyük toplumsal hasarlar yaratan yöntemlerle birbirlerinden intikam almak istediklerinden, kısas usulü, asıl amacının öngörmediği toplumsal bir bozulma yaratmıştır.⁸⁶ Kuran'da⁸⁷ da bulunan "Cana can, göze göz, dişe diş, yanmaya yanma, yaralanmaya yaralanma, kırbaça kırbaç" emri, Roma Hukukunun da *ius taliones* olarak tanımladığı kısas hakkının özüdür.

Museviler, Müslümanlar ve bazı Hıristiyan filozoflar⁸⁸ için bu kısas hakkı hem nitelik hem de nicelik bakımından adil bir cezadır. Değeri saflığı, sıklığı ve eşitliğinde yatmaktadır. Ancak ilginç bir şekilde hem Musa'nın hem de Kuran'ın emirleri mağdurlara ceza olarak ölüm yerine tazminatı seçme hakkı tanımıştır. Bu uygulama, gerçek cezalandırıcı teoriyi aşan sağlam bir politikayı yansıtmaktadır.⁸⁹ Kuran ayrıca inananla-

85. Bkz. Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7.

86. Çağdaş hukuk sistemlerinde, yalnızca çok az İslam üzerine kurulu geleneksel sistem mağdura kısas usulünü ya da diyya'yı seçme hakkı sağlamaktadır. Bu istisnaların dışında, bütün çağdaş hukuk sistemleri mağdurun medeni ve cezai haklarını birbirinden ayırmıştır. Medeni hakları mağdurun doğuştan gelen haklarıyken, mağdur, cezai haklarını, kendisi adına kullanılmak üzere, de jure ya da de facto olarak, devlete bırakmıştır. Bkz. M. Cherif Bassiouni, Les Crime relevant du precepte de Qesas, 4 Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique 485 (1989); Bassiouni, Death Penalty and the Shari'a, supra not 22.

87. M. Cherif Bassiouni, Qesas Crimes, in Islamic Criminal Justice System 203 (M. Cherif Bassiouni ed., 1982).

88. Bkz. Immanuel Kant, The Categorical Imperative (1797); Thomas Hobbes, Leviathan (A.R. Waller ed. 1904). Ayrıca bkz. Kathleen Dean Moore, Pardons: Justice, Mercy, and the Public Interest 28-31 (1989). Kant, kesin olarak, kısas hukukunun, toplumsal sözleşme teorisinin özü olan eşit özgürlük kavramı tarafından meşru bir durum kazandığına inanıyordu.

89. Bkz. Surat al-Baqarah, 2:178-179; Surat al-Ma'ida, 5:45; Surat al-Nisa, 4:92. Ayrıca bkz. Bassiouni, Les Crime relevant du precepte de Qesas, supra not 54.

ra bağışlamayı da emretmektedir, ki bu yegane hakim ve ölç alıcı Tanrı'nın gözünde en doğru yoldur.⁹⁰ Daha önce, Dağdaki Vaaz⁹¹'da Hazreti İsa şöyle buyurmuştu:

“Göze göz, dişe diş’ denildiğini duydunuz. Ama ben size diyorum ki, kötüye karşı direnmeyin. Sağ yanağınıza bir tokat atana öbürünü de çevirin. Size karşı davacı olup mintanınızı almak isteyen abanızı da verin.”⁹¹

Hazreti İsa'nın nasihatinde, Kuran'da da bulunan bağışlama seçimi görülebilir.⁹² Metafiziksel olarak, intikam, adaletli olsa dahi insan adaletinin bir parçası değildir. İncil'de bu şu sözlerle kendini göstermektedir: “Kendi halkınızın insanlarından intikam almamalı, onlara karşı kin beslememelisiniz ve komşunuzu kendiniz gibi sevmelisiniz.”⁹³

İntikam yalnızca Tanrı'ya mahsustur. St. Paul'e göre İncil şu şekilde buyurmaktadır: Tanrı, ‘intikam benimdir, karşılığı ben vereceğim’, dedi.⁹⁴ Kuran da Allah'ı insanlığa ait olamayacak ilahi ölç alıcı olarak tanımlamaktadır.⁹⁵ Daha sonraları Yunanlılar, Romalılar, Müslümanlar ve diğer bütün hukuk aileleri tarafından takip edilen *lex talionis* de kısası temsil etmektedir. Kısas, her ne kadar sıkça intikam ile karıştırılsa da, sonraları intikamın felsefesini oluşturmamış, onun yerine geçmiştir.

6.2.2 Hak Edilen Cezaya Çarptırılma

Toplumsal sözleşme teorisine göre, cezalandırma hakkı devlete devredildikten sonra, neredeyse bütün ulusal cezai adalet sistemleri, cezalandırma ya da hak edilen cezaya çarptırılma kavramları üzerine kurulmuştur. Hümanizm ve toplumsal iyileşme amaçları ise ulusal hukuk sistemlerinde ancak 18.yüzyılda belirmeye başlamıştır. Hak edilen cezaya çarptırılma teorisi ve cezalandırıcı teori, kısas usulü ile bireye tek taraflı

90. Bkz. Bassiouni, Death Penalty in the Shari'a, supra not 22; Bassiouni, Qesas Crimes, supra not 54; Bassiouni, Les Crime relevant du precepte de Qesas, supra not 54.

çn3: Matta İncili Bölüm 5-7'de bulunan, Hz. İsa'nın dini ve ahlaki öğretilerini içeren bölüm.

91. Matthew 5:38-5:40 (King James).

92. Bkz. Bassiouni, Death Penalty and the Shari'a, supra not 22; Bassiouni, Qesas Crimes, supra not 54; Bassiouni, Les Crime relevant du precepte de Qesas, supra not 54.

93. Leviticus 19:18.

94. Romans 12:19.

95. Bkz. Bassiouni, Death Penalty and the Shari'a, supra not 22; Bassiouni, Qesas Crimes, supra not 54; Bassiouni, Les Crime Relevant du precepte de Qesas, supra not 54.

intikam ve tatmin hakkı sağlayan felsefi temellere benzer temeller üzerine kuruludur. Devlet, bireyin bu tür bir hakkı olduğunu ve bu hakkı toplumsal sözleşmenin bir parçası olarak yerine getirebileceğini varsaymıştır.⁹⁶ Bu yüzden toplumsal sözleşme teorisine göre, uluslararası cezaî adalet sisteminin “genel ilkelere” sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Bu genel ilkelere göre, mağdurun, ulusal ya da uluslararası hukuk düzeninin faili yargılamasını ve gerekiyorsa suçlu bulmasını istemeye dair doğuştan gelen ve devredilemez bir hakkı bulunmaktadır.⁹⁷ Hukuk sistemi ayrıca mağdurlara gerektiğinde hukuki tazminat isteme hakkı da tanınmalıdır.⁹⁸

Uluslararası ceza hukuku ihlallerini cezalandırmanın meşruluğu şunlardan kaynaklanmaktadır: 1) otoriter doğası, 2) bütün failler için eşit ve adil ceza uygulaması, 3) ihlal ve zarar ile cezanın karşılıklı ve orantılı olması ve 4) hak edilen karşılığı oluşturmaları. Cezalandırıcı teori ve hak edilen cezaya çarptırılma teorisi kavramları ilk iki faktörün bir sonucudur. Bu faktörler cezalandırmanın meşruluğunun temelini ve toplumun cezalandırma hakkının meşruluğunun felsefi temelleri ve sosyal politikasını oluştururlar.⁹⁹

96. Bkz. Kant ve Hobbes, supra not 55; David Miller, *Social Justice* (1976); John Rawls, *A Theory of Justice* (1971); Lloyd Weinreb, *Natural Law and Justice* (1987); David Dolinko, *Three Mistakes of Retributivism*, 39 *UCLA L. Rev.* 1623, 1626-1630 (1992).

97. Bkz. Edward M. Wise, *The International Criminal Court: A Budget of Paradoxes*, 8 *Tulane J. Int'l Comp. L.* 267-267 (2000).

98. Bkz. dip not 5. Mağdurun hukuki yola başvurma hakkı şunları da kapsamaktadır: 1) adalete erişim; 2) oluşan zarar için tazminat; 3) ihlallerle ilgili gerçek bilgilere erişim. Mağdurun tazminat hakkının kapsamına şunlar da girmektedir: parasal tazminat, rehabilitasyon, tatmin edilme ve ihlalin tekrarlanmamasının garanti edilmesi. Mağdur ihlalden önceki konumuna tekrar getirilmelidir, bu özgürlüğünü, hukuki haklarını, sosyal statüsünü, aile yaşamı ve vatandaşlığını, eskiden yaşadığı yere geri dönebilmesini, işine geri dönebilmesini ve eski mülkiyetlerinin geri verilmesini içermektedir. Tazminat, ihlal yüzünden gerçekleşen parasal zararları; örneğin fiziksel ya da ruhsal bozukluk, kaybedilen olanaklar, maddi zararlar ve birikimlerin kaybolması, itibarın ve şerefın zedelenmesi, hukuki, tıbbi, psikolojik ve sosyal servisler için harcanan ödemeler, kapsmalıdır. Rehabilitasyon hukuki ve sosyal servislerin yanı sıra tıbbi ve psikolojik bakımları da içermelidir. Son olarak tatmin edilme ve ihlalin tekrarlanmamasının garanti edilmesinin içermesi gerekenler; devam eden ihlallerin durdurulması, gerçeklerin ortaya çıkarılması, öldürülenlerin ve kaybolanların vücutlarının aranması, bunların teşhis edilmesi ve ailenin geleneklerine uygun olarak gömülmesi, mağdurun ve mağdura yakın olanların şeref ve itibar ile hukuki ve sosyal haklarının resmi bir bildiri ya da yargı kararı ile tekrar sağlanması, özür dilenmesi, ihlallerden sorumlu olan kişilere yargısal ya da idari cezalar verilmesi, kurbanların ya da mağdurların anılmasını sağlama, ihlallerin doğru bir şekilde kayda geçirilmesi ve ihlallerin tekrerrütmesinin önlenmesi.

99. Kant ve Hobbes'un düşüncesi bu yöndeydi, supra not 55. Ayrıca bkz. Moore, supra not 55. Kant'a göre cezalandırma, özgürlük anlayışına dayanan “kategorik bir mecburiyet” idi. Bu yüzden ceza-

Hukuk felsefesi ve politikaları, cezalandırmanın kendisi ile mi sınırlı olduğu yoksa caydırıcılık ve ıslah gibi amaçlara da hizmet edip etmediğine göre değişmektedir. Bazı açılardan cezalandırma, otoriter bir gücün oluşturduğu hak edilen cezanın¹⁰⁰ hukuki sınırınıdır. Cezalandırmanın hak edilen kadar olması cezalandırma kavramının haklılığının temelidir. Ancak bazı bilim adamları, cezalandırıcı teorinin içinde yarar ve menfaat amaçlarının da olması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰¹

Her ne kadar cezalandırıcı teori ve hak edilen cezaya çarptırılma teorisi aynı felsefi önermeler üzerine kurulmuş olsa da, hak edilen cezaya çarptırılma, cezalandırıcı teorinin tersine, failin cezanın yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra, bireysel olarak kurtulduğu fikrine dayanmaktadır. Böylece fail cezasının yükümlülüklerini kabul etmesi ve yerine getirmesinin ve böylece geçmişteki ihlalden dolayı yeniden yargılanmayacağını bilmenin güveniyle topluma yeniden dahil olabilmektedir. Yani teorik olarak hak edilen cezaya çarptırılma, faile yükümlülüklerini yerine getirme duygusu sağlamaktadır. Ancak pratikte toplum failin yükümlülüklerini yerine getirdiğini çoğu zaman kabul etmemektedir. Hatta toplumun sosyal yapısına bağlı olarak failer cezalarını çektikten sonra bile cezalandırılmaya devam edilmektedirler. Devam eden cezalandırılma, faileri “ömür boyu suçlu” durumuna düşmesine neden olmaktadır.¹⁰² Sonuç olarak, cezanın hak edilen kadar olmasının doğası bazen teorik olarak tasarlanandan daha sert ve haksız olabilmektedir.

landırmanın yapılmaması, bütün insanlığa, hatta failin kendisine dahi yapılan bir haksızlıktır. Kant'a göre: “Cezalandırma ile ilgili hukuk kategorik bir mecburiyettir. Mutluluk teorisinin dolambaçlı yollarını alt üst edip suçluyu cezadan kurtararak, ya da cezasını hafifleterek bir avantaj elde etmeye çalışanların vay haline...” (Immanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* (John Lord çev., 1965)).

100. “Cezalandırma yalnızca hak edildiğinde adildir ve bir suç işlendiğinde hak edilir. Suçun işlenmesi, devletin cezalandırma hakkı ve görevinin tek başına temelidir...Bu yüzden adalet, failere hak ettikleri gibi davramaktır, onlara ne hak ediyorlarsa onları vermektir, ne daha fazlası, ne daha azı.” Bkz. Dolinko, *Three Mistakes of Retributivism*, supra not 63, 1628 (alıntı, Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment* (1989)).
101. Moore, supra not 55. Kant'ın cezalandırmanın “kategorik bir zorunluluk” olduğu düşüncesi, faydacı yöntemle uyumsuz değildir. Üzerinde durulması gerekir ki, cezalandırma intikam demek değildir. Bazı cezalandırma tipleri, failerin saikleri dikkate alınmadan belirli bir kategorideki failerin tümüne uygulanırsa, bu durumda failer “hak ettikleri” ceza ile cezalandırılmayabilirler.
102. Örneğin 17 Mayıs 1996'da, Başkan Clinton, Megan Yasasını imzalamıştır. Bu Yasa, bütün eyalet ve federal yönetimlerin, çocuklara karşı cinsel istismardan mahkum olmuş herkesi kayıt altına almasını emretmektedir. Birçok eyalette, bu kaydın kapsamı bütün cinsel suçlar için olmak üzere geni-

6.2.3 Caydırıcılık ve İslah

Benim fikrime göre, cezalandırma intikam demek değildir. Aksine, faydalı sonuçlar doğurup caydırıcılık ve ıslah gibi insancıl amaçlara hizmet edebilir.¹⁰³ Her ne kadar esas felsefi önermeleri farklı olsa da sonuçları uyuşmaz değildir. Bu felsefi ve politik görüşlerdeki 18. yüzyıla kadarki esas fark, cezanın suçun ağırlığına dair toplumsal karar ile orantılı olarak mı yoksa failin çeşitli özelliklerine göre, örneğin ıslah olasılığının olup olmadığına göre mi belirlenmesi gerektiği idi.¹⁰⁴

Cezalandırmanın amacı ile ilgili felsefi tartışma, cezalandırmanın üstlenmesi gereken amaçtan farklı tutulabilir.¹⁰⁵ Ancak her ikisi de, cezayı kendisi ile sınırlı görürsek, birbirinin bütünü olarak görülebilir. Bu bağlamda cezalandırma, kendi varlığını kanıtlamaktadır. Daha sonra, kendisinin yanı sıra, caydırıcılık ve ıslah yaratma amacı ile genişlemektedir.

letilmiştir. Sonuç olarak, cinsel suçlardan mahkum olmuş herkes, hapisaneden çıktıktan sonra 10 gün içinde, bütün cezalarını hapisanede çekmiş olsalar bile, “cinsel suç işleyen kişi” olarak kayıt altına alınmaktadır. Bu kayıt listesinin içeriği herkese açıktır ve listeye internet üzerinden ulaşılabilir. Bu uygulama, faili cinsel suç işleyen kişi olarak etiketlendirerek özgürlüğünü ihlal etmekte ve cezasını çektiğine dair bir inanca sahip olmasını ve yaşamını yeniden kurmasını engellemektedir. Bkz. Megan’s Law in All 50 States, <http://www.klaaskids.org/pg-legmeg.htm>.

103. “Caydırıcılık teorileri”, cezalandırmanın iyi ve istenen sonuçlarından doğan diğer cezalandırmaları haklı çıkarırken, “cezalandırma teorileri” cezalandırmayı belirli bir normun ihlalinin sonucu olarak görmektedir. Bkz. Dolinko, supra not 63.
104. Cesare Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene* 13 (Domenico Pisapia ed., 1964) (1764) muhtemelen 18. yüzyılın ilk ceza reformistiydi. Onun taraftarlarından Jeremy Bentham’ın, yaygın hukuk sistemleri üzerinde çok büyük bir etkisi vardır. Bkz. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (James H. Burns & Herbert L.A. Hart eds., 1970) (1780).
105. Cezalandırmanın amacını tanımlamakta ortaya çıkan karmaşıklıklar yüzünden, farklı bilim adamları, cezalandırmanın gerçek amacını farklı şekillerde tanımlamışlardır. Bkz. Wise, supra not 64. Wise, cezalandırmanın amacının doğru ve yanlış arasındaki farklara dair müşterek inancı güçlendirmek, böylece dürüst ve hukuka uyan insanların davranışlarını doğrularak toplumun kendi içinde bir arada tutunmasına yardım etmek olduğunu söylemiştir. Bunun tersine Durkheim, cezalandırmanın failer için ıslah edici ve gelecek suçlar için caydırıcı olmasına şüphe ile yaklaşmıştır. Ayrıca bkz. Moore, supra not 55, 36. Jeremy Bentham’ın cezalandırma hakkındaki faydacı gereçlendirmesi şu şekildedir: 1) devletlerin belirlenmiş amaca ulaşma konusunda bir görevleri vardır, 2) hukuk devletlere amaçlarına ulaşmada yardım etmektedir, 3) hukuk ihlalleri amaca ulaşmaya engel olmaktadır, 4) devletlerin cezalandırmanın amacına ulaşabilmek için ihlalleri cezalandırma hakkı vardır. Id. 37. Ancak Moore, fayda prensibine göre, şu durumlarda cezalandırmanın uygulanmaması gerektiğini söylemektedir: 1) suçlar için caydırıcılık yaratmada etkisiz olacağına, 2) ortada hiçbir kötülük bulunmuyorsa, 3) suçu engellemek için eğitim ve sosyal reorganizasyon imkanları bulunmuyorsa ve 4) cezalandırma, cezalandırmadan doğacak zarardan daha büyük bir zarara yol açacaksa.

Bu faydalı amaçlardaki uzlaştırıcı konumu, cezalandırıcı teoriyi haksız çıkarmamakta, aksine ona farklı boyutlar eklemektedir.

6.2.4 *Jus Cogens Uluslararası Suçların Cezalandırılması*

Jus cogens uluslararası suçlar için cezalandırmanın kendisinin amacı ile üstlenmesi gereken amaç arasındaki tartışma bir kısım hakikate ve varsayıma dayanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'ndan beri, *jus cogens* uluslararası suçlar muazzam sayıda mağdur yaratmış¹⁰⁶ ve ulusal düzenler ile uluslararası barışın bozulmasına neden olmuştur. Ancak bu suçların failleri kişisel dokunulmazlıklardan yararlanmıştır. Doğal olarak, adaletin yokluğunda, mağdur gruplar intikam aramış ve ulusal barışa dair tüm umutlar yok olmuştur. Sonuç olarak, ulusal ve uluslararası kamu düzeni bozulmuş ve gelecekte muhtemelen daha fazla suç işlenecek duruma gelinmiştir. Bundan dolayı denebilir ki cezalandırma dünya düzeni için de ulus toplumların toplumsal düzeni için olduğu kadar önemlidir.

Jus cogens uluslararası suçlar için, gelecekte caydırıcılık unsurunun da yerleşebilmesi amacıyla, cezalandırmanın ağır olması zorunludur. Bununla beraber, cezanın değerinin saptanmasında elbette verilen zarar ve failin saiki de dikkate alınacaktır. Her ne kadar bu son özellik cezalandırıcı teori ile felsefi bağlamda uygunsuz olarak gözükse de, gene de çağdaş uluslararası toplum için dikkate alınması çok önemlidir. Bu karma cezalandırma teorisinin gerekçesi değerlere yönelik amaçlarında yatmaktadır. Son olarak, *jus cogens* uluslararası suçları cezalandırmanın mağdurun insani itibarını geri kazandıran soyut bir boyutu da mevcuttur. Ayrıca bu cezalandırmanın sembolik olarak insanlığın tamamına itibarını kazandıran bir boyutu da vardır. Kant'inkine¹⁰⁷ benzer bir bakış açısıyla, bu, failin insani itibarını geri kazandırmaktadır.¹⁰⁷ İşte bu yüz-

106. 20. yüzyıl boyunca dünya, farklı tiplerde 250'den fazla ihtilaf sonucu tahminen 75-170 milyon arasında insanın ölümüne tanıklık etmiştir. Olayların çoğunda failer kişisel dokunulmazlıktan yararlanmıştır. Bkz. Bassiouni, *Combating Impunity For International Crimes*, supra not 18. Ayrıca bkz. Bassiouni, *Searching for Peace*, supra not 7; Jennifer L. Balint, *An Empirical Study of Conflict, Conflict Victimization and Legal Redress*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 101 (Christopher C. Joyner, special edç & M. Cherif Bassiouni, general ed., 1998)

çn4: Immanuel Kant. 1724–1804 yılları arasında yaşamış ünlü Alman Filozof.

107. Benzer bir görüş için bkz. Moore, supra not 55, 47-49. Moore, Hegel'den alıntı yaparak şöyle demiştir: cezalandırma, serbest bir şekilde davranma hakkı olan suçlulara insan gibi davranan bir

den bu tür suçların cezalandırılmasından örtülü aflar gibi politik uygulamalar nedeniyle taviz verilmemelidir. Anlatılan bu sebepler dolayısıyla politikacılar ile *jus cogens* uluslararası suçların üst düzey yöneticileri ile alt düzey yöneticileri arasında bir ayırım yapılmalıdır.¹⁰⁸

6.3 *Jus Cogens Uluslararası Suçlar İçin Evrensel Adalet*

Evrensel adalet kavramı yalnızca Batı felsefesinin doğal adaleti üzerine kurulmamıştır. Cicero tarafından da çok güzel bir şekilde belirtildiği gibi:

“Gerçek hukuk, doğa ile uyum içinde olan doğru akıldır; evrensel bir geçerliliği vardır, değişmez ve ebedidir; emirleri ile göreve çağırır, yasaklarıyla yanlıştan alıkoyar. Ve emirleri ya da yasaklarını iyi insanlar üzerine boş yere koymaz, fakat kötü kişiler üzerinde de hiçbirinin bir etkisi yoktur. Bu hukuku değiştirmeyi denemek bir günahdır, herhangi bir kısmını yürürlükten kaldırmaya teşebbüs etmeye izin verilemez ve tamamen yok etmek ise imkansızdır. Onun yükümlülüklerinden senato ya da insanlar aracılığıyla muaf tutulamayız ve onun yorumlayıcısı ya da tercümanını kendimizin dışında aramamalıyız. Ve Roma’da ve Atina’da farklı bir hukuk olmayacak, hukukun şimdi ve gelecekte farklı olamayacağı gibi, sadece tek bir ebedi ve değişmez hukuk tüm milletler ve zamanlar için geçerli olacak ve hepimizin üstünde tek bir efendi ve hükümdar olacak: bu hukukun yazarı, ilan edicisi ve zorlayıcı yargıcı olan Tanrı. Kim ki bu hukuka boyun eğmez, kendinden kaçmakta ve sahip olduğu insan doğasını inkar etmektedir ve işte tam bu nedenle en acı veren cezaları çekecektir, genel anlamıyla kabul edilmiş cezalandırmadan kaçmış olsa bile.”¹⁰⁹

haktır; bu yüzden cezalandıramama, faile insan gibi değil eşya gibi davranmaktır. Cezalandırılacak fiilin devletin kurallarına uymadığı düşünüldüğünde, failleri cezalandırma bir kamu görevini yerine getirmektedir.

108. Bkz. M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (2. baskı 1999), 113-117.

109. De Repubblica 3.22.33, (Clinton Walker Keyes çevirisi, 1928); De Legibus 1-6.18-19, 2.4-9-10, 2.5.13-14, (Clinton Walker Keyes çevirisi, 1928). Ayrıca bkz. Lloyd Weinreb, *Natural Law and Justice* (1987). Lloyd kitabında şunu söylemektedir: Bu, farklı ulus ve ırklardan oluşan bir imparatorluğa çok iyi uyarlanmış bir felsefeydi. Yunan kuramsal felsefesi Roma’da çok işe yaradı. Bunun nedeni aklı teşvik ve memnun etmesi değil, pratik hedeflere yönelmiş olmasıydı.

Hukuk, ister ilahi buyruklarla yönetilsin ister toplumca tasarlanmış olsun, her toplumsal düzenin bir parçasıdır. Bunun doğal sonucu, *jus cogens*'den doğan normatif kuralların evrensel olduğudur, zira bunlar kim ya da nerede oldukları hesaba katılmadan, aynı durumdaki bütün insanlar için geçerlidir.

Uluslararası cezai adalet sistemi, *jus cogens* uluslararası suçların işlendiği durumlarda adalete erişimi iki yönlü olarak sağlamalıdır.¹¹⁰ Ancak bu, uluslararası adli organların bu iki yolu da yönetmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Aksine, biraz önce de değinildiği gibi, uluslararası cezai adalet sistemi, ulusal cezai adalet sistemleri ile işbirliği içinde çalışmak istiyorsa, tamamlayıcı bir şekilde çalışmalıdır.¹¹¹ Bu tamamlayıcılık, güneş sisteminin farklı yıldız ve gezegenleri ile kıyaslanabilir. Bu durumda, güneş; gezegen ve yıldızların ortak paydasıdır ve adaletin temelini temsil etmektedir. Adaletin amacı da aynı takımyıldızın parçaları olan gezegen ve yıldızlar tarafından yerine getirilir. Uluslararası ve ulusal adli organlar arasındaki yargısal bağlantı bir kenara bırakılırsa, bütün bu sistemler, hem tek başlarına hem de beraberce en iyi sonuçları ortaya çıkarabilmek için birleşmelidir. Bu şekilde bu sistemler, bir kamu görevi olan cezalandırmayı ve cezai sorumluluğu ve kamu tarafından desteklenen yarı-özel bir kavram olan bireysel tazminatı sağlayabilirler.

Toplumsal sözleşme teorisi, uluslararası cezai adaletin, uluslararası ceza hukukunun kimi normlarını ihlal edenlerin peşine düşme sorumluluğunu alması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu normlar özellikle *jus cogens* uluslararası suçlar için geçerlidir,¹¹² zira bu suçlar evrensel alanda

110. Uluslararası suçların kapsadığı 28 kategoriden yalnızca *jus cogens* suçlar bu seviyeye yükselmektedir. Bkz. Bassiouni, The Sources and Content of International Criminal Law, supra not 14.

111. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önerisi budur. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, supra not 25; M. Cherif Bassiouni, Historical Survey:1919-1998, 3 Bassiouni ICL, supra not 23, 597; Kenneth S. Gallant, Individual Human Rights in a New International Organization: The Rome Statute of the International Criminal Court, 3 Bassiouni ICL, supra not 23, 693.

112. Bkz. M. Cherif Bassiouni, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, supra not 14. "Jus cogens", "bağlayıcı hukuk" anlamına gelmektedir, bu yüzden bir *jus cogens* ilkesi diğer bütün normlar, kurallar ve prensipler arasında hiyerarşik olarak en üstte yer almaktadır. İşte bu yüzden *jus cogens* prensipleri "mutlak normlar" olarak tanınmaya başlanmıştır. Ancak bilim adamları bir mutlak normu neyin oluşturduğu ve bir kural, norm ya da prensibin bu seviyeye nasıl yükseldiği konusunda anlaşma içinde değildir. Bunun temel nedeni, belli başlı bilim adamlarının, felsefi öncelikler konusundaki bakış açılarının farklı olmasıdır. Bu felsefi farklılıklar, metodolojik an-

kınanmakta ve çok büyük ölçüde zararlar doğurmaktadır. Bu sebeplerden dolayı, *jus cogens* suçlar için adli takibatta bulunulması ve suçun mahkeme kararı ile sabit olduğu durumlarda, *realpolitik*'ten bağımsız olarak bu suçların cezalandırılması gerekmektedir. Bu tür yargılamalar kendi doğaları ve sonuçları gereği cezai müeyyide gerektirmektedir. Bu sayede hak edilen cezaya çarptırılma amacının yanı sıra caydırıcılık ve önleyicilik amaçları da gerçekleştirilebilecektir. Caydırıcılık ve önleyicilik zararı azaltmakta ve dünya düzenini korumaktadır¹¹³. Bu amaçların üstün doğası ve ulaştıkları toplumsal yarar, ulusal ve uluslararası düzeyde cezai müeyyideyi mazur göstermektedir.

Şu anda *jus cogens* uluslararası suçlar; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, köleleştirme ve uygulamaları, işkence ve tarihi sebeplerden dolayı korsanlıktır.¹¹⁴ Bu normların doğaları gereği kendilerine çeşitli yasal sonuçlar da bağlanmıştır.¹¹⁵ Bunlar; ulusal ya da uluslararası olsun bütün hukuk sistemleri için, cezai takibat açma ya da suçluyu iade etme¹¹⁶ ve gerekli olduğunda evrensel yargılamada bulunulmasını sağlama¹¹⁷, tahkikatta bulunan ulusal ya da uluslararası hukuki kurum-

laşmazlıklar yüzünden daha da büyümektedir. Bilim adamları *jus cogens*'in özü, kaynağı, içeriği (pozitif ya da norm yaratıcı öğeleri), kanıtlayıcı öğeleri (evrensellik ya da daha aşağısı gibi) ve amaçları (örneğin dünya düzenini korumak ve önemli insan haklarını himaye altına almak) konularında birbirlerinden ayrılmaktadır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23 Mayıs 1969, U.N. Doc. A/CONF. 39/27), uluslararası ya da ulusal hukuk tecrübelerinden doğan geleneksel kuralları ve sözleşmelerle ilgili ulusal hukuk prensiplerini somutlaştırmıştır. Bkz. C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (1976). Uluslararası Adalet Divanı, *Nicaragua v. ABD* davasındaki görüşü: *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, 1986 I.C.J. 14. Bkz. *Appraisals of the International Court of Justice's Decision: Nicaragua v. United States (Merits)*, 81 AM. J. Int'l L. 77 (1987). *Barcelona Traction* davasında Uluslararası Adalet Divanı şunu belirtmiştir: "Devletlerin uluslararası toplumun tümüne karşı olan yükümlülükleri ile birbirlerine karşı olan yükümlülükleri arasında kesin bir ayırım yapmak gerekmektedir. Doğası gereği birincisi bütün devletlerin sorunudur. Bu hakların ne kadar önemli oldukları göz önüne alındığında, tüm devletlerin bunların korunmasında hukuksal çıkarları olduğu söylenebilir; bunlar erga omnes yükümlülüklerdir." *Barcelona Traction (Belçika V. İspanya)*, 1970 I.C.J. 3, 32 (5 Şubat). Böylece denilebilir ki, bir yükümlülüğün erga omnes seviyesine yükselmesinin ilk ölçütü, Uluslararası Adalet Divanı'nın "devletlerin uluslararası toplumun tümüne karşı olan yükümlülükleri" sözünde gizlidir.

113. Bkz. Myres McDougal, *Law And Minimum World Public order* (1961).

114. Bkz. Bassiouni, *Combating Impunity for International Crimes*, supra not 18, 68.

115. Id, 67.

116. Bassiouni & Wise, *Aut Dedere Aut Judicare*, supra not 3.

117. Bkz. *Universal Jurisdiction for International Crimes* (Stephen Macedo, 2003); M. Cherif Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*,

lara gerekli hukuki yardımı sağlama, bu suçlar için kovuşturmada bulunma ve hüküm verme, hiçbir sınırlamayı kabul etmeme ve uygulamama¹¹⁸ ve mahkemenin kararını tanıma ve uygulamadır.¹¹⁹

Adalet ve uluslararası hukuk düzenlerinde barış amaçlarını sağlamak için farklı ihlallere farklı yöntemler uygulanabilir.¹²⁰ Elbette ki her ihlal ceza davası açılmasını gerektirmemektedir. Benzer olarak her hüküm bir ceza da gerektirmemektedir. Sorumluluk şekilleri ihlalin doğasına göre farklı olabilecek ve toplumsal düzeni yeniden sağlama farklı toplumsal gruplar arasındaki uzlaşma ya da devletler arasındaki barış anlaşmaları ile mümkün olacaktır. Ancak bu ortak istekler ve toplumsal düzeni sağlama amaçları ile mağdurların hak ve istekleri arasında bir denge sağlanmalıdır. Barışı ve adaleti sağlama amaçları bağdaşmaz değildir ancak sıklıkla birbirlerine zıt olabilirler. Bu yüzden bu sorumluluk şekillerini uygulamada, tutarlılığı ve hukuk güvenliğini sağlayacak hukuk kriterleri oluşturulmalıdır.

Uluslararası suçlar için sorumluluğu oluşturma, ancak uluslararası ve ulusal kurumların birbirini tamamlar nitelikte olmasını sağlayacak kapsamlı bir strateji oluşturulmasından sonra gelişecektir. Bu birbirini tamamlar nitelikte olma kavramı, Uluslararası Ceza Mahkemesinde olduğu gibi alternatif yargılama mekanizmaları oluşturmaktan ibaret olmamalıdır. Birbirini tamamlama ancak işbirliği içinde bulunan sistemlerin oluşturduğu bir ağ üzerine kurulabilir. Her ne kadar bu küresel sistemde, Uluslara-

42 Va. J. Int'l L. 81 (2001); The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (Princeton Üniversitesi Hukuk ve Halka İlişkiler programı, 2001); Marc Henzelin, Le Principe De L'Universalite En Droit Penal International (2000).

118. Bkz. Christine Van Den Wyngaert, War Crimes, Genocide and Crimes Against Humanity - Are States Taking National Prosecutions Seriously?, in 3 Bassiouni ICL, supra not 23, 227.

119. Bkz. Bassiouni, Combating Impunity for International Crimes, supra not 18, 65-66.

120. Geçmişte şu sorumluluk mekanizmaları kullanılmıştır: Uluslararası takibatlar, uluslararası tahkikat komisyonları, ulusal tahkikat ve hakikat komisyonları, ulusal takibatlar, arındırma mekanizmaları, kanun yolları ve mağdurların korunması ile ilgili mekanizmalar. Bkz. Bassiouni, Combating Impunity for International Crimes, supra not 18, 18-22, 67; Ratner & Abrams, supra not 22; Diane Orentlicher, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, 100 Yale L.J. 2537, 2542 (1991). Cezai müeyyideye paralel bir yol, mağdur ve mirasçıları tarafından, ulusal ya da uluslararası yasal ya da idari makamlar önünde izlenebilecek medeni hukuk yoludur. Bu yol; parasal tazminat, maddi ve hukuki onarım, ahlaki koruma ve hukuk sisteminin gelecekteki potansiyel ihlaller için koruma ve önleme sağlamanın istenmesini içermektedir. Bkz. The Right to Restitution, supra not 65; Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, U.N. Doc. A/RES/40/34 (11 Aralık 1985).

rası Ceza Mahkemesi, *ad hoc* mahkemeler, ulusal cezai adalet kurumları ve diğer uluslararası ve bölgesel kurumlar birbirlerinden bağımsız olarak çalışıyor olsalar da, git gide birbirleri ile daha fazla işbirliğinde bulunmaktadır. Bu tür bir sistem henüz başlangıç aşamasında, uluslararası, bölgesel ve ulusal kurumları birbirine bağlayacak tümleşik bir stratejiye ihtiyaç duyacaktır. En azından cezai konularda gelişmiş bir işbirliğine ihtiyaç duymaktadır ve uluslararası suçlara karşı yürürlükte bulunacak organlar ulusal hukuk sistemleridir. Bunu başarmak için ulusal hukuk sistemlerinin yargılamaya yeni bir bakış açısı getirmesi gerekmektedir.

Uluslararası cezai adalette tümleşik bir sistemin başarılı olabilmesi için, politikacıların ihtilaf sonrası durumlarda uygun mekanizmaları seçmesine yardımcı bulunacak belirli norm ve kriterlerin bulunması gerekmektedir. Bu kriterler esnek olmalı ve ihtilafların *sui generis* doğasını göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin Şili ve Arjantin gibi ülkelerin insan hakları mağdurları için yürürlüğe koyduğu tazminat planı, Ruanda gibi çok daha farklı bir ekonomik duruma sahip ve çok daha fazla fail ve mağdurun bulunduğu ülkeler için uygun değildir.¹²¹

Sorumluluğun kendisi bir amaç olsa da, muhtemel ihlaller için caydırıcılık, mağdurları bütünleştirme ve barışa giden yolda harekete geçme amaçlarını da gerçekleştirmelidir. Kuşkusuz sorumluluk kriterleri ihtilaf-tan ihtilafa geçişecek ve zamanla gelişecektir. Ancak genel olarak şu özelliklere sahip olmalıdır: 1) toplumun bütün kesimlerini kapsayacak nitelikte olmak, 2) söz konusu toplumdaki doğmuş ya da söz konusu toplum tarafından kabul edilmiş durumda olmak, 3) uluslararası norm ve standartları içine almak ama aynı zamanda bölgesel özellikleri de yansıtmak, 4) belirli bir ihtilaf için ama genel bir çerçeve içinde yapılmış olmak, 5) hem kısa dönemde uzlaşmaya hem de uzun dönemde toplumun yeniden inşasına yaramak.

121. Ruanda gibi yüzbinlerce saldırganın bulunduğu ve 800.000 civarında insan öldüğü durumlarda, en iyi sorumluluk mekanizmasını bulmak ve soykırım sonrası bunları uygulamak çok zordur. Mark A. Drumbl, Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda, N.Y.U. L. Rev. (2000); ayrıca bkz. Philip Gourevitch, We Wish to Inform You That Tomorrow We will be Killed with our Families (1998). Gourevitch kitabında şunları söylemektedir: 1994'ün ilkbaharı ve yaz aylarının başında, Ruanda'da çok büyük bir katliam gerçekleşti. Her ne kadar katliamda ileri teknoloji kullanılmamış olsada (ölümlerin çoğu büyük bıçaklarla gerçekleşmişti), katliamlar göz alıcı bir hızla gerçekleşmişti. Yalnızca yüz gün içinde 800.000'den fazla insan öldürüldü. Hiroşima ve Nagasaki'ye atılan atom bombalarından sonra gerçekleşen en etkili katliam buydu.

Ancak uluslararası ceza hukukunun uygulanması, ihtilafın tarafları arasında kısa süreli zorlayıcı barış oluşturan Potemkin^{çn5} adaletinden ibaret olmamalıdır. Politik delegeler sorumluluk kriterini kendilerine göre yorumlayıp içini boşaltmamalıdır. Üstü kapalı af sağlama evrensel adalet kavramını yaralamaktadır. Her ne kadar uluslararası cezai adaletin çerçevesi içinde af ve bağışlamanın yeri olsa da, bu kavramlar ancak mahkeme kararından sonra ya da fail tarafından sorumluluğu kabul edildiğinde kullanılabilir.¹²² Örneğin Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu affı kabul etmiştir ancak bu af örtülü değildir.¹²³ Bu mekanizma esas olarak uzlaşmaya dayanıyordu.¹²⁴ Eğer bu nesil uluslararası cezai adaletin beklentilerine ulaşamazsa, bu durumda George Santayana'nın "geçmişini hatırlamayanlar onu tekrarlamaya mahkumdur"¹²⁵ sözü doğruluğunu ispatlayacaktır ve bizim dünya uygarlığımızın çağı, adaletin en önemli evrensel amacını gerçekleştiremeyecektir.¹²⁶ Ancak *jus cogens* uluslararası suçlar cezalandırılmaktan vazgeçilmezse, bu nesil evrensel adaleti sağlama amacına bir adım daha yaklaşacaktır.

çn5: Grigory Aleksandrovich Potemkin. 1739-1791 yılları arasında yaşamış Rus general ve devlet adamı.

122. Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness* (1999); Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, *Forgiveness & Mercy* (1988); Moore, supra not 55.

123. Uluslararası toplum, Güney Afrika'nın bir Hakikat Komisyonu kurarak sorumluluk konusunda uluslararası yükümlülüklerini yerine getirme konusunda iyi bir adım attığını düşünmektedir. Garth Meintjes, *Domestic Amnesties and International Accountability* bölümü, *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court* (Dinah Shelton ed., 2001). Ayrıca bkz. Lynn Berat & Yossi Shain, *Retribution or Truth-telling in South Africa? Legacies of the Transitional Phase*, 20 *L. & Soc. Inquiry* 1, 163 (1995); Ziyad Motala, *The Promotion of National Unity and Reconciliation Act, the Constitution and International Law*, 28 *Comp. & Int. L. J. S. Africa* 338 (1995). Ayrıca bkz. William Finnegan, *The Poison Keper*, *New Yorker*, Ocak 15, 2001, 58. Burada yazar Coast projesinin kurucusu ve liderinin hayatını incelemektedir. Coast projesi çok gizli bir kimyasal ve biyolojik savaş programıdır. Başpiskopos Desmond Tutu bunu "apartaydın en şeytani manzarası" olarak tanımlamıştır.

124. Bazı bilim adamları, uzlaşma için af tanınmanın meşru olmadığını iddia etmektedir. Bkz. Naomi Roht-Arriaza, *Amnesty and the International Criminal Court* bölümü, *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court* (Dinah Shelton ed., 2001).

125. Georger Santayana, *The Life of Reason: The Reason of Common Sense* (1905), sayı 1, bölüm 12.

126. Bkz. Bassiouni, *Combating Impunity for International Crimes*, supra not 18.

Bölüm 7 SORUMLULUK MEKANİZMASI

Uluslararası ve ulusal takibat, sorumluluğun yegane yöntemleri değildir. Gözden geçirilmesi gereken başka seçenekler de bulunmaktadır. Ancak benim fikrime göre, ister ulusal ister uluslararası alanda olsun, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence için takibat görevi bulunmaktadır.¹²⁷

Sorumluluk üç kategoride değerlendirilebilir: Hakikat, adalet ve tazminat.¹²⁸ Sorumluluk barış ve uzlaşmanın olmazsa olmaz bir unsuru olarak değerlendirilmelidir. Adaleti sağlayan sorumluluk ölçütleri, bütün potansiyel suçluların takibatından hakikatin kurulmasına kadar geniş bir yelpaze içinde bulunmaktadır.

Sorumluluk, af çıkarılarak *de jure* olarak oluşan ya da devletin isteyerek ya da yetersiz hukuki altyapı nedeniyle istemeyerek hukuki normların yaptırımını sağlayamadığı ve böylece *de facto* şekilde oluşan kişisel dokunulmazlığın antitezidir.

Aflar esas olarak, hükümetler tarafından kamuya karşı suçlar için tanınan bağışlamanın bir çeşididir.¹²⁹ Af pozitif bir hareketken kişisel dokunulmazlık bir cezalandırılma, zarar ve kayıp muafiyetidir.¹³⁰ Af ancak kişi ya da grup mahkum edildikten sonra uygulanabilir. Bu yüzden takibat öncesi af, kişisel dokunulmazlık politikasının bir parçası olarak üretilmiş anormal bir olgudur.

Kişisel dokunulmazlık *de facto* nedenlerle de oluşabilir. Bunlar genelde hukuk adı altında, örneğin ceza davasını kısa kesmek ya da önlemek isteyen hükümetin isteğiyle, oluşurlar. Bir *de facto* oluşum olarak

127. Bu tür olaylarda takibatın uluslararası mı ulusal mı bir kurum önünde görüşülmesi gerektiği, hangi kurumun daha yeterli olduğu ve ulusal takibatın etkili ve adil olup olmayacağı ile ilgili bir sorudur. Başka bir soru da planlayıcıların, üst düzey yöneticilerin ve failerin takibatı ile ilgilidir. Planlayıcı ve üst düzey yöneticilerin öncelikli olarak bir uluslararası ceza mahkemesi önünde, diğer failerin de ulusal mahkemelerde yargılanmalarını sağlayacak bir politika geliştirilmelidir.

128. Değişik sorumluluk mekanizmalarının kriminolojik bir bakış açısıyla incelenmesi için bkz. Stanley Cohen, *State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability and the Policing of the Past*, 20 L. & Soc. Inquiry 7 (1995).

129. Bkz. *Forgiveness, Forgetfulness, or International Overlooking*, The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles 67 (Lesley Brown ed., 1993).

130. Id.

bunlar, harekete geçmekteki başarısızlığın ya da yargılamayı engelleyen pratik engellerin bir sonucu olabilirler.¹³¹ Kişisel dokunulmazlığa bazı başka engeller de sebep olabilir.¹³² Sorumluluk kapsamında, hakikat, adalet ve tazminata ulaşmak, diğer çalışmaların gösterdiği gibi, bazı başka sorunlar da ortaya çıkarabilmektedir¹³³. Sorumluluk seçenekleri şunlardır: a) uluslararası takibatlar, b) uluslararası ve ulusal tahkikat komisyonları, c) hakikat komisyonları, d) ulusal takibatlar, e) ulusal arındırma mekanizmaları, f) kanun yolları ve g) mağdurların korunması ile ilgili mekanizmalar.

7.1 Uluslararası Takibatlar

Politik nedenlerden dolayı uluslararası takibatlar liderler, politikacılar ve üst düzey yöneticiler ile sınırlı olmalıdır.¹³⁴ Ancak bu sınırlamalar, çeşitli amaçları gerçekleştirmeye yarayan ulusal düzlemdeki başka takibatları kapsamamalıdır.¹³⁵ En az dört *jus cogens* uluslararası suç için taki-

131. Örneğin kısa dönem sınırlandırma takibata engel olabilir.

132. Örneğin eski Yugoslavya'daki tecavüz olayları ile ilgili takibatlar, failer değişik ülkelerde mülteci olarak yaşamalarına rağmen, Hollanda'da gerçekleşmiştir. Eğer mağdurların dil bilmeden ve uygun destek olmadan (ailesel, sosyal, psikolojik, tıbbi, duygusal) Hollanda'ya gelmeleri istenirse ve Hollanda'da sorguya çekilirlerse, tanıklık etmemeyi seçebileceklerdir, bu da kişisel dokunulmazlığa yol açacaktır. Bkz. M. Cherif Bassiouni & Marcia McCormick, *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia* (1996, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Enstitüsü, DePaul Üniversitesi). Ayrıca bkz. *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-t (7 Mayıs 1997) (McDonald, J.)

133. Bkz. M. Cherif Bassiouni, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, 59 *Law & Contemp. Probs.* (1996); *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceeding of the Siracusa Conference 17-21, September 1997*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* (Christopher C. Joyner Special Ed. & M. Cherif Bassiouni General Ed., 1998); 3 *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 1995). Bu yayınlar şu başlıkları içermektedir: Can the need for redress always be found through traditional monetary or prosecutorial mechanisms? What level of compensation should be given, and to whom? Can it not, particularly in the financially poorer countries, be achieved in a non-monetary form? Many of the crimes involve the potential accountability of many people, maybe large sectors of a society. How many people should be prosecuted in order to attain justice? How can the interest and support of the general population be maintained? Ayrıca Arjantin'de demokrasinin tekrar kurulmasında yaşanan insan hakları davalarındaki problemler için bkz. Nino, *Radical Evil on Trial*, supra not 124.

134. Bkz. M. Cherif Bassiouni, *Policy Perspectives Favoring the Establishment of the International Criminal Court*, *Columbia J. Int'l Aff.* 795 (1999); ayrıca bkz. *Security Council Resolution 1329* (5 Aralık 2000). ("Uluslararası mahkemeler, önemsiz aktörler yerine; sivil, askeri ve örgüt liderlerinin kendi önlerinde yargılanmasını tercih etmektedir.")

135. Alt düzey failer hakkında takibatta bulunmak üst düzey görevliler hakkında bilgi toplamak için önemli olabilir.

batta bulunulmalıdır; bunlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkencedir. Uluslararası alanda takibat yapılması önemlidir zira bu, yerel hukukun belki de ulaşamayacağı liderlere, üst düzey yöneticilere ve politikacılara ulaşmanın tek yoludur. Ayrıca mağdurlar da uluslararası takibatlara *partie civile* olarak katılabilmelidir.¹³⁶

Günümüzde iki tane *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesi bulunmaktadır; bunlar Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir.¹³⁷ Her iki mahkemenin de yargı hakları süre ve mekan ile ve barışa ve güvenliğe yöneltilmiş belirli suçlar bakımından sınırlı durumdadır. Bunlar eski Yugoslavya'nın parçalanmasına neden olan etnik iç savaşlar ve Ruanda'da dört ay boyunca süren şiddetli katliamdır. Her ne kadar her iki mahkeme de yargılamayı yerel mahkemelerle eşzamanlı olarak sürdürmüş olsa da uluslararası mahkemeler her zaman üstünlüğe sahip olmuş ve takibatın herhangi bir aşamasında ulusal muamelelerin ertelenmesini isteme haklarını ellerinde tutmuşlardır.¹³⁸

Daha önce Nürnberg ve Tokyo'da gerçekleştirilen uluslararası takibatlara benzer olarak, her iki mahkeme de liderlere ve üst düzey yöneticilere odaklanmış durumdadır. Her ne kadar olaylarda binlerce hedef olduğu kabul edilse de, mahkemeler her iki olay için de 200'den azını seçmiş ve hepsini yargılamayı öngörmemiştir.¹³⁹ Böylece yargılama işleminin önemli bir bölümü ulusal mahkemelere bırakılmıştır.

Bunlara ek olarak, Sierra Leone ve Kamboçya'da da çeşitli uluslararası çabalar gösterilmiştir. Görüşmeler sonrasında Sierra Leone'da, 1996 barış anlaşmaları sonrası gerçekleşen katliamlarla ilgili olmak üzere yargılama yetkisine sahip uluslararası bir mahkeme kurulması konusunda

136. Örneğin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, mağdurların takibatlara katılması ve tazminatlarla ilgili birçok hüküm içermektedir. Benzer hükümler eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc* mahkemelerinin statülerinde bulunmamaktadır.

137. Bkz. International Criminal Tribunal Yugoslavia, S.C. Res. 808 U.N. SCOR. 48. Sess, 3217. mtg, U.N. Doc. S/RES/808 (1993); International Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, U.N. SCOR. 49. Sess, 3453 mtg, U.N. Doc. S/Res/955 (1994).

138. Bkz. ICTY Statue, supra not 137, art. 9(2); ICTR Statue, supra not 137, art. 8(2).

139. Bkz. Office of the Prosecutor, Address By The Prosecutor of the International Criminal Tribunal Fort he Former Yugoslavia, Carla Del Ponta, to the UN Security Council, GR/P.I.S./642-e (27 Kasım 2001). Gerçekten de halen Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi için çok fazla iş kalmış olsa da, Savcı, her iki mahkemenin de 2004 sonu itibarıyla tahkikatı, 2008 sonu itibarıyla de takibatı bitirebileceğini açıklamıştır.

anlaşmaya varılmıştır.¹⁴⁰ Kamboçya'da da uluslararası bir bölümü de bulunacak olan özel bir ulusal mahkeme kurulması konusundaki çabalar sürmektedir.¹⁴¹

Gelecekte uluslararası yargılama işlemlerinin büyük bir çoğunluğu Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde görülecektir.¹⁴² Bu mahkemenin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları konularında yargılama yetkisi olacaktır.¹⁴³ Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamasını yalnızca taraf devlet vatandaşları ya da taraf devletlerde suç işleyen bireylere karşı gerçekleştirecektir.¹⁴⁴ Mahkeme yargılamasını ayrıca sadece ileriye dönük olarak gerçekleştirecektir.¹⁴⁵ Bu, Mahkemenin, taraf devletin Mahkemenin statüsünü tanıyan anlaşmayı onaylamasından önce bu devlette ya da bu devletin bir vatandaşı tarafından işlenen suçları yargılamasına engel olmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılaması üç şekilde başlatılabilir: 1) taraf devletin başvurusu, 2) barış ve güvenliğe bir tehdit görüldüğü

140. Sierra Leone'da özel bir mahkeme kurulması ile ilgili anlaşma için bkz. Report of the Secretary General on the Establishment of a Special Court in Sierra Leone, U.N. Doc. S/2000/915 (4 Ekim 2000). Bu özel mahkemenin uluslararası bir savcısı olacaktır. Yalnızca 30 Ekim 1999'dan sonra işlenmiş suçlar üzerinde yargı hakkı olacaktır. Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar; insanlığa karşı suçları, 1949 Cenova Sözleşmesi madde 3'ü ihlal eden suçları, diğer uluslararası insancıl hukuk suçlarını ve bazı başka yerel suçları kapsayacaktır. Ayrıca bkz. Security Council Resolution 1315 (14 Ağustos 2001) (Genel Sekreter'den Sierra Leone hükümeti ile özel bir mahkeme kurulması konusunda görüşmesini istemiştir). Bu konudaki, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonları kurulması gibi çabaları da içeren, diğer sorumluluk çabaları için bkz. Twelfth Report of the Secretary General on the United Nations Mission In Sierra Leone, U.N. Doc. S/2001.1195 paras. 67-68 (13 Aralık 2001), ve Note by the Secretary General, Situation of Human Rights in Sierra Leone, U.N. Doc. A/56/281 paras. 40-53 (9 Ağustos 2001). Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 8, kısım 5.

141. Bkz. Note of the Secretary General, Situation of Human Rights in Cambodia, U.N. Doc. A/56/209, paras. 75-76 (26 Temmuz 2001). Kamboçya'da uluslararası bir bölümü de bulunacak, eski rejimdeki ihlallerin faillerini bulmaya çalışacak, özel bir mahkeme kurulması konusundaki gelişime dikkat çekilmektedir. Genel Sekreter bu işin yeterince hızlı yürümemesi konusundaki düş kırıklığını belirtmiştir. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 8, kısım 2.

142. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 11 Nisan 2002'de 66 ülke onayladıktan sonra, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, supra not 23, art. 126.

143. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, supra not 23, bölüm 6 (soykırım), 7 (insanlığa karşı suçlar) ve 8 (savaş suçları). Ayrıca bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, dip not 23, art.5(1)(d). Diğer suçlar da ileride eklenebilecektir ve terörizm ve uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili suçlar için önerilerde bulunulmuştur.

144. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, supra not 23, art. 12.

145. Id. art. 11, 24.

anda Güvenlik Konseyi'nin Birleşmiş Milletler Statüsü Bölüm 7'ye uygun olarak başvurusu ve 3) savcının re'sen kabulü.¹⁴⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ana prensibi ulusal ceza yargılaması ile birbirini tamamlar nitelikte olmaktır.¹⁴⁷ Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin tersine ulusal ceza yargılamasının Uluslararası Ceza Mahkemesi üzerinde her zaman üstünlüğü vardır. Yalnızca iki durumda Mahkeme öncelikli yargılamada bulunabilir. Bunlar: a) ulusal hukuk sisteminin çökmesi ya da b) ulusal hukuk sisteminin bu üç suç hakkındaki hukuki yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddetmesi ya da becerememesi durumlarıdır.¹⁴⁸

7.2 Uluslararası ve Ulusal Cezai Tahkikat Komisyonları

Uluslararası ve ulusal cezai tahkikat komisyonları, suçla ilgili delil toplamakla görevli uluslararası komisyonları ya da bireyleri ve gerçeği ortaya çıkarmakla görevli diğer araçları kapsar.¹⁴⁹ Bu komisyonlar ya da özel görevliler, geleceğin dayanağını yarattıkları ve uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ihlallerini belgeledikleri için çok önemlidirler.

146. Bkz. Id. art. 13.

147. Tamamlayıcılık prensibi ile ilgili bir tartışma için, bkz. John T. Holmes, The Principle of Complementarity bölümü, Roy S. Lee, The Rome Conference and its Contributions to International Law bölümü, The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results 41-78 (Roy S. Lee ed., 1999). Ayrıca bkz. Sharon A. Williams, Article 17: Issues of Admissibility bölümü, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article 383-394 (Otto Triffterer ed., 1999). Ayrıca bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 7, kısım 2.2.

148. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, supra not 23, 17. Ulusal hukuk sistemleri ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin birbirlerini tamamlayıcılığı ile ilgili kurallar Statünün çeşitli maddelerinde bulunmaktadır. Muhtemelen en belirtilen prensip, Statünün 9'uncu bölümündeki, failin yakalanması ya da teslim olması ve delillerin korunmasını da içeren, ulusal hukuk sistemine yöneltilmiş bütün taleplerin işbirliği içinde yürütülmesi gerektiği ile ilgili bölümdür.

149. Beş adet uluslararası tahkikat komisyonu şunlardır: 1) The 1919 Commission on the Responsibilities of Authors of War and on the Enforcement of Penalties; 2) The 1943 United Nations War Crimes Commission; 3) The 1946 Far Eastern Commission; 4) The 1992 Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992) to Investigate War Crimes and other Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia; ve 5) The 1994 Independent Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994) to Investigate Grave Violations of International Humanitarian Law in the Territory of Rwanda. Bkz. Bassiouni, From Versailles to Rwanda, 11-49.

Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu'nda olduğu gibi,¹⁵⁰ bu komisyon ya da özel görevliler, savaşlar devam ederken ya da baskıcı rejimlerin insan hakları ihlalleri sürerken faal olarak tahkikatta bulunmakta ve delil toplamaktadırlar. Çünkü bu tür olaylarda, politikacılar sonradan çeşitli hamlelerle durumu lehlerine çevirmeden önce durum tahlili yapılması gerekmektedir. Güvenlik Konseyi'nin, Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu'nu oluşturan 780 sayılı kararı (1992) şu şekildedir:

“2. Genel Sekreterin, acil olarak, 771 (1992) sayılı karara uygun olarak sunulmuş bilgileri ve mevcut kararnameyi; araştırmaları, gayretleri, ya da 771 (1992) sayılı karara uygun olarak diğer kişiler ya da kurullar aracılığıyla elde edebilecekleri ek bilgiler ışığında teftiş ve incelemede bulunacak tarafsız bir Uzmanlar Komisyonu oluşturması talep edilmektedir. Bu komisyon Genel Sekretere Cenevre Sözleřmelerinin ve eski Yugoslavya topraklarında işlenen diğer uluslararası insancıl hukuk kanunlarının ağır ihlallerinin kanıtları üzerine kendi nihai kararlarını bildirecektir;

...

4. Ayrıca, Genel Sekreterin Uzmanlar Komisyonunun kararlarını Konseye sunması ve 771 Kararnamesinin (1992) gerektirdiği atılacak daha ileri adımlar için tavsiyelerde bu kararları göz önünde bulundurması talep edilmektedir.”

Tahkikat komisyonları, tarafsız bir analist olmaktan daha büyük bir rol üstlenmektedir. Topladıkları ve sakladıkları deliller, ister ulusal ister uluslararası olsun, yargılamaya temel oluşturacaktır. Bu yüzde bazen bir komisyonun kararlarına yol açan bilgiler, en azından başlangıçta mühür altında tutulabilirler.

Tahkikat komisyonları, hakikat komisyonları gibi diğer sorumluluk mekanizmaları ile benzer usullerde çalışırlar. Her iki mekanizma da ihtilaflarda gerçeği bulma amacı için çalışsa da aralarındaki temel fark ku-

150. Bkz. The Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution (1992), U.N. SCOR, 49th Sess., U.N. Doc. S/1994/674/Add.2 (1994). Ayrıca bkz. M. Cherif Bassiouni, The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), 88 AM. J. Int'l L. 784-805 (1994); M. Cherif Bassiouni, The Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, 5 Crim. L. F. 279-340 (1994).

ruluş zamanları ve acil gayeleridir. Tahkikat komisyonları ani bir keşif yapıp “ne olmakta olduğu” ile ilgilenirken, hakikat komisyonları “ne olmuş olduğu” ve ne tür kalıcı sonuçlar getirilebileceği ile ilgilenmektedir.

7.3 Uluslararası ve Ulusal Hakikat Komisyonları

Hakikat komisyonları ya da delil tespitinde bulunan tahkikat organlarının genelde dört özelliğe sahip olduğu düşünülür: 1) geçmiş olaylar üzerinde dururlar, 2) belirli bir olay yerine ihtilafın geneli ile ilgilenirler, 3) sınırlı bir zaman dilimi için varlıklarını sürdürürler ve genelde bir rapor yayımı ile sona ererler ve 4) genelde yetkilerini uluslararası ya da ulusal bir organdan alırlar.¹⁵¹ Bu komisyonlar uluslararası, bölgesel ya da ulusal olarak kurulabilirler. Hakikat komisyonları aralarında Uganda, Bolivya, Arjantin, Uruguay, Zimbabve, El Salvador, Çad, Şili, Güney Afrika Cumhuriyeti ve Etiyopya gibi ülkelerin de bulunduğu ülkelerde ihtilaf sonrası ortamlarda kurulmuşlardır.¹⁵²

Hakikat komisyonları sorumluluk mekanizmasının ihtiyaçlarına da yardım ederler çünkü genelde gerçeğin tamamını ortaya çıkarmak için büyük bir hırsla çalışırlar. Ancak gene de soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence *jus cogens* suçlarına karşı takibatın yerine geçecek bir mekanizma olarak görülmemelidirler. Bu komisyonların takibatın öncüsü olarak ya da takibat ile beraber çalışması daha doğrudur. Görevleri ne olduğu ile ilgili kayıt tutmak ve bu bilgiyi ulusal ve uluslararası alanda yaymaktır.¹⁵³

Bu komisyonların avantajı, ihtilafı ilgili geniş bir içerik yaratmaları ve böylece ulusal ve uluslararası takibatta geniş bir içerik yaratma ihtiyacını ortadan kaldırmaları¹⁵⁴ ya da yargılamada yargılamaya kötü etki edebilecek bir tarihi içerik yaratılmasını engellemeleridir. Yargılamalar genellikle geçmiş ihlalleri tam olarak belirlemede başarılı olamazlar. Bunun nedeni savcının mahkemenin önündeki bireyin suçlarına, müdafanın da bilginin doğruluğuna itiraz etmeye odaklanmış olmasıdır.¹⁵⁵ Be-

151. Bkz. Hayner, supra not 2, 599,604; ayrıca bkz. Ratner & Abrams, supra not 22, 193.

152. Id.

153. Bkz. Hayner, supra not 2, 607.

154. Bkz. Gideon Hausner, Justice In Jerusalem 3,4 (1966) (Eichmann davası hakkında yorumlar).

155. Bkz. Charles Villa-Vicencia, Why Perpetrators Should Not Always be Prosecuted: Where The International Criminal Court and Truth Commissions Meet.

lirilmesi gerekir ki uluslararası ve ulusal hakikat komisyonları birer uzlaşma komisyonu olmak zorunda değildir. Bu komisyonların bazıları tahkikatta da rol oynayarak ikili bir özellik gösterebilir.¹⁵⁶

7.4 Ulusal Takibatlar

Her ne kadar uluslararası toplumun uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluşunda çıkarı olsa da, ulusal ceza yargılaması uluslararası suçların takibatının temel taşıdır. Bu, adli yardım olarak büyük oranda ulusal sistemlere ve otoritelere dayanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde bütünlüçilik prensibi altında vurgulanmıştır. Ulusal takibat ayrıca ulaştığı kişiler bakımından da önemlidir, zira uluslararası mahkemeler genelde üst düzey planlayıcılara odaklanmış durumdadır. Ulusal takibatlar suçu işleyen tüm kişileri kapsamalıdır. Bu soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence *jus cogens* uluslararası suçlarını da içine almaktadır. Ayrıca bu dört suç için hiçbir genel af kuralı bulunmamalıdır.

Yukarıda bahsedilen dört suçun dışında kalan suçlar için ulusal sistem, seçicilik ya da kanunlarına uygun sembolik takibatlar için çeşitli kriterler geliştirebilir, ancak bu kriterlerin sanık için önemli ölçüde adletsiz olmaması gerekmektedir. Bu, kanıtın zayıf olduğu ya da suçluluğun belirsiz olduğu durumlarda ya da savcıyla suçlanan arasındaki anlaşma, suçu daha büyük olan failerin takibatına yol açtığına, hukuki yargı gücünü dışarıda bırakmamaktadır. Bu tür takibatlar öyle standartlarda olmalıdır ki, takibata karşı yargı gücü uygulaması, meşru ya da gerçeklere dayalı olmadığı sürece, kişinin başka bir sorumluluk mekanizmasına iadesi ile sonuçlanmalıdır. Örneğin, kişiler, özgürlükten mahrum bırakılma dışında, kurbanlara tazminat ödemeleri, kamu yararına hizmette bulunmaları ya da toplum önünde özür dilemeyi de içeren hükümlere mahkum olabilirler. Diğer bir seçenek, hükümlere kısmen mahkum olmak ve sonrasında aftan yararlanmak olabilir. Ancak bu aflarda suçluluk ve affın doğuracağı sonuçlar göz ardı edilmemelidir. Aynı zamanda, kurbanların *partie civile* olarak, yasal sistemlere katılmaları ve bu sistemler aracılığıyla tazminat talep etme hakkına sahip olmalarına izin verilmesi önerilmiştir.

156. Bkz. Berat & Shain, supra not 90, 186.

Ulusal takibatlar farklı bağlamlarda ortaya çıkabilirler. İlk ve en önemli olarak ihlallerin gerçekleştiği yerde ortaya çıkmalıdırlar. Gerçekten de birkaç devlet, kendisinden önceki baskıcı rejimin işlediği suçlar için takibatta bulunmuştur.¹⁵⁷ Ayrıca uluslararası suçları uygun bir şekilde kendi yerel ceza kanunlarına geçiren devletlerde de uluslararası suçlar için takibatlar gerçekleşmektedir.¹⁵⁸ Gelecek yıllarda bazı devletler, benzer bir şekilde, kendi ulusal sistemlerine bu suçlar için takibatta bulunma yetkisi verecek, bazı devletler de Uluslararası Ceza Mahkemesi hükümlerini uygulamanın yollarını arayacaktır.

7.5 Ulusal Arındırma Mekanizmaları

Ulusal arındırma, önceki rejimin ihlallerini desteklemiş ya da bu ihlallere katılmış yöneticilerin görevlerinden alınması ve/veya gelecekte herhangi bir yöneticilik pozisyonuna getirilmelerinin yasaklanması işle-

-
157. Örneğin Etiyopya ve Ruanda'da ulusal takibatlar büyük bir istekle gerçekleştirilmiştir ancak her ikisi de belirli oranlarda eleştiriye maruz kalmıştır. Bkz. Ratner & Abrams, supra not 22, 151-156. Buna ek olarak, Arjantin'de 1980'lerin sonunda bir çok üst düzen takibat gerçekleşmiş ancak sonradan başkanlığa ait bir özür ve genel af kanunlarının resmen ilan edilmesi ile sonuçlanmıştır. Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (1996). Ancak 2001 yılında yeni itirazlar doğmuş ve federal mahkemenin iki dairesi bu genel af kanunlarının anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmış ve yeni takibatlara giden yolun önünü açmıştır. Haiti hükümeti de, benzer olarak, Raoul Cedras'ın askeri de facto yönetimi sırasında işlenmiş büyük canavarlıklar için takibatlara başlamıştır. Bunlara ek olarak, İkinci Dünya Savaşı sonrası Fransa'daki Touvier ve Barbie ile ilgili takibatlar için, bkz. Sorj Chalandon & Pascale Nivellet, *Crimes Contre L'Humanite: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon* (1998); Leila Sadat, *The Interpretation of Hurember Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbia and Back Again*, 32 Colum. J. Transnat'l L. 289 (1994).
158. Belçika, evrensel yargı çerçevesinde bireyler hakkında takibatta bulunmada muhtemelen en girişken ülke olmuştur. Bkz. *Loi relative a la repression des infractions graves aux Conventions internationales de Geneve de 12 aout 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels a ces Conventions* (16 Haziran 1993); *Loi relative a la repression des violations graves de droit international humanitaire* (10 Şubat 1999), yeniden basım 38 I.L.M. 918 (1999); ayrıca bkz. A. Andries, E. David, C. Van den Wyngaert, *Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative a la repression des infractions graves aux droit international humanitaire*, *Revue du Droit Penal Criminel* 1114 (1994); Damien Vandermeersch, *La repression en droit belge des crimes de droit international*, 68 *Revue International de Droit Penal* 1093 (1997). Kanada'daki takibatlar için bkz. 1994 tarihli Regina v. Finta davası. Danimarka'daki takibatlar için bkz. 1995 tarihli Prosecutor v. Refic Saric davası. Ayrıca bkz. Marianne Holdgaard Bukh, *Prosecution Before Danish Courts of Foreigners Suspected of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law*, 6 *European Review of Public Law* 339 (1994). Fransa'daki takibatlar için bkz. Brigitte Stern, *Universal Jurisdiction Over Crimes Against Humanity Under French Law, Grave Breaches of the Geneva Conventions of 1949, Torture, Human Rights Violations in Bosnia and Rwanda*, 93 *AM. J. Int'l L.* 525 (1999). Ayrıca bkz. Nulzarimma v. Thompson, reprinted in 39 I.L.M. 20 (2000) (Federal Court of Australia).

midir. Bu işlem daha önce Litvanya, Bulgaristan, Çekoslovakya¹⁵⁹ gibi birçok eski komünist blok ülkesinde ve Duvalier^(çn6)¹⁶⁰ sonrası Haiti ve Dergue^(çn7)¹⁶¹ sonrası Etiyopya'da da uygulanmıştır. Arındırma işlemi hem önceki baskıcı rejim mensuplarının yeni yönetimde yönetici ya da bürokrat olmalarını engellemeye, hem de her ne kadar tam anlamıyla başarıya ulaşamamış olsa da, El Salvador ve Haiti'de olduğu gibi insan hakları ihlalcilerinin yeni güvenlik güçleri oluşumlarından çıkarılmalarına çalışmaktadır.

Bu yasaklar çoğunlukla 5-10 yıl içerisinde sona ermektedir.¹⁶² Ancak zaten zamanla yeni nesil gelmekte ve bu sorunlar çözülmektedir. Her ne kadar cezalandırıcı bir doğaya sahip olsa da, bu mekanizmalar esas olarak ahlaki, toplumsal, politik ve ekonomik sonuçlar doğuran politik yaptırımlar olarak uygulanmaktadır. Bu mekanizmaların bir tehlikesi, bireysel cezai sorumlulukla değil, bir grup ya da bir kategorideki insanlarla ilgilenmesi ve böylece bazı bireysel vakalarda adaletsizliğe yol açabilmesidir. Ayrıca arındırma kanunları kişinin bütün para kazanma yollarını kapatırsa, bu kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler, ihlallerle hiçbir ilgileri olmamasına rağmen zarar görebilir. Bunun yanı sıra arındırma kanunlarının, failerin ihlallerle ilgisi olmayan masum aile bireylerini ya da üçüncü şahısları lekeleyici bir tarafları da vardır.¹⁶³

159. Bkz. Roman Boed, An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice bölümü, Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7, 345.

çn6: François Duvalier. Haiti'nin 14 yıl iktidarda kalmış devlet başkanı.

160. Bkz. Michael P. Scharf, Swapping Amnesty for Peace: Was there a Duty to prosecute International Crimes in Haiti?, 31 Tex. Int'l L. J. 1, 4 (1996).

çn7: 1974 yılında İmparator Haile Selassie'nin devrilmesinden sonra kurulan, 1974-1987 yılları arasında ülkeyi yönetmiş askeri komite.

161. Bkz. Wondwossen L. Kidane, The Ethiopian "Red Terror" Trials, in Bassiouni, Post-Conflict Justice, supra not 7, 667.

162. Örneğin Almanya'da, "German Act for Liberation from National Socialism and Militarism" (5 Mart 1946) kanunu, bireylerin, suçlarına göre 5-10 yıl arasında olmak koşuluyla, seçilmiş ya da atanmış kamu görevlisi olarak çalışmalarını, oy kullanmalarını ya da araç sahibi olmalarını yasaklamıştı. 1987 Haiti Anayasası da, önceki diktatörlük rejimi ile ilgisi olan bireylerin 10 yıl boyunca kamu görevinde bulunmalarını yasaklamıştır. Çek ve Slovak arındırma kanunları (4 Ekim 1991), bazı bireyleri sivil toplumdan neredeyse tamamen uzaklaştırmıştı. Bu bireylerin askeriyede, polis teşkilatında, hükümette ve hatta hukuk, medya, bankacılık ve ticaret işlerinde çalışmaları yasaktı. Litvanya'da eski KGB çalışanları ve muhbirleri, hükümette görev almaktan 5 yıl süreyle yasaklanmışlardı. Bkz. 3 Transitional Justice, supra not 100.

163. Çek ve Slovak Anayasa Mahkemeleri, daha sonra arındırma kanunlarının belirli bölümlerini yürürlükten kaldırdılar. Bulgaristan Komünist Partisi'nin önde gelen üyelerinin, bankaların yönetim

Kısaca, arındırma mekanizmaları bir toplu cezalandırma yöntemidir ve cezalandırılan sınıftaki insanların ailelerini de etkileyebilir. Yeni bir çağa başlangıç yaparken nadiren eski çağı kapatabilmektedir. Bir kategorideki insanların tamamını hedef almanın adaletsizliği iki çeşit yöntemle kapatılabilir. İlk yöntem “inceleme” adı verilen, hedef alınan kategorideki insanların önceki rejimin bir parçası olup olmadığını araştıran bir yöntemdir. Ancak bu kategorideki insanlar çok fazla olduğundan bu teknik oldukça fazla personel ve zamana ihtiyaç duymaktadır. İkinci yöntem kamu görevi üstlenme ve politik organizasyonlarda yer alma yasağı getirme yöntemidir. Bu da çeşitli ihtilaf sonrası durumlarda denenmiş ve eşitsiz sonuçlar doğurmuştur.

7.6 Ulusal Kanun Yolları

Ulusal kanun yolları, mağdur ve mirasçılarının dava açma hakkının geliştirilerek onlara çeşitli kanun yollarından yararlanma imkanları sağlanmasıdır. Örneğin bireyler yasal işlem başlatarak zararlarını karşılayacak tazminat elde etme ya da bir insanın ulusal cezai takibata ya da arındırma kanunlarının kapsamına dahil edilmesini isteme hakkına sahip olmalıdır.¹⁶⁴ Ayrıca medeni hukukta çeşitli haklara sahip olan insanların davalara *partie civile* olarak katılma hakkı da olmalıdır.

Kanun yolları yalnızca ihlalin gerçekleştiği yerdeki yargılamalarda mağdura tanınmamalıdır. Bazı ülkeler mahkemelerinin kapılarını kendi sınırları dışında gerçekleşmiş ihlallerin mağdurlarına açsa da bu çeşitli sorunlar yaratmaktadır. Genel kural olarak “bir ülkenin mahkemeleri, başka bir ülkenin hükümetinin kendi topraklarındaki fiillerini yargılama hakkına sahip değildir”.¹⁶⁵ Birkaç istisna dışında,¹⁶⁶ bu söz, yabancı bir ülkenin, başka bir ülkenin yerel hukuk sisteminin kararlarına karşı, bu kararlar ülkeyi uluslararası hukuku çiğnemekle isnat etse dahi, bağışık olduğunu belirtmektedir. Örneğin *Siderman de Blake v. Argentina* da-

bölümlerinde çalışmaları 5 yıl süreyle yasaklanmıştı. Bu yasaklamanın anayasaya ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Viyana Sözleşmesi'ne aykırın olduğu belirtilmiştir. Bkz. 3 Transitional Justice, supra not 100.

164. Bkz. Linda R.S. v. Richard D., 410 U.S. 614, 619 (1973).

165. Bkz. Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250, 252 (1897).

166. Bkz. Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. 1330, 1602-1611. Bu kanun Amerikan mahkemelerine yabancı ülkeler üzerinde yargı yetkisi tanımaktadır. Bu yetki yalnızca ticari içerikli davalar için geçerlidir. Bkz. Nelson v. Saudi Araia, 508 U.S. 349 (1993).

vasında, Mahkeme Arjantin'in uluslararası hukukta *jus cogens* ihlallerde bulunduğu iddiasına karşı bağışık olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁷ Her ne kadar ülkeler diğer ülkeleri yargılama konusunda isteksiz olsa da, bu kural ülkelerin diğer ülkelerin, devlet görevlisi olsun olmasın, vatandaşlarını yargılamasını engellemektedir.¹⁶⁸ Eğer yerel hukuk sisteminin kişiyi yargılaması konusunda geçerli bir temel varsa, diğer devlet, faile karşı, kendi ceza davasını tamamlayıcı nitelikte bir dava açılmasına izin verebilir.

Torture Victim Protection Act kapsamında ABD kendi hukuk organlarına resmi bir işkenceye karışmış bireyleri tutuklama hakkı tanımaktadır. Ancak bu hak, davacının davalı üzerinde *in personam* yargılama hakkı elde etmesi ve yabancı ülkedeki yerel kanun yollarını tüketmesi ile sınırlıdır. Faile karşı davanın kişisel olarak açılmak zorunda olması mağdurların kanun yollarını ciddi biçimde sınırlamaktadır. Ancak kişinin ülkesi, menfaatleri koruma ilkesine göre, suçlunun teslim edilmesini isteyebilir. Ancak gene de mağdur yabancı ülkedeki kanun yollarını tüketmemişse, yabancı ülkenin suçluyu teslim etmesi ya da diğer ülkenin mahkeme kararını yürürlüğe koyması şüphelidir.

Bir ülkenin, suçun o ülkede işlenmemiş olması kaydıyla, vatandaşı olmayanlara sunabileceği kanun yolları sınırlıdır. Gene de birkaç ulusal sistem yabancı mağdurlara da çeşitli kanun yolları sunmaktadır. Ancak bu yerel kanun yollarının uygulanması sıkı yargılama şartları ile sınırlanmış durumdadır. ABD'deki Alien Tort Claims Act¹⁷⁰ (ATCA) ise bu kapsamın dışındadır.

ATCA, bir yabancının maruz kaldığı, o ülkenin hukukunu ya da ABD'nin taraf olduğu bir anlaşma hükümlerini ihlal eden haksız fiillere karşı yerel mahkemelerin yargılama hakkına sahip olduğunu ifade et-

167. Bkz. *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d 699, 719 (9th Cir. 1992); ayrıca bkz. *Hirsch v. Israel*, 962 F. Supp. 377, 385 (S.D.N.Y. 1997); *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, 736 F. Supp. 1 (D.D.C. 1990). *Siderman de Blake* davasındaki mantık, *Al Adsani v. Kuwait*, [QDB] 15 Mart 1995, 103 I.L.R. 420 davasına da uyarlanmıştır.

168. Bkz. Malcolm D. Evans, *International Wrongs and National Jurisdiction*, in *Remedies in International Law* 173, 175, 182-189 (1998). Evans, uluslararası hukuktaki bireysel sorumluluğun, devletlerin uluslararası yükümlülüklerine uymamaları yüzünden sorumlu tutulmasının üzerini örttüğünü düşünmektedir.

169. *Torture Victim Protection Act*, Pub. L. 102-256, 12 Mart 1992.

170. *Alien Tort Claims Act*, 28 U.S.C. 1350.

mektedir.¹⁷¹ Geçmiş 20 yıl içerisinde, yabancı davacılar tarafından soykırım,¹⁷² savaş suçları,¹⁷³ köleleştirme,¹⁷⁴ işkence,¹⁷⁵ zorla kaybedilme,¹⁷⁶ keyfi gözaltı,¹⁷⁷ yargısız infaz,¹⁷⁸ zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele,¹⁷⁹ ve çevresel hasar¹⁸⁰ gibi suçlar mahkemeler önüne getirilmiştir. ATCA altında yalnızca bireyler davalı olabildiklerinden devletlerin bağımsızlıkları devam etmektedir.¹⁸¹ Mahkeme davalı önünde *in personam* yargılama yürütmeli, yani davalı yargılama süresince ABD’de bulunmalıdır. Bu koşul dava açılmasını oldukça sınırlandırmakta, yargılama da genelde ancak şans eseri gelişebilmektedir. Örneğin bir davada Etiyopyalı bir işkence suçu mağduru ABD’de yaşayan bir mülteci, Atlanta’da çalıştığı otelde işkencecisine rastlamış ve bu şekilde dava açmıştır.¹⁸² ATCA’yı en güzel tarif eden davalardan biri 1995’te görülen *Kadic* davasıdır.¹⁸³ Burada Bosna-Hersek’ten iki grup mağdur, eski Bosna Federasyonunun Sırp bölgesinin lideri Radovan Karadzic’e karşı dava açmışlardır. Mağdurlar eski Yugoslavya’da yürütülen soykırım hareketi sırasında askeri güçler tarafından tecavüz, zorla fuhşa sevketme, zorla hamile bırakma, işkence ve yargısız infaz fiillerine maruz kaldıklarını ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁴ Karadzic’in sorumluluğunun nedeni davacıların zararlarının “Karadzic ve emrindeki askeri güçler tarafından yapılan sistematik insan hakları ihlallerinin bir örneği”¹⁸⁵ olmasıdır.

Dava Eylül 1994’te “gayri resmi aktörler tarafından işlenen fiiller devletler hukukunu ihlal etmez” gerekçesi ile sonuçlanmıştır.¹⁸⁶ “Boşnak-

171. Id.

172. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 241 (1995).

173. Id. 242-243; *Doe I v. Islamic Salvation Front*, 993 F. Supp. 3, 8 (D.D.C. 1998).

174. *Doe I v. Unocal*, 963 F. Supp. 880, 892 (C.D. Cal. 1997).

175. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (1980).

176. *Forti v. Suarez-Mason*, 694 F. Supp. 707 (N.D. Val. 1988).

177. *Martinez v. City of Los Angeles*, 141 F.3d 1373 (1998); *Eastman Kodak v. Kavlin*, 978 F.Supp. 1078, 1092 (S.D. Fla. 1997).

178. *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D. Mass. 1995).

179. Id. 887.

180. *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 1994 WL 142006 (No. 93 Civ. 7527) (S.D.N.Y. 11 Nisan 1994).

181. Bkz. *Foreign Sovereign Immunities Act*, supra not 157.

182. Bkz. *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11. Cir 1996).

183. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 241 (2. Cir 1995).

184. *Kadic*, 760 F.3d 236-37.

185. *Kadic*, 760 F.3d 237.

186. 866 F.Supp. 734, 739.

Sırp savaş bölgesi resmi bir devlet oluşturmadığı için”,¹⁸⁷ ve “Karadzic’in emrindeki insanlar herhangi bir resmi devlet hukukuna bağlı olmadıkları için” hakim, “iddia edilen fiiller, fena halde iğrenç olsalar da, ATCA kapsamında dava konusu teşkil edemezler”¹⁸⁸ sonucuna varmıştır.

Temyiz Mahkemesi, davacının uluslararası hukukun çiğnendiğine ve konunun ATCA’nın yetkisi dahilinde olduğunu dair yeterli derecede delili olduğunu ileri sürerek kararı bozmuştur. Mahkeme ayrıca “devletler hukukunun devletlerin hareketleriyle sınırlı olduğu”¹⁸⁹ savını da reddetmiştir. Hatta tersine, “bazı tür fiillerin, ister bir devletin himayesi altında ister bireysel olarak gerçekleştirilsin, devletler hukukunu ihlal ettiği”,¹⁹⁰ “uluslararası insan hakları hukukunun resmen tanınmış ya da tanınmamış olsun bütün devletler için geçerli olduğu” ve davacının Sırp Cumhuriyeti’nin bir devlet olduğu ve Karadzic’in uluslararası hukuk ihlallerini resmi faaliyetle gerçekleştirdiğine dair yeterli derecede kanıtı olduğu¹⁹¹ sonuçlarına varmıştır. Son olarak, Mahkeme, Karadzic’in Birleşmiş Milletler’in davetlisi olmasının onu ATCA’nın öngördüğü süreçten bağımsız hale getirmediği¹⁹² ve davanın politik mesele doktrini ile sınırlanmadığı¹⁹³ sonucuna varmıştır. Sonuç olarak yerel mahkemenin kararı bozulmuş ve mahkemeye geri gönderilmiştir.¹⁹⁴

Her ne kadar ATCA davalarının potansiyel finansal sonuçları önemli olsa da, davacının tam olarak tatmin edilmesi neredeyse imkansızdır.

187. Id. 741.

188. Id. 740-41.

189. Kadic, 760 F.3d 239.

190. Id.

191. Kadic, 760 F.3d 245.

192. Id 248.

193. Id 249, 250. Mahkeme ayrıca Act of State doktrinine göre, doktrinin bölge mahkemesinde ileri sürülmediğini ve bu yüzden bozulduğunu belirtmiştir. Id 250.

194. Mahkemenin kararına rağmen, Karadzic konuyla ilgili yeminli ifade vermemiş ve dava Amerika Yüksek Mahkemesine gidene kadar temyiz edilmiştir. Yüksek Mahkeme incelemede bulunmayı reddetmiştir. Bkz. 518 U.S. 1005 (1996). 27 şubat 1997’de, yeminli ifadesini vermeden, Karadzic avukatı Ramsey Clark’a davayla ilgili daha fazla savunmada bulunmak istemediğini belirtmiştir. Bkz. Gail Appleson, Karadzic Drops Human Rights Case Defense., Reuter News Service, 4 Mart 1997. Karadzic’in mahkemeye gelmemesi üzerine, bölge mahkemesi hakimi Peter Leisure, Sırp lideri, askerlerini 1991-1993 yılları arasında toplu tecavüz organizasyonu altında Bosna Hersek’li kadınlara şiddet saçmaya yönlendirmekten suçlu bulmuştur. Ağustos 2000’de jüri davacılara 745 milyon dolar tazminat ödenmesine karar vermiştir. Bkz. Larry Freund, Karadzic Verdict, şu adreste mevcuttur: <http://www.hri.org/new/usa/voa/2000/00-08-10.voa.html#03>.

Örneğin *Mushikiwabo v. Barayagwiza* davasında, 5 davacıya davalı tarafından, Ruanda'daki soykırım olayları dolayısıyla 100 milyon doların üzerinde bir tazminat ödenmesi kararı alınmıştır.¹⁹⁵ Ancak açıkça görülmektedir ki davalı istemediği ya da davalının ülkesi kararı uygulamak istemediği takdirde mağdurların herhangi bir tazminat alması olası görünmemektedir. Ancak en azından bu davalar ihlalleri belgeleme ve mağdura faili topluma ifşa etme olanakları sağlamaktadır.

7.7 Mağdurların Korunması ile İlgili Mekanizmalar

Mağdurların korunması onarıcı adalet anlayışının ana unsurudur.¹⁹⁶ Bu amaçla, ülkeler ve ulusal hukuk sistemleri, insan hakları ve uluslararası insancıl hukukun uygulanmasının birincil vasıtaları olmuşlardır. Devletin mağdurlar için koruma mekanizmaları sağlama görevi ihlaller için sorumluluğa sahip olmasının ve mağdurlar için adalet sağlamanın temel taşı niteliğindedir.

Her ne kadar parasal tazminat bu işlemlerin temeli niteliğinde olsa da mağdurlar çoğu kez yalnızca olayların kınanmasını, failerin mahkum edilmesini ve bir çeşit toplumsal anma ile itibarlarının geri kazandırılmasını istemektedir.¹⁹⁷ Belki de bu işlemin en önemli amacı mağdurların “yeniden insanileştirilmesi” ve toplumun yeniden faal bir parçası haline getirilmeleridir. Bu amaçlara ulaşmak kuşkusuz hem ülke barışı hem de

195. *Mushikiwabo v. Barayagwiza*, 1996 WL 164496 (94 Civ. 3627) (S.D.N.Y. Nisan 9, 1998). Diğer hükümler, Xuncax'ta tek bir davalının davacıların her birine birkaç milyon dolar tazminat ödemesi, supra not 169, 197-202 ve *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860, 867 (E.D.N.Y. 1984) davasında davalı polis komiserinin davacıya 10 milyon dolar tazminat ödemesini içermektedir.

196. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 2, kısım 9. Ayrıca genel olarak bkz. M. Cherif Bassiouni, *Searching for Peace Achieving Justice: The Need for Accountability*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 45 (1998); Yael Danielli, *Justice and Reparations: Steps in the Healing Process*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 303 (1998); Theo van Boven, *Accountability for International Crimes: The Victim's Perspective*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 349 (1998); Yves Sandoz, *Reflection on Impunity and the Need for Accountability*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 381 (1998); Iris Almedia, *Compensation and Reparations for Gross Violations of Human Rights*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 399 (1998); Peter Baehr, *How to Deal with the Past*, 14 *Nouvelles Etudes Penales* 415 (1998).

197. Bkz. Danielli, supra not 148, 308-312. Danielli, İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanlardan tazminat almayı reddeden İsraili bir idealistin şu sözlerini aktarmıştır: “Reddettim. Bugün ise pişmanım, çünkü reddederek hiçbir şeyi değiştiremediğimi anladım. Hayatta kalan ancak ailesi olmayan ve yaşlanmakta olan insanlar var. Aldıkları para onların hayatlarını devam ettirmesini sağlıyor. Benim para almayı reddetmem, sadece paranın Almanların elinde kalmasını sağladı. Yanılmışım.” Bkz. id. 308. Parasal olmayan tazminat çeşitleri ile ilgili tartışmalar için bkz. Minow, supra not 89.

ülke güvenliği için çok önemlidir, zira bu hem potansiyel intikamların önüne geçmekte hem de suçtan doğabilecek ikincil mağduriyetleri engellemektedir.¹⁹⁸

Yakın geçmiş mağdurların ya da ailelerinin korunması için çok az çaba ve çok fazla suiistimale tanıklık etmiştir. Bunun nedeni genelde korumayı sağlaması gerekenlerin ya ihlali de gerçekleştiren rejim olması ya da ihtilaf sonrası barışı temel bir görev olarak değil iktidara gelmek için bir pazarlık aracı olarak gören hükümetler olmasıdır. Ancak uluslararası toplum, insan hakları ve uluslararası insancıl hukuku mağdurlarının korunmasına yönelik yasal bir çerçeve oluşturulması konusunda gittikçe daha fazla ilgilenmektedir. 1985 tarihli “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi”¹⁹⁹ bu ilginin belki de ilk örneğidir. Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu mağdurların korunmasına dair taslak kurallar oluşturarak bir yasal çerçeve oluşturulması konusundaki çabaları devam ettirmiştir.²⁰⁰ Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsüne²⁰¹ mağdurların tazminatına ilişkin hükümlerin eklenmiş olması da bu çabaların bir göstergesidir. Bu ilginin en önemli ve en son örneği Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 1998 tarihli, mağdurları koruma yöntemlerinin ulusal ve uluslararası alanda sistematik esaslı bir şekilde düzenlenmesinin önemi üzerinde duran kararıdır.²⁰² Bu karara uygun olarak bu makalenin yazarı, İnsan Hakları Komisyonuna, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law* isimli bir rapor sunmuştur.²⁰³

198. Örneğin mağdurlar evlerini ya da kendileri ve ailelerinin geçimlerini sağladıkları her türlü aracı terk etmeye zorlanabilir. Bu da ileride açlık, ayrımcılık ve köleliğe benzer çalışma koşullarında çalışma gibi başka mağduriyetlere yol açabilir. Bkz. Victims of Crimes: Working Paper Prepared by the Secretariat, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, A/Conf. 121/6 (1 Ağustos 1985), Symposium, International Protection of Victims, 7 nouvelles Etudes Penales 241 (1988).

199. The 1985 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, G.A. Res. 40/34 (29 Kasım 1985).

200. Bunların son örnekleri için, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/1997/104 (16 Ocak 1997). Önceki örnekler için, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17 (24 Mayıs 1996); U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 (2 Temmuz 1993).

201. Bkz. ICC Statute, supra not 23.

202. U.N. Commission of Human Rights Resolution 1998/43.

203. Bkz. supra not 10.

Mağdurların korunması onarıcı adalet anlayışının esaslı bir unsurudur. Mağdurların korunması mekanizmaları yukarıda bahsedilen sorumluluk mekanizmalarını içermektedir. Örneğin tazminata suçlu birey ya da devletin yargılanması sonrası ulaşılabilir. Ancak birey ya da devletler genellikle tazminatı tam hatta sınırlı olarak dahi ödeyemezler ya da ödemek istemezler. Bu durumlarda başka mekanizmalar devreye girmelidir. Örneğin mağdurların tazminatını ödeyecek ya da onlara önemli sosyal servisleri sağlayacak ülkesel ya da uluslararası para fonları bu mekanizmalardan biridir. Adaletin Temel İlkeleri^{çn8} ülkelerin bu tür fonlar kurmasını gerektirmektedir. Bu öneri, 1998 Roma Konferansı'ndan önce, Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına dair son Hazırlık Komitesi toplantısında yapılmıştır. Bu toplantıda Mısır, mağdurların tazminat hakkı ile cezai sorumluluk arasında bir bağ kurulmasını önermiştir.²⁰⁴

Parasal tazminat tek koruma yöntemi olarak görülmemelidir. Özellikle ekonominin yüksek tazminat giderlerini karşılamaya yetmediği toplumlarda parasal olmayan tazminat çeşitleri de oluşturulmalıdır. Koruma çeşitleri yalnızca parasal karşılıklardan ya da geçmiş zararın onarımı için sosyal servislerden oluşmamaktadır. Koruma ayrıca haksız fiillerin titiz bir tarihsel kaydı ve ihlallerin topluma anlatılması şeklinde de olabilir. Bu daha manevi koruma biçimleri tahkikat ve hakikat komisyonları ve yerel ya da uluslararası takibat ile yerine getirilebilir. Ayrıca ihlallerin tekrarlanmaması için teminat verilmesi de düşünülmelidir. Bu teminat ceza davası sonucu suçluya verilecek cezai müeyyidelerle, örneğin belirli yetkilerin elinden alınması ile verilebilir.

7.8 Politik Düşünceler

Bu sorumluluk ölçütlerinin hangilerinin ya da hangi kombinasyonların ihtilafın koşullarına daha uygun olduğu, hangilerinin ihtilaf içindeki grupların beklentilerini karşılayabileceği ve umulan sonuçları doğurabileceği farklı faktörlere bağlıdır. Bunu seçmek kolay olmayan ve birçoklarının yaşamını etkileyecek zorlu tehlikelerle dolu bir görevdir. Ancak bu aynı zamanda hukuki, ahlaki ve etik düşüncelerle yönlendirilmesi gereken bir görevdir de. Sorumluluk da bu düşüncelerden biridir. Yukarıda

çn8: Yazar bu terimi yazısında sıkça kullanmakta ve "Gücün Suiistimali ve Ceza Kurbanları için Adaletin Temel İlkeleri Deklarasyonu"nu kastetmektedir.

204. Bkz. ICC Statute, supra not 23, art. 75.

anlatılan sorumluluk mekanizmaları birbirlerini dışlar değil bütünler niteliktedir. Her mekanizma tek başına bir bütün olarak ele alınmamalıdır. Tersine her mekanizmanın bir bölümü diğerlerini bütünler nitelikte kullanılabilir. Her tür ihtilafa uygulanabilecek ve istenen sonuçları doğuracak tek bir formül yoktur. İhtilaf ve arzulanmış sonuç çeşidi kadar sorumluluk mekanizması çeşidi de vardır. Sonuç olarak, kullanılacak mekanizma ya da kombinasyon, geleneksel adaleti yansıtan belirli bir sonuca ulaşmak ve mümkünse uzlaşma ve nihayetinde barışı sağlayacak şekilde tasarlanmış olmalıdır. Bu yüzden her bir mekanizmaya yalnızca suç kontrol modeli olarak değil aynı zamanda yalnızca adalet temelli olmayan, belirli bir sonuca ulaşmaya çalışan bir sosyal politika aracı olarak da bakmalıyız.

Ancak şu anda ihtilaf tiplerini, beklenen barış sonuçlarını ve sorumluluk mekanizmalarını birbirleriyle eşleştirecek uluslararası yönergeler bulunmamaktadır. Bu mekanizmaların uygulanmasında ortak bir temel yaratılması, adaletin suiistimal edilmemesi ve reddinin engellenmesi için bu tür yönergelere ihtiyaç duyulmaktadır. Ulaşılması gereken sadece adalet anlayışının kendisi değil, adaletsizlik anlayışının bertaraf edilmesidir. Yukarıdaki farklı prosedürlerden birinin seçiminde amaçlar arasında, askeri ve polis bürokratları da dahil olmak üzere, bürokratların gizli bir ittifak ortamı içinde büyümeye çalıştıkları “kayıtsızlığa” karşı halkı eğitmek ve halkın bunun farkına varmasını sağlayarak bunu engellemek de olmalıdır.²⁰⁵

Sorumluluk mekanizmalarının gelecekte olumlu etkilerinin olması ve barışa ve uzlaşmaya katkıda bulunmaları isteniyorsa, bu mekanizmalar güvenilir, adil ve gerçeği mümkün olduğunca yansıtır nitelikte olmalıdır. Bu yüzden sorumluluğun temel prensipleri şunları dikkate alınmalıdır:

- a) ihtilafın durdurulması ve böylece suçun sona erdirilmesi;
- b) gelecek ihtilafların engellenmesi ve caydırıcılığın yerleştirilmesi (özellikle durmuş olan ihtilafın yeniden başlaması durumunda derhal yeniden başlayabilecek buna bağlı diğer ihtilaflar için);
- c) toplumun bir bütün olarak ve mağdurların bir grup olarak rehabilitasyonu;
- d) toplum içindeki farklı insanlar ve gruplar arasında uzlaşmanın sağlanması.

205. Bkz. Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem; A Report on the Banality of Evil 14, 15 (1963).

En azından, her ne kadar göreceli olabilsede, tarihsel kayıtların tutulması için hakikatin kurulması gerekmektedir. Böylece şiddetli ihtilaflardan doğan sıkıntı ve katı duyguların neden olduğu öfke hafifletilebilecek, intikam ve yeni ihtilaflara yol açabilecek duyguların önüne geçilebilecek, insanlar eğitilebilecek ve sonuç olarak gelecek suçlar ve hak-sızlıklar engellenebilecektir.²⁰⁶ Bu yüzden hakikatin kurulması bir seçenек değil bir zorunluluktur, zira adalet (yani ne olduğunun, nasıl olduğunun, neden olduğunun ve kimin sorumlu olduğunun kapsamlı bir anlatımı) olmadan, barış (yani uzlaşma ve eski ihtilaf nedenlerinden doğabilecek potansiyel ihtilafların engellenmesi) gerçekleşemez. Bağışlama, ancak bütün gruplar, özellikle mağdur olanlar, tatmin edildikten ve hakikat kurulduktan sonra devreye girebilir.

Ancak altı çizilmesi gereken bir konu, bağışlama ve merhametin niteliklerinin farklı olduğudur. Bağışlama mağduru, suçluya karşı kalbinde oluşan bir değişimdir ve bu yüzden tamamen sübjektiftir. Merhamet ise bir cezanın ertelenmesi ya da hafifletilmesidir ve objektif niteliktedir. Merhamet yalnızca mağdur tarafından değil hükümet ve adalet kurumları tarafından da gösterilebilir.²⁰⁷ Bağışlama hukuki bir fiil değil, daha çok kişiler arası bir ilişkidir. Suç ve hukuki sorumluluğun aksine kızma ve bağışlamanın alanı bireysel ve kişiseldir.²⁰⁸ Kurumlar, devletler ve adalet sistemleri bağışlayamazlar, yalnızca af çıkarabilir ve merhamet gösterebilirler.²⁰⁹ Merhamet faile karşı şefkat ve acıma duygularından doğabilir ancak bu duyguların mağdura ait olan bağışlama duygularından ayrı tutulması gerekmektedir.

7.9 Uygun Sorumluluk Mekanizmasını Seçmek

İhtilaf sonrası ortamda, uluslararası insancıl ve insan hakları hukuku normlarının ihlalleri için uygun sorumluluk mekanizmasını seçmek, birkaç faktörün dengelenmesini gerektirmektedir. Her ne kadar sorumluluk asla politik çıkar kazanma uğruna uluslararası hukukun emirleri ve mağdurların istekleri göz ardı edilerek *realpolitik*'in içinde bir pazarlık

206. Bkz. Mark J. Osiel, Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre, 144 U. Pa. L. Rev. 493 (1995).

207. Bkz. Murphy & Hampton, supra not 89.

208. Bkz. id. 33.

209. Bkz. Kathleen Dean Moore, Pardons, Justice, Mercy, And The Public Interest 181-97 (1989); özellikle bkz. id. 193.

aracı haline getirilmemeli ise de, bu, sorumluluğun temin edilmesi için her bir failin kovuşturulması gerektiği anlamına da gelmemektedir. Uygun sorumluluk mekanizmasının seçiminde dengelenmesi gereken faktörler aşağıdaki gibidir, ancak bunlarla da sınırlı değildir:

- a) İhlalin ağırlığı: örneğin ihlal bir *jus cogens* ihlali midir? (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları);
- b) İhlalin kapsamı ve şiddeti;
- c) Sanık sayısı;
- d) Sanıkların kim oldukları (örneğin üst düzey planlayıcı, alt düzey yönetici, bürokrat);
- e) Her iki tarafın da uluslararası cezai standartlara hangi kapsamda uydıkları;²¹⁰
- f) Mevcut hükümet: ihlalcı rejim hala *de jure* ya da *de facto* olarak iktidarda mıdır?;
- g) Yerel adli teşkilatın yeterliliği ve bağımsızlığı;
- h) Delillerle ilgili sorunlar;
- i) İhtilaf ve ihlallerin kapsamı;
- j) Toplumun kültürel endişeleri ve isteği;
- k) İhtilafın doğası: uluslararası ya da iç silahlı çatışma ya da baskıcı rejim.

Yukarıda sayılan faktörlerden hiçbiri ihtilaf sonrası durumda ya da baskıcı rejimden yeni rejime geçiş sürecinde uygun sorumluluk mekanizmasını belirlemede tek başına kullanılmamalıdır. Her bir faktör tek başına ve bütün faktörler bir bütün halinde değerlendirilmelidir. Son olarak, mekanizma seçimi adil bir sonuç elde edebilmek için iyi niyetle yapılmalı ve seçim açık ve gerekçeli olmalıdır. Ayrıca seçim mağdurlar, ilgili devletler ve uluslararası sivil toplum açısından kabul edilebilir olmalıdır.

Genel bir kural olarak, *jus cogens* suçların ihlalleri her zaman adli takibata tabi olmalıdır. Ancak takibatın uluslararası mı yoksa yerel düzeyde

210. Her iki tarafın da ihlallere katılması sorumluluğu engellememelidir. Tersine, bu gibi durumlarda uygun sorumluluk mekanizması dikkatle seçilmeli ve bütün ihlallerle adil bir şekilde baş edebilecek tarafsız bir nitelikte olmalıdır. Bkz. Bassiouni, Crimes Against Humanity, supra not 108, 504-505. (Tu Quoquoque savunmasının insanlığa karşı suçlarda uygun olmadığını tartışırken).

mi olması gerektiği ve birtakım başka konular ayrıca incelenebilir. Örneğin, iktidardaki hükümet eğer ihlalcı rejimse bağımsız bir uluslararası takibat tercih edilebilir. Ancak yerel adli teşkilat bağımsızlığını ve yeterliliğini koruyorsa, uluslararası sorumluluk prosedürüne başvurmak için fazla bir neden yoktur. Ancak, takibat için bir taahhüt bulunsa dahi yerel adli altyapıda bir bozulma bulunuyorsa, bu uluslararası takibata başvurmayı ya da en azından adli teşkilat yeniden çalışana kadar uluslararası tahkikat komisyonlarının delil toplama ve saklamasını gerekli kılabilir.

Bunun dışında, sınırlı sayıdaki ihlalin kayıt altına alınması mahkeme tarafından yapılabilecekken, büyük çaplı ihlaller bir süre sonra takibatın yanı sıra ihlalleri düzgün bir şekilde kayıt altına alabilmek için bir çeşit hakikat komisyonunun da kurulmasını gerektirebilirler.

Her ihtilaf durumu her sanık için takibatta bulunulmasını gerektirmez. Örneğin Güney Afrika, geçmiş insan hakları ihlalleri için sorumluluk oluşturmak üzere bir hakikat komisyonu kurulmamasına karar vermişti. Bu karar eski rejime *de facto* dokunulmazlık sağlamak için değil tersine insanlar bunun geçmişi geçmişte bırakmak için en iyi seçenek olduğunu düşündükleri için alınmıştı. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Güney Afrika örneği ile ilgili konuşan Kofi Annan şu konuşmayı yapmıştır:

“Kimse, devletin yargılama yapamaması/yapmak istememesi durumlarında Mahkemeye müdahalede bulunma hakkı veren hükmün Güney Afrika gibi, suçların oluşmasına neden olan rejim ve ihtilafın sona erdiği ve mağdurların iktidara geldiği bir örneğe uygulanacağını düşlememelidir. Bu tür bir durumda Mahkemenin yargılamayı kendisinin yapması düşünülemez zira bütün ulus sarsıcı geçmişi geride bırakmanın ve daha iyi bir gelecek yaratmanın yollarını aramaktır.”²¹¹

Yukarıdaki faktörler uluslararası insancıl ve insan hakları hukuku ihlallerinde en uygun sorumluluk mekanizmasının seçimi için bir rehber işlevi görmelidir. Ancak bu faktörler uluslararası topluma ve mağdurlara, *de facto* dokunulmazlıklara yol açan “Potemkin adaleti” getirmek

211. Bkz. Villa-Vicencio, Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted, supra not 149, Kofi Annan'ın Witwatersrand Üniversitesi, 1 Eylül 1998 tarihli mezuniyet töreni konuşmasından alıntı.

için değiştirilmemelidir.²¹² Büyük bir soykırım hareketi bağlamında, ihlallerin doğru bir şekilde kayıt altına alınması adına herhangi bir adli takibattan vazgeçilmesi “adalete yapılmış bir hakaret” olacaktır.

7.10 Mağdurların Hukuki Yola Başvurma ve Tazminat İsteme Hakları

7.10.1 Hukuki Yola Başvuru İmkânı Tanıma Görevi

Devletin, kendi topraklarında gerçekleşmiş insan hakları ve uluslararası insancıl hukuku norm ihlalleri dolayısıyla mağdur olanlara yerel hukuki yollara başvuru imkânı tanıma görevi, uluslararası hukukta sağlam temellere dayatılmıştır. Birçok uluslararası hüküm, devletten bunu açıkça ya da zımnen istemektedir. Ayrıca çağdaş yerel hukuk ve uygulamaya bakıldığında, devletlerin kendi sınırları içinde yaralanan mağdurlara hukuki yollara başvuru imkânı tanıma konusunda çaba gösterdiği de görülmektedir.

Devletin hukuki yola başvuru imkânı tanıma görevi birçok uluslararası ve bölgesel sözleşmede temellendirilmiştir. Uluslararası insancıl hukuk hakkında aşağıdaki sözleşmelerde hukuki yola başvuru hakkı zımnen tanınmıştır, zira bu sözleşmelerde ihlali kesimin ihlalleri dolayısıyla tazminat ödeme yükümü düzenlenmiştir: 1) The Hague Convention Regarding the Laws and Customs of Land Warfare; 2) the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War; 3) the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War; ve 4) Protocol I Additional to the Geneva Convention.

İnsan hakları normlarının ihlali hakkında BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi yol göstericidir. Madde 2-(3)'te, bütün taraf devletlerin sunları taahhüt ettiğini içermektedir:

- a) Bu sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak;
- b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları veya devletin hukuk sisteminin

212. Suçlar için cezalar hakkında konuşurken, uygun sorumluluk mekanizmasının seçiminde Papa 12. Pius'un şu sözleri de uygulanabilir: “İnsan yaşamının cezai bir kumarın objesi haline getirildiği, yüzlerce binlerce insanın korkunç şeyler istediği ve ıstıraba sürüklendiği bir durumda, medeni haklardan en ufak bir mahrumiyet adalete yapılan bir hakaret olacaktır.” Bkz. Pope Pius, supra not 31, 18.

öngördüğü başka bir yetkili makam tarafından belirlenmesini sağlamak ve yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek;

c) Bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak.

Her ne kadar BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, taraf devlete, korunan hakların ihlali karşısında hukuki yola başvurmada belirli tip hareketlerde bulunma zorunluluğu getirmese de, maddenin lafzından, hukuki yola başvuru hakkının etkin, hukuki ve uygulanabilir olması gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşme, resmi sığata sahip olmayanlar tarafından işlenen suçlar için dahi devletin hukuki yola başvurma hakkı sağlamak zorunda olduğunu söyleyerek, devletin, suçun hükümet emri olmadan işlendiğine dair olası bir savunmasını da bertaraf etmektedir.

Her Türlü İrksal Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi²¹³ de açık bir şekilde devletin hukuki yola başvurma hakkı sağlamak durumunda olduğunu belirtmektedir:

Devletler, yetkili devlet mahkemeleri ve diğer devlet kurumları aracılığıyla, bu sözleşmedeki insan hakları ve temel özgürlükleri ihlal edecek şekilde herhangi bir ırksal ayrımcılığa maruz kalan kendi yargılama sınırı içerisindeki herkese etkili bir koruma ve ayrımcılık nedeniyle uğradığı zararlar için bu mahkemelerden adil ve uygun bir tazminat isteme hakkı tanır.²¹⁴

BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesine benzer olarak Her Türlü İrksal Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de hukuki yola başvuru hakkının etkin olması gerektiği ve resmi yetkililer ile mahkemeler tarafından yürütüleceğini içermektedir.

Başka sözleşmeler de devletin insan hakları ihlalleri için hukuki yola başvuru hakkı sağlaması gerektiğini açıkça işlemişlerdir. Örneğin Tüm Göçmen İşçilerin Ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme de BM Sözleşmesinin yukarıda sayılan maddelerinin aynılarını içermektedir.²¹⁵

213. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, G.A. Res. 2106A (XX), 21 Aralık 1965 660 U.N.T.S 195.

214. Id. art. 6.

215. Bkz. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Bassiouni, Protection of Human Rights, supra not 4, U.N. Doc. ST/HR/1/Rev.4

Aşağıda sayılan sözleşmelerin hepsi çeşitli tip tazminatlarla, dolayısıyla da hukuki yola başvurma hakkıyla ilgili maddeler içermektedir: 1) Bağımsız Ülkelerdeki Yerli ve Kabile Halkları İle İlgili Sözleşme;²¹⁶ 2) Vatansız Kişilerin Statüleri İle İlgili Sözleşme;²¹⁷ 3) İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme;²¹⁸ 4) Çocuk Hakları Sözleşmesi;²¹⁹ 5) Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi;²²⁰ 6) İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi;²²¹ ve 7) Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı.²²²

Devletler için bağlayıcı yükümlülükler doğuran sözleşmelerin yanı sıra birçok uluslararası bildiri, devletin insan hakları ve uluslararası insanlık hukuk ihlalleri mağdurlarına hukuki yola başvurma hakkı tanıma sorumluluğunu teyit etmektedir. Bu görev Adaletin Temel İlkeleri arasında da yer alır. Ayrıca çağdaş devlet uygulamaları da, yerel bağımsız hukuk ve prosedürlerinin işleyişinin gösterdiği üzere, devletin, bu ihlallerin mağdurlarına hukuki yola başvuru hakkı tanıma görevi olduğunu teyit etmektedir.

Birçok uluslararası ve yerel organizasyon bildirisi de devletin bu görevinin üzerinde durmaktadır. Örneğin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin açık bir şekilde belirttiği gibi "herkes, anayasa ya da yasa ile kendisi için güvence altına alınan temel hakları ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal yargı yerleri aracılığı ile kullanılacak etkin hukuk yollarına başvurma hakkına sahiptir."²²³ Birleşmiş Milletler Her Türlü İrksal

(1993), art. 83. Ayrıca Sözleşme, kanunsuz alıkoyma ve tutuklamaya karşı tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir. Id. art. 16(9). Sözleşme, taraf devletlere, göçmen işçiler ve ailelerine ölümle ilgili iddiaları konusunda yardımda bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Id. 71(2). Ayrıca Sözleşme adil ve uygun bir tazminat ödeme yükümlülüğü de getirmektedir. Id. art. 15.

216. Convention Concerning Indigenous and Tribal peoples in Independent Countries, tekrar basım (Bassiouni, Protection of Human Rights, supra not 4, U.N Doc. ST/HR/1/Rev.4 1993, art. 15-16).

217. Convention on Relating to the Status of Stateless persons, 28 Eylül 1954, 360 U.N.T.S. 65, art. 24, 9.

218. Torture Convention, supra not 39, art. 14.

219. Convention on the Rights of the Child, G.A. Res. 44/25, 20 Kasım 1989, 44 U.N GAOR Supp. (No.49) 166, U.N Doc. A/44/736, art. 39.

220. American Convention on Human Rights, 22 Kasım 1969, O.A.S.T.S. No.36, p.1, O.A.S. off. Rec. OEA/Ser.L/V/II.23, doc. 21, rev. 6, art. 63(1), 68.

221. ECHR.

222. African Charter on Human and People's Rights, 27 Haziran 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, art. 21(2) (21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir).

223. Evrensel Beyanname. Beyannamenin bir örf ve adet hukuku kaynağı olması ile ilgili bkz. Hurst Hannum, The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, 25 GA. J. Int'l & Comp. L. 287, 316-351 (1996).

Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de etkin hukuk yoluna başvurma ve ayrımcılığa karşı bağımsız ulusal mahkemeler aracılığıyla korunma haklarını içermektedir.²²⁴ Ayrıca Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, kaybolan bireylerin belirlenmesinde devletin etkin hukuk yoluna başvurma hakkını sağlama görevi olduğunu belirtmektedir.²²⁵ Sözleşme ayrıca mağdurlara uygun bir tazminat ödenmesi gerektiğini de içermektedir.²²⁶ İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Maruz Kalmış Herkesi Koruma Bildirisi de işkence mağdurlarına ulusal hukuka uygun olarak hukuki yola başvurma ve tazminat hakları tanınması gerektiğini içermektedir.²²⁷ Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi de herkesin kanuni haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için mahkemeye başvurma hakkı olduğunu söylemektedir.²²⁸ İslam Konseyi tarafından yayınlanan Evrensel Müslüman İnsan Hakları Bildirisi de, adaletsizliğe karşı çıkmamanın, başvuruda bulunmanın ve hukuksal çare talep etmenin, haksız kişisel zarar ya da kayıplarla ilgili olmak üzere, her insanın yalnızca hakkı değil aynı zamanda görevi olduğunu belirtmektedir.²²⁹

Adaletin Temel İlkeleri devletin mağdurlara hukuki yola başvurma hakkı tanıması gerektiğini kapsamlı bir şekilde içermektedir.²³⁰ Esas olarak Adaletin Temel İlkeleri mağdurların tazminat isteme hakkı olduğunu belirtmekte ve devletlerin bunu sağlamak için gerekli hukuki ve idari mekanizmaları kurmalarını önermektedir.²³¹ Ancak belirtmek gerekir ki Adaletin Temel İlkeleri esasen yerel suçların mağdurları ile ilgilenmek-

-
224. United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Radical Discrimination, G.A. Res. 1904, U.N. GAOR, 18. Sess., Supp. No. 15, art. 7(2).
225. Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, G.A. Res. 47/133, 18 Aralık 1992, 47 U.N GAOR Supp. (No. 49) 207, U.N Doc. A/Res/47/133, art. 9.
226. Id. art. 19.
227. The Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 3452, U.N GAOR, 30, Sess., Supp. No. 34, U.N. Doc. A/10034 (1976), art. 11.
228. American Declaration on the Rights and Duties of Man, tekrar basım (Human Rights: A Compilation of International Instruments, U.N. Doc. ST/HR/1/Rev.5 1997, art. 18).
229. Bkz. Muslim Universal Declaration on Human Rights. Tekrar basım (Justice and Human Rights in Islam 14).
230. Bkz. Symposium, International Protection of Victims, 7 Nouvelles Etudes Penales (1988); Guide for Policy Makers on the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, U.N. Doc. E/CN.15/1998/CRP.4 (17 Nisan 1998).
231. Id. İlkeler 4-5.

tedir ve yalnızca bir devletin yerel ceza hukukunun insan hakları ya da uluslararası insancıl hukuk normlarını içine aldığı durumlarda uygulanabilir.²³²

Farklı yerel hukuk sistemleri incelendiğinde, çağdaş devletlerin uygulamalarının yukarıdaki sözleşmelerde belirtilenleri uluslararası örf ve adet hukuku olarak desteklediğini göstermektedir.²³³

Her ne kadar örf ve adet hukuku devletlere özel prosedürler yaratma konusunda açık bir görev yüklemese de, yukarıdaki uluslararası sözleşmelerin dilinden, hukuki yola başvurma hakkının etkili olarak sağlanması ve mahkemeler tarafından yürütülmesinin adil ve elverişli tazminatlar sağlanması için gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Hatta devletin yürürlükteki hukuk sisteminin iddiaları ele almasının yetersiz olduğu durumlarda devletin örf ve adet hukukunu zımnen ihlal ettiği söylenebilir.²³⁴

Bundan başka, hukuk sisteminin çökmediği durumlarda dahi, devletler, çok sayıda davacının bulunduğu durumlarda özel prosedürler uygulamanın avantajlı olduğu sonucuna varabilir.²³⁵

Örf ve adet hukuku yabancıların da, devletin toprakları üzerinde gelişen ihlallerle ilgili olarak, devletin vatandaşlarıyla hukuki yola başvurmada aynı derecede hakka sahip olduğunu belirtmektedir. BM Siyasi ve

232. Id. İlkeler 18-19.

233. Birçok ülke anayasaları ve yasalarında insan haklarını kapsamlı bir şekilde korumakta ve bu hakların ihalleri durumunda tazminat doğuran kurallar bulundurmaktadır. Romanya, Togo, Birleşik Krallık için bkz. U.N. Doc. E/CN.4/1996/29/Add.3; Kıbrıs, Kuveyt, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/1997/Add.1; Arjantin, Çek Cumhuriyeti, Şili, Çin, Kolombiya, Gana, Mauritius, Namibya, Nepal, Filipinler, Sudan, İsveç, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/1996/29; Peru, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/sub.2/1995/17/Add.1; Çin, Malta, Meksika, Uruguay, Yugoslavya, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/sub.2/1995/17/Add.2; Beyaz Rusya, Hollanda, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/sub.2/1995/17; ABD, bkz. U.N. Doc. E/CN.4/1996/29/Add.2.

234. Örneğin Togo bir iç çatışma süresince, "l'Etat avait perdu certaines de ses prerogatives: le gouvernement était impuissant a faire reprimer les actes delictuels ou criminels qui emallaient cette periode et la justice etait loin de disposer des moyens d'agir." Togo bir insan hakları bakanlığı kurmayı planlamış, sosyo-politik sorunların mağdurlarına tazminat ödemekle ilgili hukuki ölçütleri kendisine uyarlamaya çalışmış ve yargının bağımsızlığını sağlamaya ve bütün vatandaşlarına eşit koruma sağlamaya çalışmıştır.

235. Bkz. Richard B. Lillich, *International Claims: Their Adjudication By National Commissions* (1962); Richard B. Lillich, *International Claims: Postwar British practice* (1967); *International Claims: Contemporary European Practice* (Richard B. Lillich & Bruce H. Weston eds., 1982).

Medeni Haklar Sözleşmesi'nde de devletin hukuki yola başvurma hakkı tanınması gereken kişiler tanımlanırken “bütün kişiler”²³⁶ ve “yargılama kapsamındaki herkes”²³⁷ tanımları kullanılmıştır. Ayrıca devlet uygulamaları da yabancılara vatandaşlarla aynı hakların sağlandığını göstermektedir.²³⁸ Ayrıca yabancılara etkin hukuk yollarına başvuru imkanı sağlanmamasının adaleti reddetmek anlamına geldiği ve akabinde, devletin, yabancının devleti tarafından uluslararası ithamlara maruz kalabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle devletler kendi topraklarında gerçekleşmiş fiiller için, hukuki yola başvurmada, yabancılara da vatandaşlara sağlanan hakları sağlamalıdır.

7.10.2 Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Devletin davranışları ve ihmalleri dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğü örf ve adet hukuku tarafından da saptanmıştır. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Chorzow Factory davasında şunları söylemiştir:

“Bir yükümlülüğün ihlalinin uygun bir biçimde tazminat ödeme yükümlülüğü doğurması bir uluslararası hukuk prensibidir. Bu yüzden tazminat, bir anlaşmayı uygulayamamanın zorunlu bir sonucudur ve bunun anlaşmanın kendisinde belirtilmesine gerek yoktur.”²³⁹

Bu önerinin yanı sıra uluslararası anlaşmalar da tazminat ödeme yükümlülüğünü içermektedir. Uluslararası insancıl hukuk ihlalleri hakkında silahlı ihtilaflarla ilgili ana sözleşmeler, hem bireylere taraf devletlerden tazminat isteme hakkı vermekte hem de devletlere ihlalleri dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğü getirmektedir. Örneğin Lahey Kara Savaşı Hukuku ve Kuralları Sözleşmesi, devletlere sözleşme kurallarının çiğnenmesi durumunda tazminat ödeme yükümlülüğü getirmektedir.²⁴⁰

236. Bkz. ICCPR, art. 2(3)(a)-(b).

237. Bkz. International Covenant on the Elimination of All Forms of radical Discrimination, supra not 177, art. 6.

238. Bkz. International Law of State Responsibility For Injuries to Aliens (Richard B. Lillich ed 1983); Individual Rights and The State of Foreign Affairs: An International Compendium (Elihu Lauterpact & John. G. Collier ed 1972).

239. Bkz. The Chorzow Factory case, (Claim for indemnity) (Jurisdiction), 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 8, 4, 21.

240. Bkz. Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 Ekim 1907, 36 Stat. 2277 (1907), T.S. No. 539, 3 Martens Nouveau Recueil (ser. 3) 461.

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi, sözleşmenin ağır ihlalleri ile ilgili benzer hükümler içermektedir.²⁴¹ Ayrıca Birinci Protokol'de de devletlerin sözleşme ihlallerinde tazminat ödemekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.²⁴²

İnsan hakları ihlalleri hakkında hem sözleşmeler hem de bildirimler, ihlallerin bir çeşit tazminat ile karşılanması gerektiğini belirtmektedir. Eğer ihlali gerçekleştiren devletse tazminat ödeme yükümlülüğü başkasına devredilemez. Devlet uygulamaları, tazminat ödemenin hem çerçevesini hem de uygulamasını yansıtmaktadır. Örneğin ABD hükümeti, İkinci Dünya Savaşı sırasında zorla tahliye edilen, yeni bir yere yerleştirilen ve gözaltına alınan hem Amerikan vatandaşlarına hem de daimi oturma izni sahibi Japon yabancılara tazminat ödemiştir.²⁴³ Ayrıca Şili de, geçmiş yıllardaki insan hakları ihlallerinin hesabını vermek adına amacı mağdurların ailelerine tazminat ödemek olan bir ulusal komisyon kurmuştur.²⁴⁴ Mağdurlara sağlanması gerekenler aylık ödemeler, sabit toplam ödemeler ve sağlık ve eğitim olanaklarını içermektedir. Devletin insan hakları ve uluslararası insancıl hukuku ihlalleri için tazminat ödeme yükümlülüğü sözleşmelerde ve örf ve adet hukukunda iyi bir şekilde korunmaktadır.

Devlet içinde resmi bir sığata haiz olmayanlar, neden oldukları insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla tazminat ödemekten bireysel olarak sorumludur.²⁴⁵ Devletlerin gayri resmi aktörlerin fiilleri ya da ihlalleri dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğü olup olmadığı sorusu önemlidir.²⁴⁶ Her ne kadar bu kesinlikle övgüye değer bir davranış olsa da, devletin sorumlu olmadığı ihlallerle ilgili tazminat ödeme yükümlülüğünü en iyi açıklayacak şey, bunun henüz gelişmekte olan bir norm olduğudur.

241. Bkz. Cenevre Sözleşmesi I; Cenevre Sözleşmesi II; Cenevre Sözleşmesi III, art. 68; Cenevre Konvansiyonu IV, art. 55.

242. Bkz. Protokol I, art. 91.

243. Bkz. Greg Robinson, *By Order of the President: FDR and The Internment of Japanese Americans* (2001).

244. Bkz. Report of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, E/CN.15/1996/16/Add.3, 55.

245. Bkz. *Torture As Tort* (Craig Scott ed 2001).

246. Buradaki durum, Honduras'ın kendi memurlarının işlediği filer için tahkikat ve takibatta bulunmadığı için sorumluluğunun doğduğu Velasques Rodrigues davasından farklıdır. Burada da dev-

Avrupa’da, Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi²⁴⁷ bunun uygulanacak insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk normlarının yerel ceza hukuku içinde yer almadığı durumlarda uygulanacağını belirtmiştir. Ayrıca diğer devletler için de bu prensibe en güçlü destek Adaletin Temel İlkeleri içinde bulunan benzer hükümlerdir.

Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından, devletin kendi topraklarında gerçekleşen şiddet suçlarıyla ilgili olarak, özellikle suçlunun tespit edilemediği ya da maddi olanaktan yoksun olduğu durumlarda, mağdurlara ödenecek tazminat planının geliştirilmesi için oluşturulmuştur.²⁴⁸ Bu sözleşme belirli bir tazminat planının uygulanmasını şart koşturmaktadır, tersine bu alanda minimum karşılık sağlanması üzerine odaklanmıştır.²⁴⁹ Sonuç olarak devletin tazminat ödeme yükümlülüklerinin kapsamını sınırlayabileceği önemli maddeler bulunmaktadır.

En azından, Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, başka kaynaklardan tazminat mümkün değilse, ağır bedensel zarara uğramış uluslararası şiddet suçu mağdurlarına ya da bu suçlar dolayısıyla ölmüş olanın bakmakla yükümlü olduklarına tazminat ödenmesi hükmünü içermektedir.²⁵⁰ Bu durumlarda tazminatın failin yargılanmasından ve cezalandırılmasından bağımsız olarak ödenmesi gerekmektedir.²⁵¹ Ancak bahsedildiği gibi devlet tazminat ödeme yükümlülüğüne çeşitli sınırlamalar getirebilir. Örneğin Bölüm 3 aşağıdaki gibidir:

Tazminat, topraklarında ihlalin gerçekleştiği devlet tarafından: a) taraf devlet vatandaşlarına; b) ihlalin gerçekleştiği devlette daimi oturma izni bulunan bütün Avrupa Konseyi üyesi devletlerin vatandaşlarına, ödenir.

letin sorumluluğu doğmaktadır; ancak bunun nedeni memurlarının fiilleri değil, devletin bu fiilleri düzgün bir şekilde soruşturamaması ve failleri adalet önüne çıkaramamasıdır. Bkz. Velasquez Rodriguez Case, Preliminary Objections, Judgment of June 26, 1989, Inter Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 1 (1994); Velasquez Rodriguez Case, Compensatory Damages, Judgment of July 21, 1989, Inter Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 7 (1990).

247. European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes, E.T.S. No. 116 (1983).

248. Bkz. Id. (giriş).

249. Id.

250. Id. art. 1.

251. Id.

Bu nedenle bir taraf devlet, kendi vatandaşı ya da Avrupa Konseyi üyesi bir devletin vatandaşı olmayan mağdurlara tazminat ödemeyi reddedebilir. Ayrıca devletler asgari zararın gerçekleşmediği durumlarda²⁵² ya da başvuru sahibinin maddi durumuna göre²⁵³ tazminat ödemesini sınırlandırabilirler. Ayrıca tazminat ödemesi şu sebeplerle azaltılabilir ya da reddedilebilir: 1) mağdurun suçtan önceki, suç esnasındaki ya da suçtan sonraki davranışları; 2) mağdurun organize suça karışmış olması; 3) ödemenin adalet duygusuna ya da kamu yararına aykırı olması.²⁵⁴

Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletler için, Adaletin Temel İlkeleri devletin mağdurlara tazminat ödeme yükümlülüğüne hukuki temel oluşturmak-tadır. Adaletin Temel İlkeleri şu şekilde bir hüküm içermektedir:

Eğer tazminat suçludan ya da başka bir kaynaktan tam olarak sağlanamıyorsa, devletler aşağıdakilere tazminat ödemek için çaba göstermelidir:

- a) suç neticesinde ağır bedensel zarara ya da bedensel sakatlığa uğrayan ya da ruhsal sağlığı bozulan mağdurlar;
- b) bu tür suçlar sonucu ölen ya da fiziksel ya da ruhsal sağlığı bozulan mağdurun ailesi, özellikle bakmakla yükümlü olduğu insanlar.²⁵⁵

Her ne kadar bu öneri, mağdurlara tazminat ödenmesi konusunu tartarlarsa da, yalnızca uluslararası ihlalin yerel ceza hukukunun da kapsamına girdiği durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Ulusal sistemlere bakıldığında, fail ödeyemediği takdirde, devletin suçtan zarar gören ve ailelerine tazminat ödemesinin devletler tarafından git gide daha fazla tercih edildiğini görebiliriz.

1996 yılında, Birleşmiş Milletler, devletlerin Temel İlkeler Taslağını uygulamaları hakkında bir araştırma yapmış ve sorularına 44 devletten yanıt almıştır.²⁵⁶ Küba, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Meksika, Ürdün, Romanya ve İsveç'te, suçlunun tazminatı ödeyememesi durumunda

252. Id. art. 5.

253. Id. art. 6.

254. Id. art. 8.

255. Bkz. Basic Principles of Justice, supra not 151, ilke 12.

256. Bkz. Report of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, supra not 197.

devlet tazminatın 100%'ünü ödemektedir.²⁵⁷ Ayrıca 18 devlet, Adaletin Temel İlkelerinin tavsiyeleri doğrultusunda mağdurlara tazminat ödemek için devlet fonu ayrıldığını belirtmiştir.²⁵⁸ Mağdurlara suçlunun kendisi dışında başka kaynaklardan tazminat ödenmesi kavramı uluslararası alanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde de tanınmıştır.²⁵⁹

Her ne kadar Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Adaletin Temel İlkeleri, devletlerin, gayri resmi aktörlerin davranışları dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğü konusunda bir emsal teşkil etse de, bu yükümlülük henüz bir evrensel norm haline gelmemiştir. Ancak bu prensip, devletlerin ve dünya toplumunun uygulamalarından da anlaşılabilceği gibi, git gide daha fazla uygulanmaktadır. Buna örnek olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün belirttiği güven fonu gösterilebilir.²⁶⁰ Böylece söylenebilir ki, mağdurlar için bir toplu sorumluluk yaratmanın altyapısı oluşturulmaktadır.

7.11 Sosyal Politika Düşünceleri

Tarih, ihtilaf sırasında işlenen suçların genellikle toplumsal kontrolün çökmesi sonrası oluştuğunu göstermektedir. Bazıları bunu kültürel faktörlere bağlamakta ve bazı kültürlerin zalim ve şiddet yanlısı olmaya diğer kültürlerden daha yatkın olduğunu savunmaktadır.²⁶¹ Bu kültürel faktörlerin endemik mi olduğu yoksa etkili bir hukuk ve toplumsal kontrol mekanizmasının yokluğunda sosyal ve ekonomik koşullar sonucu mu oluştuğunu söylemek zordur. Bu yüzden sorumluluk mekanizmaları, önleyici hukuk ve toplumsal kontrol mekanizmaları ile caydırıcılık varsayımını destekledikleri için çok önemlidir.

257. Id. par. 38.

258. Bu devletler şunlardır: Avustralya, Belçika, Kanada, Küba, Finlandiya, Fransa, Ürdün, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Umman, Peru, Filipinler, Katar, Güney Kore, Romanya, İspanya ve İsveç. Bkz. id. par. 41.

259. Bkz. ICC Statute, supra not 23, art. 79.

260. Bkz. ICC Statute, supra not 23, art. 79. Bkz. William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court 150 (2001); Hakan Friman & Peter Lewis, Reparation to Victims, in The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence 474 (Roy Lee ed 2001), 487; Mark Jennings, Article 79: Trust Fund, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court 1005 (Otto Triffterer ed., 1999).

261. Bkz. Geoffrey Best, War and Law Since 1945 (1994); John Keegan, A History of Warfare (1993).

İnsan doğasının da karanlık bir yanı vardır ve her ne kadar kötülük dış etkenler olmadan kendi başına su yüzüne çıkabilse de, dış kontrol azaldığında ve teşvikler arttığında daha zararlı bir şekilde su yüzüne çıkacağı tartışmasızdır. Kişisel dokunulmazlık kesinlikle bu teşviklerden birisidir zira en kötü fiilleri haklı, mantıklı, kabul edilebilir ve normal olarak gösterebilir.

Suç, genel olarak, potansiyel mağdurların, failin psikolojik bir hazırlık süresi sonrası insanlıklarını yitmesine neden olmaktadır. Bu yüzden fail, fiillerinin hukuki ve ahlaki sonuçlarından ve risklerinden korkmadan, mağduru “insanın aşağısında olan” herhangi biri, bir hayvan ya da üzerinde istenilen her şeyin yapılabileceği bir eşyaymışçasına bir muameleye maruz bırakabilir. Başka bir yaklaşım, failerin mağdurları birer tehdit olarak nitelendirmeleri ve böylece meydana gelecek suçlar için bahane üretmeleridir. Bu tür nitelendirmeler, birer tehdit ya da tehlike olarak tanımlanmış ve gösterilmiş birey ya da gruplara karşı birer meşru müdafaa aracı haline dönüşme seviyesine kadar yükselebilir. Hatta mağdurlar kendilerine yöneltilmiş suçlar için dahi sorumlu olarak gösterilebilirler. Bu, mağdurlar bu suçları meşru gösterecek bir şey yapmış gibi ya da davranışlarıyla bu suçun gerçekleşmesini istemiş gibi ya da Holokost’taki gibi sanki mağdurlar bu suçları kendileri işlemiş gibi gösterilerek gerçekleştirilebilir.²⁶² Bu bahaneler, failerin, kendilerinin bu suçu işlemek zorunda bırakıldıklarını iddia edecekleri seviyeye kadar dahi gelebilir. Böylece bu bahanelerle şu saçma sonuç ortaya çıkacaktır: Failler gerçek mağdurlar tarafından suç işlemeye “zorlandıkları” için mağdur olmuşlardır.

Bu tür çarpık ve akıllı yöntemler, içsel bir kötülüğün ürünü olabilir. Ancak bunlar çoğu zaman azınlığın çoğunluk üzerindeki kötülük dolu manipülasyonlarının bir ürünüdür. Göbbels ve Streicher’ın propaganda günlerinden, Tutsi’leri öldürmek için 1994 Ruanda Hutu kışkırtmasına kadar propaganda grup şiddeti için her zaman en büyük kışkırtıcı olmuştur. Açıkça görülebilir ki bir toplum ne kadar az eğitilmiş ve saf ise bu tür yanlış inançlara da o kadar inanmaktadır. Ancak bu tekniklerin etkili olmasını sağlayan başka birçok etken de bulunmaktadır. Bu yalanların kötü sonuçlarını doğurma aşamasında olduğu zamanda, uluslararası

262. Bkz. Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews* (3 cilt 1985).

sı toplumun harekete geçerek oluşmak üzere olan grup suçu için erken uyarı işareti vermesi gerekmektedir. Ayrıca bu tür suçlar için bir çeşit engelleme sistemi de kurulmalıdır.

Sorumluluk mekanizmaları vaka sonrası olaylara odaklanmış ve sadece cezalandırıcı nitelikte görünmektedir; ancak bu mekanizmaların aynı zamanda ortak değerleri ve caydırıcılığı güçlendirerek engelleyici bir özellik de göstermeleri gerekmektedir. Sorumluluğun cezalandırıcı bir görünüşü vardır ancak aynı zamanda engelleme ve caydırıcılığa bağlanmış durumdadır. Sorumluluğun zayıf noktası vaka sonrasına odaklanmış olmasıdır, ancak gücü de değerlerin düzenlenmesindeki rolü ve toplumda gelecekte gerçekleşebilecek suçlar için engelleyici bir yapıda olmasından gelmektedir.

Yukarıda da değinildiği gibi kişisel dokunulmazlık sorumluluğunun antitezidir. Kişisel dokunulmazlığı teşvik etmek ya da buna göz yummak gayri ahlaki olduğu kadar gayri meşrudur. Kişisel dokunulmazlık aynı zamanda barış amacının önünde duran bir engeldir. Uluslararası suçlardan doğan büyük çapta suçlar hiçbir zaman geçmişin belirsizliği içinde saklanamamaktadır. Tersine bugünkü zamanda bir intikam nedeni olarak varlığını sürdürmektedir. Mağdurların; mağduriyetlerinin açığa çıkarılması, kendilerine yapılan kötülüğün kınanması, faillerin ya da en azından liderlerin cezalandırılması ve sağ kalanlara tazminat verilmesi istekleri vardır.

Barış ve adalete yönelik daha belirleyici bir düşünce, ihtilafı sona erdirmeye çalışan liderlerin takdir yetkisini sınırlamaktır. Bu liderlerin kendi değerleri, beklentileri, kişisel hırsları, gücü konumlandırmaları ve sahip oldukları toplumsal destek, politik uzlaşmaları etkilemektedir. İhtilafı karışmış olan liderler çoğunlukla diğer liderlerin arabuluculuk çabaları sonucunda politik uzlaşmaları da gerçekleştiren liderler olmaktadır. İhtilafa karışmış liderlerin katılımları olmadan çarpışmaların sona ermesine imkan yoktur ve bu yüzden bu liderler barışa giden yolda çok önemlidirler. Ancak bunun tersine aynı zamanda adalete giden yolda birer engel de olabilirler. Arabulucunun ikilemi burada doğmaktadır; adaleti gözden çıkarmadan barış nasıl sağlanacaktır? Birçok ihtilafı bu ikilem adaleten taviz verilerek çözüme ulaşmıştır. Bunu gelecekte engellemek için, barış adına iyi niyetle hareket eden barış görüşmecilerinin, politik uzlaşma sağlama adına adaleten taviz verme bas-

kısından bağışık olmaları gerekmektedir. Politik uzlaşma görüşmelerinde oynamak için kart onların eline bırakılmamalıdır. Bu yüzden kişisel dokunulmazlık, politik görüşme çantasından²⁶³ çıkarılmalıdır.

7.12 Ulusal Cezai Adaletin Evrenselleştirilmesi

Bir zamanlar ulusal sınırlarla sınırlanmış olduğu düşünülen cezai adalet ilkelerinin evrenselleştirilmesi, ulusalüstü suçun önlenmesi ve cezai adaletin güçlendirilmesini gerektirmektedir. Uluslararası teşebbüsler; suçun azaltılması, hukukun etkili şekilde uygulanması, yargı sisteminin adil olması ve insan hakları ve temel özgürlüklere saygılı olma konularının geliştirilmesi için devletlere yardımcı olmaya çalışmaktadır. Ekonomik ve sosyal gelişmenin temelinde gelecekte suç ve adaletle ilgili ortaya çıkacak zorluklar yatmaktadır. Günümüzün evrensel dünyasında, özellikle ülkeler arasında, adaletin uygulanması ve suçun engellenmesinde geliştirilmiş bir koordinasyon ve işbirliğinin uygulanması çok önemlidir.

Ulusal cezai adaletin evrenselleştirilmesi ve cezai konularda devletlerarası işbirliğinin arttırılması²⁶⁴, mağdurlara tazminat sağlanması ve diğer koruma mekanizmalarını da kapsayacak şekilde onarıcı adaleti de içine alarak gelişmelidir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün, Mahkeme'yi mağdurlar için tazminat ve rehabilitasyonu da içerecek koruma ilkeleri getirmeye zorlaması ve Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki mağdur ve tanık birimlerinin kurumu olumlu gelişmeleri²⁶⁵ içeriğinde tazminat konusu da bulunan ulusal ve uluslararası programlar, cezanın yanı sıra gerçek zararı belirlemek için adil bir metot da geliştirmelidir. Maddi tazminat tek seçenek olarak görülmemelidir, özellikle ekonominin yüksek tazminat giderlerini karşılayamayacak durumda olduğu toplumlarda maddi olmayan koruma çeşitleri de oluşturulmalıdır.

Devletlerin kendi ulusal cezai adalet problemlerini ele alma kapasitelerinde büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu; kaynaklardan, profesyonel

263. W. Michael Reisman, *Institutions and Practices for Restoring and Maintaining Public Order*, 6 Duke J. Comp. & Int'l L. 175 (1995). Önemli olan soru, sorumluluk mekanizmalarının nereye kadar kamu düzeninin bir parçası sayılacağıdır.

264. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5.

265. Bkz. ICC Statue, supra not 23.

olarak eğitim görmüş personelden, teknolojik ve lojistik destekten ve politikacıların cezai adalete yükledikleri öncelik sırasından kaynaklanabilir. Ayrıca bu olanak ve kaynaklara sahip ülkeler, bunlara sahip olmayan ülkelere yeterli yardım ve desteği sunmamaktadır. Bu Etiyopya, Somali, Kamboçya, Ruanda ve Afganistan'daki ihtilaf sonrası ortamlarda gözlemlenebilir.

Günümüzde gelişmemiş ülkeler kategorisinde 40 civarında ülke vardır ve gelişmekte olan ülkeler kategorisinden 60 civarında ülke de aslında gelişmemiş-gelişmekte olan ülke sınırında bulunmaktadır. Diğer gelişmekte olan ülkeler de kendi yerel suç ve kanunsuzluk krizleriyle boğuşmaktadır. Bütün bunlardan çıkarılacak sonuç, dünyanın üçte ikisinin cezai adalet sistemlerinin, uluslararası cezai adaletin ihtiyaçlarını karşılayamadığı, hatta kendi yerel problemleri ile başa çıkmakta bile etkisiz olduğudur. Ancak uluslararası ceza hukukunun, ulusal cezai adalet sistemlerine güvenme anlamına gelen “dolaylı uygulama sistemi”ni²⁶⁶ temel aldığı düşünülürse, ulusal cezai adalet sistemlerini uluslararası alanda desteklemek ve bir standart oluşturmak için çaba harcamadığımız sürece uluslararası cezai adalet sisteminin de etkili olmayacağını anlayabiliriz.

Bölüm 8

AFLAR VE ULUSLARARASI CEZAI ADALET

Toplumsal sözleşme teorisinin temelleri hukuk tarihinde ve ulusal hukuk sistemlerindeki toplumsal değerlerin gelişiminde bulunabilir. Bu teori, mağdurun haklarının doğuştan geldiğini ve devredilemez olduğunu ve bu yüzden cezalandırılmanın gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu, mağdurun haklarının şekil, yöntem ve sonuçları bakımından sabit bir şekilde belirlenmiş olduğu anlamına gelmez, zira her ihlalin doğası farklı olduğu gibi içinde bulunulan toplumsal ve hukuki faktörler de farklı olabilir. Bunun anlamı, bu hakların ortadan kaldırılamayacağıdır zira bu haklar niteliği gereği mağdura ve mağdurun mirasçılara aittir. Sonuç olarak, devletlerin, *jus cogens* uluslararası suç faillerine, özellikle liderlere ve üst düzey yöneticilere, örtülü af sağlama hakkı yoktur.²⁶⁷ Tersine devletlerin bu suçlarla ilgili yasal işlemlerin iyi niyetle

266. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 5.

267. Uluslararası toplum, yerel afları, adaletin değil kişisel dokunulmazlığın bir parçası olarak görmektedir. Bkz. E.H. Guisse & L. Joinet, Progress Report on the Question of Impunity of Perpetrators of

yürütülmesini sağlama yükümlülüğü vardır. Sonuç olarak *jus cogens* uluslararası suçlar için ne *de jure* ne de *de facto* olarak af sağlanabilir.

Bu önermede liderler ve üst düzey yöneticiler dışındakiler için alternatif sorumluluk yöntemleri dışarıda bırakılmamıştır. Tersine, birçok alternatif yöntem mevcuttur. Ancak bu yöntemlerin uygulaması, ihlalin doğasına ve ulaşılmak istenen genel toplumsal amaca göre değişecektir.²⁶⁸ Bu yüzden ilk başta, cezalandırma konusunda ısrar edilmesi ve bazı ihlaller için alternatif sorumluluk yöntemlerine başvurulması arasında bir çelişkinin olduğu düşünülebilir. Ancak bu alternatifler sadece belirli bir cins cezalandırmayı doğuracaklarsa ya da kendileri bir cezalandırmanın parçası ya da yöntemi olacaklarsa göz önünde tutulmalıdırlar.

Eğer cezalandırma uluslararası toplumun toplumsal sözleşmeden doğan bir hakkıysa, bu hak aynı zamanda affetmeyi de içermekte midir? Affetme hakkının cezalandırma hakkının içinde bulunduğu ileri sürülebilir. Ancak eğer cezalandırma hakkı bireyden uluslararası topluma verilmişse, bu durumda affetme hakkının kaynağı da uluslararası toplum değil bireydir.

Toplumsal sözleşme teorisinin, *jus cogens* uluslararası suçlar için uluslararası hukuk düzeninin affetme hakkını reddedip reddetmediği tartışmalıdır.²⁶⁹ Eğer cezalandırma hakkı ilk başta bireye aitse ve uluslararası toplum bu hakkı birey namına elinde tutuyorsa, bu hak örtülü af ya da politik imtiyazlar için pazarlık konusu yapılamaz.²⁷⁰ Ancak 1919'da Alman Kralına siyasi sığınma tanınmasından, 1994'te Dayton

Human Rights Violation, U.N. Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention and Protection of All Minorities, 45th Sess., Item 10(a), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6 (1993) (Sub-Commission Res. 1992/23'e uygun olarak hazırlanmıştır); L. Joinet, Question of the Impunity of Perpetrators of Violations of Human Rights (Civil and Political Rights): Final Report, U.N. Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 48th Session, Item 10, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18 (1996) (Sub-Commission Resolution 1995/35'e uygun olarak hazırlanmıştır); Naomi Roht-Arriaza, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law; 78 Cal. L. Rev. 449, 475 n.137 (1990); Scharf, Swapping Amnesty for Peace, supra not 160.

268. Bkz. Transitional Justice, supra not 100.

269. Burada bahsedilen affetme hakkı mağdurun bağışlama hakkı anlamına gelmektedir. Ancak Moore affetme hakkını daha geleneksel bir şekilde yorumlayarak devletin cezayı hafifletme hakkı anlamına geldiğini söylemektedir. Moore'a göre mağdurun bağışlama hakkının karşılığı merhamettir. Bkz. Moore, supra not 50, 193-194; Minow, supra not 89; Murphy & Hampton, supra not 89.

270. Bkz. Bassiouni, Combating Impunity for International Crimes, supra not 18.

Bariş Antlaşması'nı imzalaması karşılığı Miloseviç'e *de facto* dokunulmazlık sağlanmasına kadar durum bu şekilde gelişmemiştir.²⁷¹ Büyük güçler hesabına çalışan politikacılar mağdurun haklarından ödünler vermiş ve toplumsal sözleşmeyi politik hesaplar uğruna ihlal etmiştir. Aslında itiraf etmek gerekir ki bu tür hesaplar daha çok suç, zarar ve yıkım getirecek ihlalleri çoğu zaman önlemektedir. Bu yüzden sorulması gereken soru bu afların temel hakları ihlal mi ettiği, yoksa bu uzlaştırma ile daha büyük fayda elde edileceğine dair belirli bir kriter doğrultusunda mı verildiğidir.²⁷² Uluslararası hukuk sistemi, örtülü afların kesin olarak uygulanması ile mağdurun rızası olmadığı halde politik nedenlerle sağlanan aflar arasında bir uzlaştırma oluşturmaldır. Bu ikisi arasındaki seçim, uluslararası hukuk sistemi tarafından kararlaştırılması gereken bir sorundur.²⁷³

Ceza ilkelerine göre af şu durumlarda sağlanabilir: 1) fail cezasını yeteri kadar çekmiştir, 2) özel nedenler dolayısıyla fail çok fazla ceza çekme durumundadır, 3) çok ağır olan cezaları hafifletmek için, ya da 4) mahkumiyetin uzun süreli/kalıcı sonuçlarını hafifletmek için.²⁷⁴ Bir haksızlığı düzeltmek için tanınan af da meşrudur. Ancak çoğu zaman af tanınan olayda haksızlık ya çok az bulunmakta ya da hiç bulunmamaktadır ve suçlular suç ve cezadan kurtulmaktadır. Bu yüzden eğer af mahkumiyetten önce tanınırsa fail topluma suçsuz ve sabıkasız bir şekilde yeni bir insan olarak dönmektedir.²⁷⁵ Haksız yere af tanımak açıkça adalete engel olmaktadır zira bu adillığe, hukukun uygulanmasındaki eşitliğe ve hukukun kendisine dair olan inancı yok etmektedir. Ayrıca ileride benzer fiillerin işlenmemesi için önemli olan caydırıcılığı da ortadan kaldırmaktadır. Affın evrensel adalet teorisi ile bir arada varabilmesi için affın politikaya alet edilerek sömürülmesinin önüne geçilmeli, en azından sıkı biçimde sınırlandırılmalıdır. Bu yüzden aflar; 1) yalnızca mahkumiyet ve hüküm sonrası verilmeli, 2) yalnızca belirli

271. Bkz. Paul R. Williams & Michael P. Scharf, *Peace With Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia* (2002).

272. Moore, supra not 55; Minow, supra not 89; Murphy & Hampton, supra not 89. Reisman, supra not 26, 177, her ne kadar aflar devam eden ihlallerin durmasına yardımcı bulunsa da, aynı zamanda gelecek için caydırıcılığı, devletin yükümlülüğünü ve insan haklarını ihlal ettiğini söylemektedir.

273. Dip not 31.

274. Moore, supra not 55, 98.

275. Id.

suçlar için tanınmalı ve 3) belirli bir nedene dayanmalıdır.²⁷⁶ Bu sınırlamalar hak edilmeyen cezaların uygulanmamasını ve örtülü afların belirli tipte suçlar ve nedenler olmadığı sürece tanınmamasını sağlamaktadır. Bu konuda, politikacı ve üst düzey yöneticiler ile alt düzey yöneticiler arasında bir ayırım yapılmalıdır.²⁷⁷ Ayrıca afların barış, uzlaşma ve adaletle ilgili toplumsal çıkarlarını da belirlemek gerekmektedir.

Uluslararası insan hakları hukuku sözleşmeleri, sözleşme üyesi ülkelerin bu sözleşmelerdeki haklara saygı gösterilmesi ve bu hakların korunması konularında yükümlülükleri olduğu ile ilgili genel bir kural içerirler.²⁷⁸ Bu kurallar uluslararası organlar tarafından devletlerin işkence, yargısız infaz, zorla kaybedilme gibi vücut bütünlüğüne karşı suçlarla ilgili tahkikatta bulunma ve sorumluları adalet önüne getirme yükümlülüğü olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Bunlar özellikle *jus cogens* uluslararası suçlar için geçerlidir.

Bu tür bir yorumun ilk defa uygulandığı dava Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülen çığır açan Velasquez-Rodriguez davasıdır.²⁷⁹ Bu dava Velasquez-Rodriguez'in Honduras'ta çözümlenemeyen bir şekilde ortadan kaybolması ile ilgilidir. Inter-Amerikan Komisyonunun bulgularına göre bu ortadan kaybolma silahlı kuvvetlere bağlı ya da silahlı kuvvetlerin emri ile çalışan kişilerce gerçekleştirilmiştir ve bu fiil Inter-Amerikan Sözleşmesi'nin yedinci maddesini ihlal etmektedir. Mahkeme Sözleşmenin birinci maddesini yedinci maddenin ışığında yorumlamış ve şu sonuca varmıştır: "... Devletler bu sözleşme ile tanınmış bütün hakları korumak ve bu haklara karşı gerçekleşen ihlallerle ilgili tahkikatta ve cezalandırmada bulunmak ve... eğer mümkünse eski hale iadede bulunmak ve ihlalin yol açtığı zararlara karşı tazminat sağlamak zorundadır."²⁸⁰ Mahkeme ayrıca şu sonuca varmıştır:

276. Id. 219-221.

277. Bkz. Bassiouni, Crimes Against Humanity, supra not 108.

278. Cf. Article 2(1) ICCPR ("to respect and to ensure ... the rights..."); Article 1 ECHR ("shall secure"); Article 1(1) of the Inter-American Convention on Human Rights ("to respect and to ensure ..."); Article 1 of the African Charter on Human and Peoples' Rights ("shall recognize ... and shall undertake to adopt ... measures to give effect...").

279. Judgment of 29.7.1988, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Decisions and Judgments, No. 4.

280. Id, para. 166.

Devletin insan hakları ihlallerine karşı makul adımları atma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca ihlallerle ilgili kendi yargı alanına giren konularda ciddi bir biçimde tahkikatta bulunma, sorumluları ortaya çıkarma, failleri uygun ceza ile cezalandırma ve mağdurun uygun bir tazminat almasını sağlama da devletin hukuki yükümlülüklerindedir.²⁸¹

Mahkemeye göre, devletin yükümlülüğü yalnızca insan haklarını temin etmek değil,²⁸² ayrıca tahkikatların da etkisiz bir formalite olarak değil ciddi bir biçimde yürütülmesidir.²⁸³ Mahkeme, “Eğer devlet ihlalin cezalandırılmaması yönünde bir uygulamada bulunursa ... devlet, yargı alanı içindeki insanlara haklarını tam olarak verme yükümlülüğüne uymamış demektir.” sonucuna varmıştır.²⁸⁴ Geçici adaletin perspektifinden, mahkemenin bu gerekli özeni, “hükümetteki değişikliklerden bağımsız olarak ve sorumluluk doğuran fiilin işlendiği tarihten bu fiilin kanuna aykırı ilan edildiği tarihe kadar geçen süre boyunca” bağlayıcı bulması kayda değerdir.²⁸⁵ Ayrıca ihlalin gerçekleştiği zaman iktidarda olmayan hükümet için de yükümlülükler aynı derecede geçerlidir. Mahkeme ayrıca ihlalin şiddetinin de önemli olmadığını ve tek bir ihlal için dahi bu yükümlülüklerin devam ettiğini söylemiştir.²⁸⁶

Her ne kadar bu yorumlar daha sonra Inter-Amerikan Mahkemesi ve Komisyonu tarafından da onaylanmışsa da,²⁸⁷ bu yükümlülüklerin kesin

281. Id, para. 174.

282. Id, para. 167.

283. Id, para. 177.

284. Id, para. 176.

285. Id, para. 184.

286. Naomi Roht-Arriaza, Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute, and Provide Redress, in Impunity and Human Rights in International Law and Practice 24 (Naomi Roht-Arriaza ed., 1995), 31.

287. ICHR'nin kararları ile ilgili olarak bkz. Godinez Cruz, judgment of 20.1.1989, at para. 184 et seq.; Aloeboetoe et al., judgment of 4.12.1991, Annual Report IACtHR, 1991, at 76 et seq., Gangaram Panday, judgment of 21.1.1994; El Amparo, judgment of 18.1.1995, Annual Report 1995, at 23 et seq., Neira Alegria et al., judgment of 19.1.1995, Annual Report 1995, at 41 et seq., Caballero Delgado y Santana, judgment of 8.12.1995, Annual Report 1995, at 135 et seq., Barrios Altos Case, judgment of 14.5.2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C9 No. 75 (2001), paras. 41-44, şu adreste mevcuttur: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/75-ing.html>; Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kararları ile ilgili olarak bkz. cases No. 10.235, 10.454, 10.581, Annual Report IACmHR, 1992, at 27 et seq.; 1993, at 52, 61; cases No. 10.433, 10.443, 10.528, 10.531, Annual Report IACmHR 1992-93, at 110, 118, 128, 136; Report No. 1/99 of 27.1.1999, case 10.480: Lucio Parada Cea et al.,

kapsamı halen tartışmalıdır. Bazıları, her ne kadar mağdurların avukatları, Inter-Amerikan Komisyonu ve *amici curiae*⁹ olarak görev yapan uluslararası uzmanlardan oluşan bir grup bu yöndeki taleplerini iletmış olsa da, Mahkemenin Honduras hükümetine ortadan kaybolmaya neden olan sorumlulara ceza takibatı yapılması konusunda kesin bir talepte bulunmadığını belirtmektedir.

Diğer disiplinsel fiil ve ceza formlarının tersine, cezai takibatla kesin bir ilişkinin yokluğunun ışığında, ihlalleri araştırma, sorumluları teşhis etme, uygun cezayı kabul ettirme ve mağdura yeterli tazminatı sağlama yükümlülüğü böylece, neyin cezayı oluşturduğuna dair tanım geniş tutulduğu sürece, cezai olmayan karşılıkları dışarıda bırakmamaktadır. Diğer yandan, İnter-Amerikan denetleyici organları, Inter-Amerikan Sözleşmesi'nin 25. maddesinde belirtilen hukuki yola başvurma ve 1. maddede ile birlikte okunması gereken 8. maddede belirtilen hukuki süreç haklarından doğan cezai olmayan karşılıklara izin verilebilmesi için ek kriterler çıkarmışlardır. Mahkeme ve Komisyona göre, İnter-Amerikan Sözleşmesi ile beyan edilmiş gerekli özen standardı, bazı cezai olmayan karşılıkları, yani örtülü afları, dışarıda bırakmaktadır. Böylece, El Salvador,²⁸⁸ Arjantin,²⁸⁹ Uruguay,²⁹⁰ ve Peru'da²⁹¹ benimsenmiş af yasalarının müsaade edilebilirlikleri konusu ile karşı karşıya kaldıklarında, Komisyon bu yasaların İnter-Amerikan Sözleşmesi'nde yer alan yükümlülüklerle uyumsuz olduklarını belirlemiştir.²⁹²

Değerlendirme sınırlarının müsaade edilebilirlik derecelerinin, kendilerine has vasıtaların gerekleriyle uyumlu olarak farklılık göstermesine rağmen, İnter-Amerikan denetleyici organlarının hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İnsan Hakları Komitesi tarafından teyit edilmiştir.

at para. 130; ayrıca bkz. Kai Ambos, Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen, 37 Archiv des Völkerrechts 318 (1999) at 319-321.

çn9: Latince hukuk deyiimi. Birebir çevirisi "mahkemenin dostu" olan, taraflardan biri olmamasına rağmen, hakime tereddüt ettiği konularda gönüllü olarak yardımcı olan kişi ya da kişiler.

288. Inter-American C.H.R.,Rep. 26/92 OEA/ser.L/V/II.82 (24 Eylül 1992).

289. Inter-American C.H.R.,Rep. 24/92, ibid, Doc. 24 (2 Ekim 1992).

290. Inter-American C.H.R.,Rep. 29/9, ibid, Doc. 25 (2 Ekim 1992).

291. Barrios Altos Davası, supra not 235.

292. Detaylı bir tartışma için, bkz. Douglas Cassel, Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities, 59 L. & Contemp. Probs., 197 (1996), 208-219.

Böylece, İnsan Hakları Komitesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. maddesinde yer alan işkence yasağı ile ilgili olarak, 20 numaralı Genel Açıklamasında,²⁹³ afların, genellikle devletlerin bu tür fiilleri araştırma; yargılama alanlarına giren konularda bu tür fiillerin olmamasını garanti etme ve bu tür fiillerin gelecekte de olmamasını sağlama görevleri ile uyumsuzluk içerisinde oldukları sonucuna varmıştır. Devletler, bireyleri, mümkünse tazminat ve tam rehabilitasyonu da içeren etkili kanun yolu hakkından mahrum bırakamazlar. İnsan Hakları Komitesi, aynı zamanda, afların devlet yükümlülükleri ile uyumsuz olduğunu Sözleşmenin birçok bildirisinde teyit etmiştir.²⁹⁴

İnter-Amerikan insan hakları kurullarının ve İnsan Hakları Komitesinin aksine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne kadar aflarla ilgili hiçbir içtihat oluşturmamıştır. Ancak, Strazburg organları şu soruyla karşı karşıya kalmıştır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi taraf devletleri, Sözleşme tarafından garanti edilen hakların ihlalleri ile ilgili hangi ölçüde tahkikat ve takibatta bulunmalıdırlar? Selmouni v. Fransa davasında,²⁹⁵ Mahkeme iddia edilen işkence fiilleri soruşturmasının etkili olup olmadığı üzerinde düşünmek zorunda kalmıştır. Mahkeme önceki kararları²⁹⁶ tasvip etmiş ve etkili bir hukuki yola başvurma fikrinin,²⁹⁷ devlet tarafından yapılacak, sorumluları teşhise ve cezalandırmaya yol açabilecek kapsamlı ve etkili bir araştırmayı gerektirdiğini bildirmiştir.²⁹⁸ Yakın geçmişte alınan Al-Adsani v. Birleşik Krallık kararında, Avrupa Mahkemesi bu yaklaşımı teyit etmiştir.²⁹⁹ Bununla beraber, başvuru-

293. Genel Açıklama no. 20, 1992 yılında Komite'nin 44'üncü oturumunda kabul edilmiştir.

294. Cf. örneğin Hugo Rodriguez v. Uruguay, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, 2 IHRR (1995) 112, paras. 12.3-12.4, ayrıca, [http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/c6100f530629eae48025672300553422?Opendocument](http://193.194.138.190/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c6100f530629eae48025672300553422?Opendocument) sitesinde mevcuttur.

295. Application no. 25803/94, judgment of 28/07/1999, ayrıca, <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1-doc2/HEJUD/200109/selmouni%20-%20ba%20ti.doc> sitesinde mevcuttur.

296. Bunlar şu kararları da içermektedir: Aksoy v. Turkey case, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, at 2287, 98; Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3290, 102; ve mutatis mutandis, Soering v. The United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161, at 34-35, 88.

297. Cf. ECHR, Article 12.

298. Para. 79'daki karar.

299. Application no. 35763/97, Judgment of 21 November 2001, at 38-40, ayrıca, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=5&Action=Html&X=225181707¬ice=0&Noticemode=&RelatedMode=0> sitesinde mevcuttur.

nun Birleşik Krallık'ın Kuveyt otoritelerine devlet dokunulmazlığı sağlayarak Avrupa Sözleşmesi altındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasını kabul etmemiştir. Böylece, başvuruçunun Kuveyt otoriteleri tarafından işkence gördüğü iddiası ile bu otoritelerden tazminat alma talebi dikkate alınmamıştır. Mahkeme, “[...] işkence yasağının uluslararası hukukta kesin norm statüsüne ulaştığını” kabul etmiş olsa da, eldeki davanın, bir şahsın iddia ettiği işkence fiilleri için cezai sorumluluğundan çok, o devletin dokunulmazlığı ile ilgili olduğunu gözlemlemiştir. Böyle bir durumda, Mahkeme, “uluslararası hukuk adına, işkence fiilleri ile ilgili olarak, bir devletin başka bir devletin hukuk mahkemelerinde dokunulmazlıktan artık faydalanamayacağı sonucuna varmak için sağlam bir dayanak göremiyor olduğunu”³⁰⁰ belirtmiştir. Eğer Birleşik Krallık başvuruçuya işkencede bulunan sorumlulara kişisel dokunulmazlık sağlamış olsaydı, cezai ve hukuki sorumluluk arasındaki fark vurgulanarak,³⁰¹ Avrupa Mahkemesinin, Birleşik Krallık'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiği sonucuna varabileceği iddia edilebilirdi.

Jus cogens uluslararası suçlar için hiçbir örtülü affın tanınamayacağını varsayarsak, yukarıda tarif edilmiş hangi sorumluluk ölçüleri uygulanmalıdır? Bu ölçüler sorumluluğun amaçlarını karşılayabilecekler midir? Şu ana kadar bu soruları ve bu sorulardan türeyen birçok başka soruyu cevaplandırarak somut normlar bulunmamaktadır, uluslararası örf ve adet hukukunu açıklayacak yeterli uluslararası uygulamanın bulunmayışı gibi.

Barışa karşı adalet ikilemi hala tartışılmaktadır, tıpkı affın esasları gibi, ki bu esaslar, süre gelen bir çatışmanın sonra ermesini ve dolayısıyla birçok hayatın kurtulmasını hızlı ve kesin olarak sağlayabilecekken.

Irak çatışmasında ABD, Saddam Hüseyin'e, savaş başlamadan gücünü bırakması şartı ile af önermiştir.³⁰² Şurası kesindir ki, Saddam Hüseyin'in

300. Para. 61.

301. Bu farklılığın Mahkeme yönünden önemi için bkz. para. 65.

302. Örneğin Irak'a askeri hareket düzenlenmeden önce Saddam Hüseyin'in ülkeyi terk edip güvenli bir yere gitmesi ile ilgili söylentiler bulunmaktaydı. Hem Başkan George W. Bush hem de Savunma Bakanı Donald Rumsfeld, Saddam Hüseyin ve yönetiminin işlediği suçlar çok önemli olsa da, bu ihtimali memnuniyetle karşılamıştır. Bkz. Remarks of President in Address to the Nation, 17 Mart 2003; M. Cherif Bassiouni, Post-war Justice, Justifying War, Chi. Trib. Mar. 20, 2003, at sec. 2, p. 1. Ayrıca bkz. Bass, supra not 2. Burada yazar, birçok yaşamı da kurtaran, barış karşılığı belirli liderlere kişisel dokunulmazlık tanınmamasının zorluğunu tartışmaktadır.

gücünü bırakması, binlerce insanın hayatını kurtarabilir ve ülkenin yıkımını engelleyebilirdi. Kim diyebilir ki, sorumluluk prensibini desteklemek, savaşın neden olduğu ölümlere, yaralanmalara ve yıkıma değecektir? Belki de cevap, affın politik vaadini sorumluluğun kaçınılmazlığından ayırmakta yatmaktadır. Sonuçta, Slobodan Miloseviç olayında olan budur.³⁰³ Eğer bu sadece bir zaman meselesiyse, politik vaat desteklenebilir ve sonunda sorumluluğun kaçınılmazlığı bunu takip edebilir.³⁰⁴ Ama bu her zaman kesin değildir. General Raoul Cedras'a Haiti'de *de facto* af tanınmıştır ve kendisi şu an Panama'da yaşamaktadır.³⁰⁵ Idi Amin'e de Uganda'da af tanınmış olup kendisi neredeyse 40 yıldır Suudi Arabistan'da yaşamaktadır. Bunların dışında, Etiyopya'nın Mengitsu'su,³⁰⁶ Şili'nin Pinochet'si ve Çad'ın Habre'si gibi başka örnekler de bulunmaktadır.³⁰⁷ Şurası kesindir ki, bu isimlerin hepsi engellenmiş ve izlenmişlerdir ve bu da başlı başına dünyanın kınamasının bir ölçüsüdür.

Bölüm 9 SONUÇ

Uluslararası cezai adaletin felsefesi, ulusal cezai adalet sistemleri içindeki tarihsel değerlerin bir yansımasıdır. Oluşan şey şu anda karışık gibi gözükse de, aslında pratikte basittir. Bu karışıklığın sebebi farklı kültürlerde farklı zamanlarda oluşan farklı felsefi önermeleri yansımasıdır. Ancak felsefe aynı zamanda basittir çünkü dört esaslı amaç içermektedir. Bunlar:

- 1) caydırıcılık ile önleme yaratmak ve toplumsal değerleri güçlendirmek;
- 2) cezalandırma ve düzeltici adalet ile barışı güçlendirmek, böylece failleri sorumlu tutabilmek ve cezalandırabilmek, bu sayede de mağdurun intikam ihtiyacını azaltmak;

303. Bkz. Williams & Scharf, supra not 222; Michael P. Scharf: Balkan Justice: The Story Behind The First International War Crimes Trial Since Nuremberg (1997).

304. Bkz. Diane F. Orentlicher, Settling Accounts – The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, 100 Yale L.J. 2537 (1991); Naomi Roht-Arriaza, State Responsibility to Investigate and prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, 78 Calif. L. Rev. 451, 475 n.137 (1990).

305. Bkz. Scharf, Swapping Amnesty for Peace, supra not 211.

306. Bkz. Kidane, supra not 126.

307. Bkz. Bassiouni, supra not 1, bölüm 2, kısım 4.

- 3) mağdurlara, uğradıkları zarar ve kayıpları bir şekilde telafi edecek şekilde tazminat sağlamak;
- 4) tarihi kaydetmek ve toplum tarafından hatırlanmasını sağlamak.³⁰⁸

Uluslararası cezai adaletin bu dört amacı, ne kadar farklı olurlarsa olsunlar neredeyse bütün hukuk felsefelerinde bir şekilde bulunurlar. Bu amaçları gerçekleştirmek için uluslararası cezai adalet sistemi tarafsız ve adil olmalıdır. Tarafsızlık ve adillik kendi içlerinde üç adet felsefi öneriyi daha içermektedir; bunlar eşitlik, özgürlük ve bireysel itibardır ve bunlar tarih boyunca farklı boyutlarda da olsa neredeyse bütün hukuk sitemlerinde kendilerine yer bulmuşlardır. Ayrıca unutulmaması gerekir ki hukuki işlemlerin tarafsız ve adil olması için aynı zamanda etkili de olması gerekmektedir.

Uluslararası cezai adalet kavramının, adillığe ulaştığı sürece, adaletin ne olduğu ile ilgili metafiziksel sorularda ortak bir kanıya ulaşmasına gerek yoktur. Uluslararası cezai adaletin amaçları, adaletle ilgili birçok metafiziksel soruya cevap verebilecek kadar kapsamlı ve aynı zamanda bu soruların ortaya çıkaracağı çelişkili durumlardan kaçınacak kadar dardır. Örneğin uluslararası cezai adaletin, adaletin ilahi mi yoksa insan kaynaklı mı olduğu, bir otoritenin emri ile mi yoksa hayatın doğal akışının bir sonucu olarak mı doğduğu, ahlaki bir anlayışın mı yoksa toplumsal değerlerin mi bir ürünü olduğu, toplumsal ihtiyaçları mı bireysel ihtiyaçları mı karşıladığı, bireysel ve içsel bir mutluluk mu doğurduğu yoksa sosyo-politik amaçlar doğrultusunda bir tatmin mi sağladığı, bir çeşit hükümeti desteklemek için mi yoksa bir takım sosyo-politik ya da ekonomik ideolojileri tatmin etmek için mi oluşturulduğu ya da kesin sonuçlar mı oluşturduğu yoksa kesin sonuçlara mı itaat ettiği sorularını cevaplandırmasına gerek yoktur. Uluslararası cezai adalet kendisini bu sorulardan biriyle sınırlamak yerine bu soruları kapsayarak büyüyebilir. Kısacası, uluslararası cezai adalet pragmatik, insancıl,³⁰⁹ faydacı ve sürece yönelmiştir; ulus toplumlarında ve uluslararası toplumda hakkında fikir birliğine ulaşılmış amaçları gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

308. Mark J. Osiael, *Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre*, 144 U. Pa. 463 (1995); Martha Minow & Ruth G. Teitel, *Humanity's Law: Rule of Law for the New Global Politics*, 35 *Cornell Int'l L.J.* 356 (2002).

309. İnsancıl terimi insan haklarını, dolayısıyla da ulusal ve uluslararası mağdurlara merhamet gösterilmesini de içermektedir.

Uluslararası cezai adaletin karşılaştığı sorunlar genelde ulusal suçu ulusüstü hale getirebilen ve uluslararası suçların işlenmesini kolaylaştıran küreselleşmenin oluşturduğu sorunlardır.³¹⁰ Ancak kolayca tahmin edilebileceği gibi bu küreselleşme çağında bölüm 7.12’de belirtilen sebepler dolayısıyla, devletler suç ile başa çıkamayacağı için, önemli olan uluslararası insan hakları standartlarını koruyabilmek olacaktır. Daha şimdiden 11 Eylül’den beri ABD’de kişisel özgürlüklerin nasıl bir erozyona uğramış olduğuna tanıklık etmekteyiz. İdeolojik nedenlerle insan hakları hareketlerine karşı cephe oluşturmuş olanlar, insanların korkularını arttırmak için suçun ne kadar tehlikeli olduğu fikrine dayanacak ve böylece bizim kanununun normal işleyişi olarak görmeye başladığımız ciddi ihlalleri haklı gösterebilecektir. Deneyimler bize hakkın sınırlandırılmasının hiçbir zaman güvenliğe katkı sağlamadığını ama her zaman diktatörlüğü geliştirdiğini göstermiştir. Benjamin Franklin’in Özgürlük Anıtı’na yazılmış sözleri bugün her zamankinden daha anlamlıdır: “Güvenlik için özgürlüklerinden fedakarlık edenler, ne özgürlüğü ne de güvenliği hak eder.”

Uluslararası suçlar ve insan haklarının sistematik ve yaygın bir biçimde ihlaline karşı dokunulmazlık sağlanması insanlık dayanışmamıza ve kendilerine karşı adalet ve tazminat sorumluluğumuz olan mağdurlara karşı yapılan bir ihanettir. Sorumluluk ve tazminat, ihtilaf sonrası durumlarda adaletin sağlanması için de çok önemlidir, zira ihtilaf sonrası adil ve çalışan bir cezai adalet sistemi, kişisel dokunulmazlığı engelleyebilecek ve sürekli bir barışı sağlayabilecek tek yoldur.

İhlalleri hatırlamak ve failleri adaletin önüne çıkarmak bizim kendi insanlığımıza karşı bir görevimizdir ve ileride gerçekleşebilecek uluslararası insancıl ve insan hakları hukuku ihlallerini engelleyebilmemizin tek yoludur.³¹¹ George Santayana’dan alıntı yapmak gerekirse, “eğer

310. Örneğin Liberya ve Sierra Leone’daki içsavaşlar 600.000-800.000 arasında insanın ölmesine yol açmıştır ve bu savaşlar yasa dışı elmas ticareti ile finanse edilmiştir. İsyancılar bu elmasların çok büyük bir kısmını batılı şirketlere satmıştır. Bu kara para daha sonra batılı bankalarda aklanmış, bu parayla Ukrayna ve Rusya’da silahlar satın alınmış ve diğer Afrika ülkelerine yasa dışı yollarla sokularak, dünyanın, ilgisizlikle olmasa bile en azından hareketsizlikle tanık olduğu bu kargaşa devam ettirilmiştir.

311. George Orwell’in klasik söylevinde olduğu gibi “Geçmiş kontrol eden, geleceği kontrol eder. Bu günü kontrol eden, geçmişi kontrol eder.” Bu yüzden gerçeği kayıt altına almak, halkı eğitmek, anıları korumak ve sanıkları yargılamak, gelecekte suiistimallerin yaratılmasını engelleyebilecektir. Bkz. Cohen, supra not 122, 49.

geçmişten ders çıkaramaz ve kişisel dokunulmazlığı durduramazsak aynı hataları yeniden yapmaya ve sonuçlarına katlanmaya mahkum oluruz.” Bu amaca bağlanmamızın neden gerekli olduğu John Donne’un şu sözlerinde gizlidir:

Hiçbir insan tek başına bir ada değildir; herkes bir bütünün parçasıdır ... Her insanın ölümü benden bir şeyler eksiltir çünkü ben insanlığın bir parçasıyım; işte bu yüzden hiçbir zaman çanların kimin için çaldığını öğrenme, çünkü çanlar senin için çalıyor...³¹²

312. John Done, Devotions Upon Emergent Occasions XVII (Londra, 1626).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı

Dr. Şennur Ağırbaşı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 14. Maddesi **sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden** “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmadan*” yararlanmayı sağlar. 14. Maddenin en önemli özelliği bağımsız bir karaktere sahip olmayışıdır. Bunun anlamı, maddenin ihlaline ilişkin tespitin ancak sözleşmede veya sözleşmenin ilgili ek protokollerinde belirtilen başka bir maddi hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması ya da uygulama alanının açılmış olması durumunda mümkün olduğudur. Bu sebeptendir ki, bugüne kadar ne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ne de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK)¹ herhangi bir kararında sadece bu maddenin ihlal edildiğine dair tesbitte bulunmamış, bir başka hak ve özgürlük ihlalinine bağlı kalmıştır. Örneğin Mahkeme *Marckx ./. Belçika*² davasında sözleşmenin 8. Maddesi “*özel hayatın ve aile hayatının korunması*” ile, *Schuler, Zraggen ./. İsviçre*³ davasında sözleşmenin 6. Maddesi “*adil yargılanma hakkı*” ile, *Abdullahi, Cabales ve Balkandalı ./. İngiltere*⁴ davasında yine sözleşmenin 8. Maddesi ile, *Karlheinz Schmidt ./. Almanya*⁵ davasında sözleşmenin 4. Maddesinin 3. fıkrasının 3. bendi “*kölelik ve zorla çalıştırma yasağı*” ile bağlı olarak 14. Maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.⁶

1. Sözleşmenin eski 25. Maddesi gereğince şikayetlerin kabul edilebilirliğini kontrol eden sözkonusu Komisyon 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmenin 11 nolu Ek Protokolüyle feshedilmiştir. Protokolün yürürlük tarihinden bu yana yapılan şikayetler herhangi bir geçerlilik kontrolüne tabi olmadan doğrudan AİHM nezdinde incelemeye alınmaktadır.
2. AİHM'nin 21.10.1979 tarih ve 31 Sıra Nolu Kararı, İngilizce metni için bkz. Guide to Case Law, Wilhelm Braumüller, Wien 1981.
3. AİHM'nin 24.06.1993 tarih ve 263 Sıra Nolu Kararı, Almanca metin için bkz. EuGRZ 1996, S. 604.
4. AİHM'nin 28.05.1985 tarih ve 94 Sıra Nolu Kararı, Almanca metin için bkz. EuGRZ 1985, S. 567.
5. AİHM'nin 18.07.1994 tarih ve 291-B Sıra Nolu Kararı, Almanca metin için bkz. EuGRZ 1995, S.392.
6. Strasbourg-Mahkemesi'nin pratiğinde benzer örneklerin sayısı oldukça fazladır. Burada sadece konunun daha iyi kavranılmasına yardımcı olması açısından sembolik olarak örneklemede bulunulmuştur.

Sözleşme organlarının 14. Maddedeki Ayrımcılık Yasağı'nı sadece sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlı bir şekilde yorumlaması, sadece maddenin metninden kaynaklanmamaktadır. Sözleşmenin imzalandığı 1950'li yıllarda 14. Maddenin kapsamı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Maddeyi hazırlayanlardan bir grup, sözkonusu Ayrımcılık Yasağı'nın uygulama alanının sadece sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerle sınırlı kalması gerektiğini savunurken, diğer bir grup da bu maddenin genel olarak Ayrımcılık Yasağı'nı özellikle de Yasalar Önünde Eşitlik İlkesi'ni kapsaması gerektiği doğrultusunda görüş bildirmişlerdir. Ancak tartışma şüpheye olanak vermeyecek bir şekilde, maddenin uygulama alanının sadece sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerle sınırlı kalması gerektiği doğrultusunda sonlandırılmıştır. Bu görüşe gerekçe olarak da, Konseye üye olan ülkelerin iç hukuklarının farklı düzeylerde olduğu ve ortak insan hakları değerlerinin Yasalar Önünde Eşitlik İlkesi'ne zemin oluşturacak oranda gelişkin olmadığı tesbiti ileri sürülmüştür.⁷ Sözleşmenin imzalanıp yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, 14. Maddeye bağımsız bir karakter kazandırmak gerektiği düşüncesi Konseyin gündemine birkaç kez ciddi bir biçimde getirilmişse de, olumlu bir sonuç alınamamıştır. Bu süreç 4 Kasım 2000 tarihine kadar yani, Roma'da Avrupa Konseyi'ne üye 25 ülkenin Yasalar Önünde Eşitlik İlkesi'ni de kapsayan 12 nolu Protokol'ü⁸ imzalamalarına kadar süregelmiştir.

Sözkonusu 12 nolu Protokol 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar toplam 15 üye ülke tarafından iç hukuka uyarlanmıştır.⁹ Protokolün özünü teşkil eden 1. Madde'nin 1. Fıkrası **yasalarda öngörülen bütün haklardan** “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmadan*” yararlanmayı garanti altına almaktadır. 2. Fıkra ise herhangi bir kimseye 1. Fıkra'da belirtilen herhangi bir nedene dayalı olarak **resmi makamlar önünde** ayrımcılık yapılmasını yasaklamak-

-
7. Karl Josef Partsch, Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'deki Hak ve Özgürlükler), Berlin 1966, S. 90-95.
 8. Protokolün İngilizce metnini aşağıdaki internet adresinden edinmek mümkündür. <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/177.htm>
 9. Bu ülkeler: Arnavutluk, Ermenistan, Bosna Hersek, Eski Yugoslav Cumhuriyeti Makedonya, Finlandiya, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, San Marino, Sırbistan Karabağ, Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti.

tadır.¹⁰ Protokolün diğer 5 Maddesi ise yürürlük usulüne ve kapsama ilişkin detayları düzenlemektedir.¹¹ Görüldüğü üzere sözleşme, daha önce Ayrımcılık Yasağı'nın uygulama alanını sadece sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerle sınırlandırırken, Protokol bu yasağı sözleşme üyesi ülkelerin yasalarına ve hatta resmi makamlar önünde yapılacak işlemlere kadar genişletmiştir.

Protokolün yeni oluşu ve bunun sonucu olarak da İnsan Hakları Mahkemesi'nin Genel Eşitlik İlkesi'ne dair içtihatlarını henüz yaratmamış olması, Protokolün etki ve sonuçlarını bir bütün olarak bugünden tahmin etmemizi zorlaştırmaktadır. Ancak içerdiği ifadeler gözönüne alındığında üye ülkelere oldukça ciddi yükümlülükler getireceğini söylemek mümkündür. Zira Protokolün 1. Maddesi'nin 1. Fıkrasında yukarıda sözünü ettiğimiz Ayrımcılık Yasağı'nın uygulama alanının "*yasalarda öngörülen bütün haklar*" ve 2. Fıkrasında ise "*resmi makamlar önündeki*" işlemler olarak belirlenmiş olması, üye devletlerin mevcut bütün yasalarını gözden geçirmelerini gerektireceği gibi, kamu kurumlarının uygulamada kullandıkları insiyatifi de kısıtlayacaktır. Bu nedendir ki, gelişkin hukuk düzenleri olduğu varsayılan birçok Avrupa ülkesi örneğin, İsviçre, İngiltere, Fransa, İspanya, Danimarka ve İsveç protokolü imzalayan ülkeler arasında yer almamışlardır.¹² Almanya Protokolü imzalamış, ancak halâ iç hukukuna uygulamamıştır.¹³ Hatta İngiliz hükümeti Protokolü hiçbir zaman imzalamayacağını resmi olarak açıklamıştır.¹⁴ Buradaki kaygının en önemli nedeni, Protokolde öngörülen

10. Çeviri yazar tarafından yapıldığı için, burada 1. Maddenin İngilizce orjinal metnini vermek yararlı olacaktır.

Article 1 - General prohibition of discrimination

1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

11. Protokolün 2. Maddesi yer itibarıyla geçerliliği, 3. Maddesi sözleşme ile ilişkiyi, 4. Madde kabulü (imzalama) ve iç hukuka uyarılama prosedürünü, 5. Maddesi yürürlüğe giriş tarihini (en az on üye ülkenin protokolu iç hukuklarına uyarladığı tarih), 6. Maddesi kabul beyanlarının yapıldığı Konsey Genel Sekreterliği'nin görevlerini düzenlemektedir.

12. Protokolü imzalayan ülkeleri, imza tarihleriyle birlikte gösteren tabelayı aşağıdaki internet adresinden edinmek mümkündür: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/searchsig.asp?NT=177&CMI&DF>

13. Kaynak: Alman Kadın Hukukçular Derneği'nin 04.07.2001 tarihli bildirisi. Almanca metin için aşağıdaki internet adresine bakınız: <http://www.djb.de/content.php/pmsn-32.html>

14. Bkz. Bassam, H.L. Deb., Vol 617, col. WA 37 (11.10.2000).

“Yasalar Önünde Eşitlik” ilkesinin, genel ve yoruma açık olması, dolayısıyla bugünden öngörülmesi imkansız ağır hukuki sonuçları beraberinde getirebilme olasılığıdır.¹⁵ Protokolün üye ülkelere yasal ve yasal olmayan ayrımcılığın belirlenmesinde takdir yetkisi tanıyıp tanımadığı, Özel Hukuk'taki uygulama alanının ne oranda olacağı, örneğin devletlerin vatandaşların kendi aralarındaki özel hukukdan kaynaklanan nedenlerle ortaya çıkan ayrımcılıklardan sorumlu tutulup tutulmayacağı, üye ülkelerin yasalarında Ayrımcılık Yasağı'nı ihlal eden ibareler bulunduğu takdirde, yasa koyucunun, AİHM'nin sözleşmeyi ihlal kararı olmaksızın kendiliğinden harekete geçmesinin zorunlu olup olmadığı, gibi sorular yukarıda sözedilen ülkelerin endişelerinin en önemli çıkış noktalarıdır.

Protokolün üye devletlerin iç hukuklarına yapacağı etkinin kapsamının kesin olarak tespiti AİHM'nin Protokolü yorumlamaya başlaması ve bu konudaki örnek kararlarının çıkmasıyla mümkünse de, Mahkemenin Sözleşmenin 14. maddesine ilişkin önemli içtihatlarının, Uluslararası Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'ni (MSHS) yorumlayan İnsan Hakları Kurulu'nun (İHK) bu konuyla ilgili kararlarıyla karşılaştırılmasının da konuya ışık tutacağı şüphesizdir. Zira MSHS 2. maddesinde Ayrımcılık Yasağı'nı, 26. maddesinde de Genel Eşitlik (Yasalar Önünde Eşitlik) İlkesi'ni imzalandığı tarihten (1966) bu yana garanti altına almakta, yani bu haliyle hem AİHS'nin 14. maddesine hem de Protokol'ün 1. maddesine benzer hükümleri ihtiva etmektedir. Bu nedenle de Protokolün olası etkilerini araştırmada, karşılaştırmaya çok uygun bir sistemdir. Bu karşılaştırmaya en iyi örnek ise, her iki sözleşmenin yargı organlarının konusu olan ama birbirine zıt kararlarla sonuçlanan Çek Cumhuriyeti'nden gelen mal varlığının korunmasına ilişkin davalardır. Bütün bu davalara konu olan, komünist rejim altında *Benes Kararnamesi*¹⁶ olarak anılan kararnameler ile kamulaştırılmış olan mal varlıklarının geri verilmesini

15. Bkz. Ruth Metzler-Arnold, Wie weiter mit dem Menschenrechtsschutz in Europa? (Avrupa'daki İnsan Hakları Koruması nasıl devam edecek?), almanca metni için bkz. 30.11.2000 tarihli „Neue Züricher Zeitung“, No: 280, Sayfa 15. İnternet adresi: <http://nzz.eipd.admin.ch/Doks/Sonstige/nzz001130.htm>

16. Özellikle Alman ve Macar kökenlilerin mülklerinin tazminatsız olarak kamulaştırılması hakkındaki 21.06.1945 tarihli 12 nolu ve 20.07.1945 tarihli 28 nolu kararnameler ile 33/1945, 245/1948 ve 194/1949 numaralı yasalar. Bu konuda daha ayrıntı bilgi için bkz. Avrupa Parlamentosu'nun 21.03.2002 tarih PE 323.934 sayılı dökümanı, „Çek Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliğine alınmak için yaptığı başvuru ve müzakerelerin durumu – Benes kararnameleri hakkında bilirkişi raporu; hazırlayanlar Frowein/Bernitz/Kingsland.

öngören bir yasadır.¹⁷ Çek Hükümeti'nin bu yasayı uygularken yaptığı ayrımcılıklardan doğan itilafların konu edildiği sözkonusu şikâyetleri İHK haklı bulmuş, AİHM ise red etmiştir.

Burada konumuz açısından ilginç olan, MSHS'nin mülkiyet hakkını tanımamasına karşın, İHK'nun 26. maddedeki Yasalar Önünde Eşitlik İlkesi'ni, mülkiyet hakkını da kapsar şekilde yorumlamasıdır. İHK'na göre MSHS'nin 26. maddesi "mal varlığı" nedeniyle eşit olmayan her keyfi davranışı yasaklamakta ve böylece de el konulmuş mülkün alınması veya iade edilmesi sırasındaki *objektif bir nedene dayanmayan keyfi farklı davranış*, MSHS'nin 26. maddesindeki genel ayrımcılık yasağını ihlal etmektedir.¹⁸ AİHM ise, buradaki korunması istenen mülkiyet kavramının, Sözleşmenin 1 nolu Protokolü'nün 1. maddesi anlamında bir mülkiyet olmadığını, sadece Sözleşme yürürlüğe girmeden önce kamulaştırma yoluyla kaybedilmiş olan mülkiyet hakkının geri kazanılması umudu olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak şikâyetin konusu 1 nolu protokolle garanti altına alınan mülkiyet hakkının ya da sözleşmede öngörülen başka herhangi bir temel hak ve özgürlüğün kapsamına girmediğinden 14. maddenin ihlaline dair iddia da incelenememiştir.¹⁹

AİHM'nin bu kararının 12 nolu Protokolün yürürlükte olduğu durumda değişip değişmeyeceği sorusuna cevap vermek için tespit etmek gerekir ki, Mahkeme şikâyetleri esas olarak, dava konusunun Sözleşmenin garanti ettiği haklara ilişkin olmadığı (*ratione materiae*) ve sorunun kaynağı asıl işlemin Sözleşmenin yürürlüğe girmeden önceki bir tarihte (*ratione temporis*) yapıldığı gerekçelerine dayanarak red etmiştir. Protokolün Sözleşmenin yürürlük tarihine dair red sebebini ortadan kaldırmayacağı kesindir. Ancak Protokolle birlikte diğer haklara bağımlılığı kalmayan, maddi bir hakka dönüşen Genel Ayrımcılık Yasağı'nın mal varlıklarının geri verilmesine yönelik yasadan kaynaklanan keyfi farklı

17. 15.04.1992 tarihinde yürürlüğe giren 243/1992 sayılı yasa.

18. Bkz. İHK'nun 31.07.1995 tarihli Simunek u. a. ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 64/1992, Derkenar 11.5; İHK'nun 02.11.2001 tarihli Des Fours Walderode ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 747/1997, Derkenar 10.2; İHK'nun 25.07.1996 tarihli Adam ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 586/1994, Derkenar 12.6; İHK'nun 09.08.2001 tarihli Blazek ve diğerleri ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 857/1999, Derkenar 5.8.

19. AİHM'nin 10.07.2002 tarihli Gratzinger und Gratzingerova ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 39794/98, Derkenar No. 69; AİHM'nin 04.03.2003 tarihli Des Fours Walderode ./ Çek Cumhuriyeti vakasındaki kararı, Şikâyet No. 40057/98, Derkenar No. 19.

davranışları kapsamaması gerekmektedir. Ayrıca mal varlığına ilişkin bu örneği ülkelerin ulusal hukuk sorunu olarak algılanan Vergi Hukuku, Kamu Güvenliği ve İltica'ya yönelik düzenlemelere ve uygulamalara kadar genişletmek de mümkündür.²⁰

Vurgulanması gereken bir başka nokta ise, protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte AİHM'ne gelen şikayetlerin sayısının farkedilir bir biçimde artacağına ilişkin endişedir. Niceliksel artışa ilişkin bu endişenin yerinde olup olmadığını İHK'nun MSHS'nin 2. ve 26. maddesine ilişkin iş yükünü araştırarak tespit etmek mümkünse de,²¹ kesin olan şudur ki: AİHM bundan sonra geçmişte sözleşmedeki bir maddi hakkın uygulama alanının açılmadığı ve bu nedenle 14. maddenin uygulanabilirliğinin incelenemediği vakalar ile, maddi bir hakkın ihlalinin tespit edilmesinden sonra 14. maddenin ihlaline ilişkin iddianın ayrıca incelenmesine gerek görülmediği durumlarda, artık 12 nolu Protokolün ihlali ile ilgili iddiaları incelemek zorunda kalacaktır. Bu da Mahkemenin iş yükünün nitel olarak mutlaka artacağını göstermektedir. AİHM de bunu görmüş olacak ki, 06.12.1999 tarihli 12 nolu Protokole ilişkin mütalaasında, Protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte Konsey'e üye ülkelerin düzenli olarak vermekle yükümlü oldukları ödeneklerin artırılması gerektiğini vurgulamaktadır.²²

Türkiye açısından bakıldığında ise, yasama organlarının tümünün acilen sıkı bir çalışma temposuna girmesi gerektiği ortadadır. Herne kadar son yıllarda başta Anayasa olmak üzere birçok yasada reformlar yapılmışsa da, bu değişiklikler iç hukukun protokole uygun hale getirilmesi anlamında "devede kulak" misalidir. Protokolün hak kullanıcısı açısından en ilginç özelliği, biraz önce de belirttiğim, 1. Maddenin 2. Fıkrası'ndaki kamu kurumları nezdinde yapılan işlemlerde eşitliğin öngörülmüş olmasıdır. Kamu kurumlarının karar ve yorum yetkisini kısıtlayan bu maddeye göre, örneğin, Türkiye'den bugüne kadar birçok sayıda

20. Bu konularla ilgili ayrıntılı araştırma için bkz. Şennur Ağırbaşlı, Vom akzessorischen Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Gleichheitsgebot (Başka Hak İhlaline Bağlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesi'ne), Peter Lang-Europäische Hochschulschriften, Frankfurt a.M. 2008, S. 123-158 ve 209-226.

21. Bu konuyla ilgili araştırma sonuçları için bkz. Şennur Ağırbaşlı, a.g.e., S. 181-186.

22. AİHM'nin 8608 sayılı 06.12.1999 tarihli 12 nolu Protokole ilişkin mütalaası. İngilizce metni aşağıdaki internet sayfasından edinmek mümkündür: <http://www.parlament.gv.at/pd/pm/XXI/A/teite/003/A00336.htm>

AİHM nezdinde yapılmış olan Kürt olmak nedeniyle, örneğin ihaleye alınmadığı, herhangi toplantı veya gösteride diğer katılımcılardan farklı olarak kötü muamele görüldüğüne ilişkin şikayetler en azından incelemeye tabi tutulmak durumundadır.

Sonuç olarak özetlersek, sözleşmenin yaratıcıları daha doğrusu sözleşmeyi imzalayan ülkeler, özellikle 2. Dünya Savaşı'nın yaratmış olduğu tahribatın etkisiyle, ortalama bir Avrupa toplumsal düzenine ulaşmayı ve bunu sürekli geliştirmeyi amaçlamışlar, ancak kendilerini genel bir eşitlik şartına bağlamak istememişlerdir. Gelineen noktada gerek taraf devletlerin hukuk düzenlerindeki gelişme, gerekse yurttaşların temel haklarla ilgili taleplerindeki artış, sözleşmenin uygulama alanını zamanla genişletmiş ve sözleşme büyük bir olasılıkla yaratıcılarının bile tahmin etmediği bir gelişme göstermiştir. Bu süreç aslında 11 nolu Protokol'de öngörülen bireysel başvuru hakkının kabulü ve AİHM'nin yargı yetkisinin üyelikle birlikte otomatik olarak tanınmasıyla²³ başlamış ve 12 nolu protokolün imzalanmasıyla devam etmiştir. Ve belki de "AİHS metninde devletlerarası organizasyonların üyeliğini olanaklı kılmaya yönelik bir değişiklik sonrası Avrupa Birliği'nin üyeliğinin kabulü"²⁴ ile şu anda bilinmeyen bir yöne doğru ilerleyecektir. Yıllardan bu yana sürdürülmekte olan tartışmaların sonucu olarak yürürlüğe giren 12 nolu Protokol bu gelişmenin bir sonucudur. Bu nedenle protokolün varlığı, burada da kısmen prognoze edildiği gibi, AİHM'nin içtihatlarının buna uygun olarak değişmesine neden olacaktır. Bu açıdan, yukarıda sözünü ettiğimiz İngiltere, Fransa ve İsviçre gibi bazı üye ülkelerin 12 nolu Protokolün etkisi konusundaki endişeleri nedensiz değildir. Zira bir ülkede eşitlik anlayışı ve bunun yasalarda korunması ne kadar gelişmiş ise protokolün uygulama alanı da o kadar geniş ve uygulanması da o kadar sıklıkla olacaktır. Ancak Avrupalılar el birliğiyle insan haklarının

23. 11 nolu Protokol ile Sözleşmenin eski 46. maddesinde öngörülen AİHM'nin yargı yetkisinin tanınmasına ilişkin hükümler ortadan kaldırılmış ve mahkemenin yargı yetkisinin herhangi bir tanıma prosedürüne gerek kalmaksızın Konseye üyelikle birlikte kendiliğinden kabul edildiğine ilişkin hüküm getirilmiştir.

24. Bkz. Georg Ress, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, seine Reform und die Rolle der nationalen Gerichte* (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Reformları ve Ulusal Mahkemelerin Rolü, kaynak: W. Karl (Yayımlayan), *Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung* (Uluslararası Mahkemeler ve Ulusal Hukuk Düzeni), Salzburg Avusturya İnsan Hakları Enstitüsü'nde 28 ve 29 Kasım 2003 tarihlerinde Prof. Franz Matscher onuruna düzenlenen uluslararası sempozyum belgeleri, S. 39-76 (75).

korunması ve geliştirilmesi doğrultusunda önlerine yüksek hedefler koymuşlardır.²⁵ Eğer Protokol'e karşı çıkan sözkonusu üye devletler bu hedeflere ulaşmanın yolunu tıkamak istemiyorlarsa, korkularını yenerek Protokol'ü imzamal ve sürece destek vermelidirler.

25. Bkz. Wildhaber, Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht de Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bakışıyla Avrupa Temel Hakların Koruması), EuGRZ 2005, S. 689 (692).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. Maddesinde Öngörülen Kabul Edilebilirlik Koşulları

Uğur Erdal/Özgür Heval Çınar*

GİRİŞ¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2007 raporuna göre, Türkiye aleyhine 1 Kasım 1998-31 Aralık 2007 tarihleri arasında toplam 21.240 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 12.136'sı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 35. maddesinde öngörülen kabul edilebilirlik koşulları yerine getirilmediği için reddedilmiş ya da başka nedenlerle kayıttan silinmiştir.² Bu rakam toplam başvuruların yaklaşık %60'ı gibi yüksek bir oranı teşkil etmektedir. Oranın bu kadar yüksek olmasının başlıca nedeni olarak AİHS'nin 35. maddesinde belirtilen kabul edilebilirlik koşulları (altı aylık süre kuralına uygunluk, ulusal hukuk yollarının tüketilmesi, başvurunun dayanağı haiz olması, başvurunun AİHS hükümleri içinde kalması, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması, isimsiz başvurunun yapılmaması ve esas olarak aynı olan başvuruların yapılmaması) hakkında güncel kaynakların az sayıda olması gösterilebilir.

* Uğur Erdal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde 2000 yılından beri hukukçu olarak çalışmaktadır. Özgür Heval Çınar, Essex Üniversitesi Hukuk Fakültesinde asistanlık ve doktora yapmaktadır. Bu makaledeki görüşler yazarların şahsi görüşleri olup, çalıştıkları kurumları temsil etmemektedir. Bu makalenin temeli Güncel Hukuk Dergisinin Haziran, Temmuz, Ağustos ve Kasım 2008 sayılarında yayınlanan makalelerden oluşmaktadır. Temmuz 2008 sayısında yayınlanan makalenin hazırlanmasında yukarıda adları geçen iki yazar dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukukçularından Levent Akçaoğlu da yer almıştır. Ayrıca AİHM hukukçularından Mehveş Bingöllü'ye de çok değerli görüş ve değerlendirmelerde bulunduğu için teşekkür ederiz.

1. Aşağıdaki dipnotlarda geçen kısaltmaların açıklamaları şöyledir:

“BD”: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi. Atıfta bulunulan kararın AİHM'nin 5 dairesinden biri tarafından değil, Büyük Daire tarafından alınmış olduğunu gösterir.

“dec.”: İngilizce ve Fransızca “*decision*” kelimesinin kısaltılmışı olup, atıfta bulunulan kararın “esasa ilişkin karar” değil, “kabul edilebilirliğe ilişkin karar” olduğu anlamına gelmektedir.

“y.b.k.”: Yukarıda bahsedilen karar; başvuru numarası ve karar tarihinin aynı karara yapılmış olan ilk atıfta verilmiş olduğu anlamına gelmektedir.

“prg.”: Paragraf

2. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D0122525-0D26-4E21-B9D4-43AEA0E7A1F5/0/SurveyofActivities2007.pdf> (Son ulaşım 30 Eylül 2008).

Bu makale AİHS'nde halihazırda öngörülen kabul edilebilirlik koşulları ve AİHM'nin en son içtihadı göz önüne alınarak kaleme alınmıştır. Bunun yanısıra, 14 no'lu Protokolün Rusya tarafından kabul edilmesi durumunda – her ne kadar zayıf bir ihtimal de olsa – yürürlüğe girecek olan yeni kabul edilebilirlik koşuluna da kısaca yer verilmiştir.

1. ALTI AY KURALI

1.1. Genel Kural

AİHS'nin 35. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak ulusal hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir.”

Bahsedilen altı aylık süre nihai nitelikte bir süre olup, AİHM'ne yapılan başvurularda kabul edilemezlik nedenleri içerisinde ilk sıralarda yer almaktadır.

AİHM'ne göre altı aylık sürenin amacı “...Sözleşmeye konu olabilecek davaların makul bir süre içerisinde incelenmesini ve geçmişteki kararlara itiraz yolunun sürekli açık olmamasını sağlamak ve hukuk güvenliğini korumaktır. Bu kural ayrıca başvurana başvuru yapma konusunda düşünmek için süre vermekte ve başvuru yapmaya karar verirse, ileri süreceği şikâyet ve iddialarını kararlaştırma olanağı tanımaktadır.”³

AİHM başka bir kararında da bu süre kuralına ilişkin olarak “davanın temelini teşkil eden olayların açığa çıkarılmasını kolaylaştırmak amacıyla konmuştur; aksi takdirde, zaman geçtikçe bunu yapmak zorlaşır ve Sözleşme bakımından sorun oluşturan konunun adil bir şekilde incelenmesi karmaşık hale gelir”⁴ demiştir.

Altı ay kuralında sürenin başlangıcı prensip olarak ulusal hukukta verilen son kararın öğrenildiği tarihtir ve bu tarihten itibaren altı ay içinde AİHM'ne başvurunun yapılması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile sü-

3. *Finucane/Birleşik Krallık*, no. 29178/95, 2 Temmuz 2002. Ayrıca bkz. *Worm/Avusturya*, no. 22714/93, 29 Ağustos 1997, prg. 32-33.

4. *Walker/Birleşik Krallık*, no. 349979/97, 25 Ocak 2000.

re, kararın tefhim veya tebliğ edildiği, tefhim veya tebliğin olmadığı durumlarda ise kararın kesinleştiği veya imzalandığı andan itibaren başlamaktadır.⁵

AIHM, başvuru tarihi olarak başvuru dilekçesinin üzerindeki tarihi esas almaktadır. Ancak başvuru dilekçesinde tarih yoksa ya da dilekçe-deki tarihle zarftaki mührün üzerindeki tarih arasındaki fark bir günden fazla ise zarfın üzerindeki tarih esas alınır.⁶ Bu tarihin de okunmaması durumunda esas olan başvurunun AIHM'ne ulaştığı tarihtir.

Altı aylık sürenin içerisine hafta sonları ve ulusal tatil günleri de dahildir. Sürenin kaçırılma riski varsa altı ay kuralına uymak koşuluyla, başvuru dilekçesi doldurulmadan da, bir süre tutum dilekçesi göndermek suretiyle başvuru yapılabilir. Süre tutum dilekçesinin AIHM'ne faksla gönderilmesi durumunda, mektubun aslının da en geç beş gün içerisinde normal posta ile gönderilmesi gerekmektedir.⁷ Süre tutum dilekçesi kendisine ulaştığında AIHM başvuru dilekçesinin ve eklerinin hangi tarihe kadar gönderilmesi gerektiğini başvurana bildirecektir. Doğaldır ki, başvurunun başvuru dilekçesi hazırlanarak ve yukarıda bahsedilen altı aylık süre içerisinde yapılması, başvurunun AIHM tarafından daha kısa sürede incelenmesine olanak tanıyacaktır.

Ayrıca şu hususun altını dikkatle çizmek gerekir ki, “altı ay kuralı özerktir ve bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak için her bir davanın koşullarına uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.”⁸ Nitekim, birden çok ihlalin söz konusu olması halinde altı aylık süre koşulu her bir ihlal açısından ayrı ayrı başlamaktadır.

Genel kural bu olmakla birlikte, altı aylık sürenin başlangıcı ulusal hukukta tüketilecek olan yolların niteliklerine göre farklılıklar göstermektedir.

5. Bkz. *Loveridge/Birleşik Krallık* (dec.), no. 39641/98, 23 Ekim 2001; *Worm/Avusturya*, y.b.k, prg. 32-33; *Papachelas/Yunanistan* (BD), no. 31423/96, 25 Mart 1999, prg. 30.

6. *Arslan/Türkiye* (dec.), no. 36747/02, 21 Kasım 2002.

7. Bireysel başvuruların yapılmasına ilişkin uygulama talimatnamesinin 5. maddesi.

8. *Fernandez-Molina ve diğerleri/İspanya*, no. 64359/01, 8 Ekim 2002.

1.2. Özel Durumlar

1.2.1. Tüketilecek Ulusal Hukuk Yolları Varsa

Altı aylık süre kararın tefhim edildiği günün ertesi gününden itibaren başlamaktadır. Ulusal hukuk kararın tebliğ edilmesini gerektiriyorsa, süre “gerekçeli” nihai kararın tebliğ tarihinin ertesi günü başlar. Bunun temel nedeni başvurana ulusal mahkemenin vermiş olduğu kararın gerekçesini inceleyebilmesi ve başvurusunu daha iyi hazırlayabilmesi için imkan sağlamaktır. Ulusal hukukta tefhim ve tebliğ olanağının olmaması durumunda ise altı aylık süre davanın taraflarının ya da temsilcilerinin kararın içeriğini öğrenme olanağına sahip oldukları tarihten itibaren başlamaktadır.⁹

Türkiye’de ceza davalarında tüketilecek son ulusal hukuk yolu Yargıtay Ceza Dairesi’nin (YCD) temyiz incelemesidir. Ceza yargısında “karar düzeltme” ve “yargılamanın iadesi” AİHM tarafından olağanüstü yargı yolları olarak kabul edildiğinden, bu yolların tüketilmesi gerekmemektedir.¹⁰ Bu yolların tüketilmesi ve talebin reddedilmesi durumunda ise altı aylık süre büyük ihtimalle kaçırılmış olacaktır. Çünkü, AİHM nihai ulusal karar olarak talebin reddedilme tarihini değil, YCD kararını alacaktır.

Ceza yargısında olduğu gibi, hukuk ve idari yargıda da, olağanüstü kanun yollarını tüketmek kural olarak gerekmez. Hukuk ve idari yargıda, AİHM’ne karar düzeltme ve yargılamanın iadesi yoluna gitmeden de başvuru yapılabilir. Fakat ceza yargısının tersine, hukuk ve idari yargıda olağanüstü kanun yoluna gidilmiş ise altı aylık süre kesilir ve bu konuda verilen kararın tebliğinden itibaren yeni bir altı aylık süre başlar.

YCD kararları sanığa tebliğ edilmediğinden, AİHM, YCD kararının ilk derece mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne dönüş tarihini esas almaktadır. Çünkü, o tarihten sonra başvuran ya da avukatı gerekçeli karara ulaşabilir.¹¹ Bunun istisnalarından bir tanesi YCD kararını açıkladığında başvuranın cezaevinde olması ve kendisini temsil eden avukatının ol-

9. *Papachelas/Yunanistan* (BD),y.b.k., prg. 30.

10. *Ayşe Nur Zarakolu/Türkiye*, no. 24761/94, 11 Ekim 1994.

11. *Seher Karataş/Türkiye*, no. 33179/96, 09 Temmuz 2002; ayrıca bkz. *Mehmet Saydam/ Türkiye* (dec.), no. 50148/99, 29 Kasım 2005.

mamasıdır. Bu durumda altı aylık süre müddetnemenin başvurana tebliğ edildiği tarihte başlar.¹² Bir diğer istisna da YCD kararı ile onanan ilk derece mahkemesi kararında hükmedilmiş olunan para cezasının ödeme emrinin başvurana tebliğ edildiği tarihtir.¹³

1.2.2. Tüketilecek Ulusal Hukuk Yolu Yoksa

Bu durum genelde ihlale yol açan olayın ulusal hukuka uygun fakat AİHS ile bağdaşmadığı durumlarda ortaya çıkar. Bu durumda altı aylık süre olay tarihinde, olay devam etmekte olan bir olaya da, sona erdiği tarihte başlar. Örneğin, tutukluluk süresinin AİHS'nin 5. maddesi ile bağdaşmayacak şekilde uzun sürdüğü ve yargılamayı hızlandıracak ya da sanığın tahliye edilmesini sağlayacak etkin bir hukuk yolunun da bulunmadığı durumlarda, tutukluluğun sona ermesini beklemeden AİHM'ne başvuru yapılabilir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, bu tür bir şikâyeti konu alan bir başvurunun, sanığın tutukluluk süresinin sona ermesinden sonra en geç altı ay içinde yapılması gerekmektedir. Altı aylık süre sanığın tahliye edildiği tarihte; tahliye söz konusu değilse, ilk derece mahkemesinin karar verdiği tarihte başlar (Yargıtay incelemesinin sonucunun beklenmesi durumunda altı aylık süre kaçınılabilecektir.).

Kamulaştırma bedel artırım davaları sonrasında Borçlar Kanunu'nun 105. maddesine dayanılarak açılan munzam zarar davaları gösterilebilir. Bu etkisiz kabul edilen yola başvurmak altı ayı kesmez ve dolayısıyla altı aylık süre, borçlu idarenin parayı ödemediği tarihten itibaren başlar.¹⁴

1.2.3. Ulusal Hukuk Yollarının Tüketilmesi Sırasında Ulusal Makamların Hareketsiz Kaldığı Durumlar

Bu durum Türkiye aleyhine olan davalarda genellikle faili meçhul cinayet, gözaltında ölüm, gözaltında kayıp ve kötü muamele şikâyetlerini konu alan başvurularda ortaya çıkmıştır. Savcı (yargılama başlatılmış ise ceza mahkemesi) soruşturmayı ya da yargılamayı uzun süre savsaklamış

12. *Karabulut/Türkiye*, no. 56015/00, 24 Ocak 2008.

13. *Seber Karataş/Türkiye*, y.b.k. YCD'nin kararından onanan hapis cezasının infazı için yakalanılıp cezaevine gönderilme tarihinde haberdar olduğu iddiaları henüz AİHM tarafından karara bağlanmamıştır.

14. *Akkuş/Türkiye*, no. 19263/92, 9 Temmuz 1997; *Aka/Türkiye*, no. 1939/92, 23 Eylül 1998.

ve bir sonuç alınamamış ise soruşturmanın bitmesini beklemeden AİHM'ne başvuru yapılabilir.¹⁵ Eski TCK'nin 102. maddesine göre ölüm olaylarının dosyası fail bulunmadıkça 20 yıl açık kalıyordu. Diğer bir ifade ile bu 20 yıl süresince nihai bir karar verilmemekteydi. AİHM, bu kadar uzun süre boyunca soruşturmanın bitmesini beklemenin gereksiz olduğuna karar vermiştir.¹⁶ AİHM, soruşturmanın uzun sürdüğü durumlarda başvuranlardan, ulusal hukuk yollarının etkisiz olduğunun farkına "makul bir süre içinde" varmalarını ve başvurularını da bundan sonraki altı ay içinde yapmalarını beklemektedir. Burada bahsedilen "makul süre" tanımlanmamış olduğundan, bu konuda AİHM'nin emsal kararlarına başvurmak uygun olacaktır. Örneğin, *Bulut ve Yavuz/Türkiye* davasında AİHM, yakınlarının öldürülmesine ilişkin yapılan soruşturmada sonuç alınamayacağını ölüm olayının üzerinden altı yıldan fazla bir süre geçtikten sonra fark eden başvuranların gerekli özeni göstermedikleri sonucuna varmış ve başvuruyu altı ay kuralına riayet edilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

Eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Laçın/Türkiye* kararında şunları belirtmiştir:

"Başvuranın ilk olarak ulusal hukuk yollarını kullandığı ve ancak daha sonraki bir aşamada söz konusu hukuki tazmin yolunu etkisiz yapan koşulların farkına vardığı ya da varması gerektiği istisnai davalarda özel mülahazalar uygulanabilir. Böyle bir durumda, altı aylık hak düşürücü sürenin başvuranın bu koşulların farkına vardığı ya da varması gerektiği andan itibaren hesaplanması gerekmektedir."¹⁷

1.2.4. Devam Eden İhlaller/Durumlar

İhlale yol açtığı düşünülen durum devam etmekte olan bir durumsa, altı aylık süre bu durumun sona erdiği andan itibaren başlar. İhlale neden olan olayın sona ermemesi durumunda, altı aylık sürenin başlaması da mümkün değildir. Örneğin, tutukluluğun ya da yargılamanın uzun

15. 3. maddeye ilişkin bkz. *Batı ve diğerleri/Türkiye*, nos. 33097/96 ve 57834/00, 3 Haziran 2004, prg. 148 (Manisa gençleri davası); 2. maddeye ilişkin bkz. *Bulut ve Yavuz/Türkiye* (dec.) no. 73065/01, 28 Mayıs 2002.

16. *Bulut ve Yavuz/Türkiye* (dec.), y.b.k.

17. *Laçın/Türkiye*, no. 23654/94, 15 Mayıs 1995 tarihli Komisyon kararı. Ayrıca bkz. *Çelik/Türkiye*, no. 23655/94, 15 Mayıs 1995 tarihli Komisyon kararı.

sürdüğüne ilişkin şikâyetlerde altı aylık süre tutukluluk ya da yargılama biter bitmez başlar. Fakat şunu da bilmek gerekir ki, bu tür durumlarda AİHM'ne başvurabilmek için yargılamanın ya da tutukluluğun bitmesini beklemeye gerek de yoktur; AİHS'nin 5. ve 6. maddesinde bahsedilen makul sürenin aşıldığı düşünülüyorsa başvuru yapılabilir.¹⁸

Bir diğer örnek olarak da idarenin aleyhine verilmiş mahkeme kararlarını yerine getirmeyi reddettiği durumlar gösterilebilir. AİHM, *Hornsby/Yunanistan*¹⁹ kararında, yargı kararının yerine getirilmesinin hukukun üstünlüğü ilkesi gereği olduğunu açıkça dile getirmiştir. Buna uyulmadığı takdirde AİHS'nin 6. maddesinin sağladığı güvenceler kağıt üzerinde kalacaktır. Dolayısıyla yargı kararı uygulanmadığı sürece altı aylık başvuru süresi işlemeye başlamaz. Yukarıda belirtildiği gibi ihlalin sürekli olması halinde ihlalin bitimine kadar başvurunun yapılamayacağı da anlaşılmalıdır. Başvuru, ihlale yol açan sorunun ortadan kalkmasını beklemeden de yapılabilir.

2. ULUSAL HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ KURALI

AİHS'nin 35/1. maddesinde şöyle denilmektedir:

“Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak ulusal hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ... Mahkeme'ye başvurulabilir.”

Bu kuralın temel gerekçesini *Akdıvar ve diğerleri/Türkiye* davasında şöyle açıklanmıştır:

“AİHM ulusal hukuk yollarını tüketme kuralının... Devlet aleyhine bir uluslararası yargı veya tahkim organı önünde dava açmak isteyenlerin, önce ulusal hukuk sisteminin sağladığı hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü altında olduklarını hatırlatır. Sonuç olarak, devletler kendi eylemleri nedeniyle kendi hukuk sistemleri vasıtasıyla durumu düzeltme olanağına sahip olmadan uluslararası bir organ önünde hesap vermekten muafırlar. Bu kural, yakın ilişkili olduğu, Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan varsayıma dayanır; buna göre Sözleşme hükümlerinin ulusal hukukta aktarılmış olup olmadığına bakılmaksızın, ihlal iddialarına karşı

18. *Assanidze/Gürcistan*, no. 71503/01, 8 Nisan 2004.

19. *Hornsby/Yunanistan*, no. 18357/91, 19 Mart 1997.

ulusal sistemde etkili bir hukuk yolunun bulunması gerekir. Bu ilkenin önemli bir yönü de, Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının insan haklarını korumada ulusal sisteme göre ikincil nitelikte olmasıdır...”²⁰

Ulusal hukuk yollarının tüketilmesinde genel kural haksızlığın düzeltilmesi için ulusal hukuk sisteminde mevcut, etkili ve doğrudan ulaşılabılır hukuk yollarına başvuru yapılması ve bu başvuruların yargı sistemi içerisindeki en yüksek makama kadar götürülmesidir.²¹

Başvuranın önünde birden fazla ulusal hukuk yolu var ve bu yolların etkinlik ve konuya uygunlukları arasında çok bariz farklar yoksa başvuranın bu yollardan makul olduğunu düşündüğü birini tüketmesi yeterli olacaktır.²² Bu yapıldıktan sonra, başvuranın derdine daha fazla çare sağlayamayacak ve henüz tüketilmemiş olan hukuk yollarının varlığı halinde başvurandan bu yolları tüketmesi beklenmeyecek²³ ve AİHM ulusal hukuk yollarının tüketilmesi kuralını başvuranın lehine yorumlayacaktır.²⁴

Bu noktada şunu da önemle belirtmek gerekiyor ki, ulusal hukuk yolları tüketilirken dile getirilmeyen şikâyetler AİHM'ne yapılan başvuruda ileri sürülemez.²⁵ AİHM, başvurunun kabul edilebilmesi için söz konusu şikâyetin en azından özünün ulusal mahkemelerde ileri sürülmüş olmasını şart koşmaktadır.²⁶ Sözleşme ile korunan hakkın özünün ulusal hukukta öne sürülmüş olması yeterli olup, AİHS'nin ilgili madde-sine ayrıca atıfta bulunulması zorunlu değildir.²⁷

Ulusal hukuk yollarının tüketildiğini kanıtlamak başvurana düşmektedir. Aksi takdirde başvuru AİHM'nin üç yargıcından oluşan bir Komite tarafından reddedilecektir. Komitelerin verdiği kararlar kesindir. Bu durumda ilgili başvuru davalı Devlete de bildirilmeyecektir. Ulusal hukuk yolları tüketilmiş ya da tüketilmesine gerek olmadığı konusunda AİHM ikna edilmiş ve diğer kabul edilebilirlik koşulları da yerine getirilmiş ise başvuru-

20. *Akdvar ve diğerleri/Türkiye*, no. 21893/93, 16 Eylül 1996, prg. 65.

21. *Akdvar ve diğerleri/Türkiye*, y.b.k., prg. 66.

22. *Hilal/Birleşik Krallık* (dec.), no. 45276/99, 8 Şubat 2000.

23. *Ivan Vasilev/Bulgaristan*, no. 48130/99, 12 Nisan 2007, prg.

24. *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, no. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, prg. 110.

25. *Cardot/Fransa*, no. 11069/84, 19 Mart 1991, prg. 34.

26. *Cardot/Fransa*, y.b.k., prg. 34.

27. *Hudson/Makedonya* (dec.), no. 67128/01, 24 Mart 2005.

ru Sözleşmeci Devlete bildirilecek ve savunma istenecektir. Bu noktadan sonra, hala tüketilmeyen ulusal hukuk yolları varsa, bu yolların da tüketilmesi gerektiğini kanıtlamak görevi davalı Devlete düşmektedir. Sözleşmeci Devlet ulusal hukuk yollarının tüketilmediğini iddia etmiyorsa AİHM bu konu üzerinde durmayacaktır. Sözleşmeci Devlet kabul edilebilirlikle ilgili görüşlerini sunarken kabul edilebilirliğe ilişkin itirazda bulunmazsa davanın ilerleyen safhasında bu konuda itirazda bulunamaz.²⁸

Genel kural bu olmakla birlikte öncelikle AİHM'nin “mevcut” ve “etkili” hukuk yolundan ne kastettiğinin iyi anlaşılması, daha sonra bu genel kuralın özel koşulların var olması durumunda nasıl işletildiğinin incelenmesi gerekmektedir.

2.1. Sadece “Mevcut” ve “Etkili” Yollar Tüketilmelidir

Bu husus *Akdvar ve diğerleri* kararında şöyle belirtilmektedir:

“... iddia edilen ihlaller bakımından tazmin sağlamak için mevcut ve yeterli hukuk yollarına başvuran tarafından normal başvuru yapılmış olmalıdır...”²⁹

Bir hukuki yolun teoride olduğu kadar uygulamada da³⁰ başvurunun yapıldığı anda mevcut olması ve doğrudan ulaşılabilir olması gerekmektedir. Başvuru yapıldıktan sonra Sözleşmeci Devlet tarafından başvuru konusu ile ilgili yeni bir hukuk yolu ihdas edilmişse, bu yeni durum başvuruyu etkilemeyecektir. Bir diğer deyişle, AİHM başvuranın yeni ihdas edilen yola başvurmasını beklemeyecektir.³¹ Bu genel kuralın Türkiye açısından önemli bir istinası, 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesiyle söz konusu olmuştur. 1994 yılında terörle mücadele kapsamında evini ve köyünü terk etmek zorunda kalan başvuranın 2002 yılında AİHM'ne yapmış olduğu başvuru, başvurunun yapılmasından iki yıl sonra yürürlüğe giren bu Kanun uyarınca tazminat talebinde bulunulmadığı için, ulusal hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle 2006 yılında reddedilmiştir.³²

28. *Savitchi/Moldavya*, no. 11039/02, 11Ekim 2005, prg. 28

29. *Akdvar ve diğerleri/Türkiye*, y.b.k., prg. 66.

30. *Akdvar ve diğerleri/Türkiye*, y.b.k., prg. 66.

31. *Charzynski/Polanya*, no. 15212/03, 1 Mart 2005.

32. *Aydın İçyer/Türkiye*, no. 18888/02, 12 Ocak 2006.

Etkili ulusal hukuk yolundan ise mutlaka başarıya ulaştırılan bir yol değil, şikâyetin esasını incelemeye yetkili bir makam önüne ulaşmayı mümkün kılan bir hukuk yolu³³ anlaşılmalıdır. Örnek vermek gerekirse, 2. ve 3. madde altında yapılan şikâyetlerde “sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını sağlayan bir resmi soruşturma” etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmektedir.³⁴

Nitekim, Türkiye aleyhine yapılmış birçok 2. ve 3. madde davasında AİHM, tazminat yollarının mağdura yalnızca tazminat ödenmesine yaradığını ve sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasına faydası olmadığını belirterek tazminat yollarının tüketilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.³⁵

Yargısız infaz ve kötü muamele gibi iddialara ilişkin ulusal hukukta yapılan soruşturma ve yargılamaların uzun süre sonuç vermeden devam etmesi durumunda da AİHM, başvurunun soruşturmanın/yargılamanın sonucu beklenmeden yapılabileceğini belirtmiştir.³⁶ Tabii bu durumda, sonuçlanması beklenilmeyen soruşturmanın/yargılamanın etkisiz olduğunu AİHM'ne kanıtlamak başvurana düşmektedir. Başvuran bu görevini, şikâyetlerini ulusal makamlara zamanında verdiğini ve davasını özenle takip ettiğini, ancak yapılan soruşturmanın geç, eksik, yetersiz ve etkisiz olduğunu ispat ederek yerine getirir.

Türk hukuk sisteminde takipsizlik kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesi etkin bir ulusal hukuk yolu olarak kabul edildiğinden, bu yolun tüketilmesi gerekmektedir.³⁷

2.2. Olağanüstü Kanun Yollarının Tüketilmesine Gerek Yoktur

Yukarıda da belirtildiği gibi ceza davalarında tüketilecek son ulusal hukuk yolu YCD'nin temyiz incelemesidir. Ceza yargısında karar düzeltme yolu AİHM tarafından olağanüstü kanun yolu olarak kabul edildiğinden, bu yolun tüketilmesi gerekmemektedir.³⁸ Ceza yargısında olduğu gibi hukuk ve idari yargıda da “olağanüstü kanun yollarını” tüket-

33. *Lorsé/Hollanda*, no. 52750/99, 4 Şubat 2003, prg. 96.

34. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28 Eylül 1998, prg. 102.

35. *Karayığit/Türkiye*, no. 63181/00, 5 Ekim 2004.

36. *Batı ve diğerleri/Türkiye*, y.b.k., prg. 148.

37. *Epözdemir/Türkiye*, no. 57039/00, 31 Ocak 2002.

38. *Zarakolu/Türkiye*, no. 37061/97, 5 Aralık 2002.

mek kural olarak gerekmez. Hukuk ve idari yargıda, AİHM'ne karar düzeltme yoluna gitmeden de başvuru yapılabilir³⁹. Ayrıca yazılı emirle bozma, yargılamanın yenilenmesi, kanun yararına temyiz de olağanüstü kanun yollarındandır.

Özetle, bir hukuk yoluna doğrudan ulaşamıyorsa, bu yol AİHM tarafından “olağanüstü kanun yolu” olarak kabul edilmektedir.⁴⁰ Örneğin, Türkiye’de Anayasa Mahkemesine bireylerin doğrudan başvuru yapma olanağı olmadığından bu yol “olağanüstü kanun yolu” olarak kabul edilmektedir ki, AİHM'ne başvuru öncesi bu yolun tüketilmesi gerekmemektedir.⁴¹

2.3. Özel Koşullar

AİHM, *Akdwar ve diğerleri* davasında “özel koşulların” söz konusu olması halinde “ulusal hukuk yollarının tüketilmesi” kuralının aranmayabileceğini belirtmiştir. Bu tür özel koşullara örnek olarak, devlet görevlilerinin görevlerini kötüye kullanmış olduklarına dair iddialar karşısında yetkili makamların kayıtsız kalmaları⁴², ulusal mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi⁴³, başvurana ait malların güvenlik güçleri tarafından tahrip edilmesi ve ardından herhangi bir soruşturmanın açılmamış olması⁴⁴ verilebilir.

Bir diğer örnek olarak *Ayder ve diğerleri/Türkiye* davası verilebilir. Bu davada Bölge Valisi, mallarının güvenlik kuvvetleri tarafından tahrip edilmesi sonucunda doğan zararlarının Devlet tarafından karşılanacağına dair başvurulara güvence vermiş ve bu güvencenin verilmesi üzerine başvurular ulusal hukuk yollarına başvurmamış ve tazminat talep etmemişlerdir. AİHM, verilen bu güvencenin ulusal hukuk yollarını tüketmekten muaf tutan bir özel koşul ortaya çıkardığı sonucuna varmıştır.⁴⁵

39. Bazı durumlarda karar düzeltme yolunun tüketilmesi gerekebilir. Örneğin, hukuk ya da idare mahkemesinin kararında maddi hata yapıldığı düşünülüyorsa ve bu maddi hatanın AİHM incelemesinde rol oynayacağı düşünülüyorsa karar düzeltme yolunun tüketilmesi gerekebilir.

40. *Moyá Alvarez/İspanya*, no. 44677/98, 23 Kasım 1999.

41. *Immobiliare Saffi/İtalya* (BD), no. 22774/93, 28 Temmuz 1999, prg. 42.

42. *Selmouni/Fransa*, no. 25803/94, 28 Temmuz 1999, prg. 76.

43. *A.B./Hollanda*, no. 37328/97, 29 Ocak 2002, prg. 69 ve 73.

44. *Selçuk ve Asker/Türkiye*, nos. 23184/94 ve 23185/94, 24 Eylül 1998, prg. 70-71.

45. *Ayder ve diğerleri/Türkiye*, no. 23656/94, 8 Ocak 2004, prg. 101-102.

AİHM özel koşulların varlığını tespit ederken her davayı kendi özel şartları içinde incelemektedir. Bir diğer deyişle, bir davada “özel koşul” olarak kabul edilen bir olay benzer bir başka davada böyle kabul edilmeyebilir.⁴⁶

2.4. Ulusal Hukuk Kurallarına Riayet

AİHM, başvuranlardan ulusal hukuk yollarını tüketirken ulusal hukukun usul kurallarına uygun davranmalarını beklemektedir. Bunun nedeni, usul kurallarına riayet edilmediği durumlarda ulusal mahkemenin davanın esasını incelemeyecek olması ve dolayısıyla da Sözleşmeci Devlete ihlali gidermek için imkan verilmeyecek olmasıdır. Örneğin, başvuran temyiz incelemesine süresi içinde başvurmadığı için temyiz başvurusu reddedilmişse, başvuru 35. madde uyarınca kabul edilemez bulunacaktır.

3. AİHS'nin 35/2 ve 3. MADDELERİNDE ÖNGÖRÜLEN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI

Yukarıda AİHS'nin 35/1. maddesinde belirtilen altı aylık süre koşulu-na riyeti ve ulusal hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu inceledik. Bu bölümde ise AİHS'nin 35/2 ve 3. maddelerinde öngörülen diğer kabul edilebilirlik koşulları olan başvurunun AİHS hükümleri içinde kalması, başvurunun dayanağı haiz olması, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması, isimsiz başvuruların yapılmaması ve esas olarak aynı olan başvuruların yapılmamasını inceleyeceğiz. Ayrıca 14 no`lu Protokolün yürürlüğe girmesi olanağını göz önüne alarak, yeni kabul edilebilirlik kuralı hakkında da kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

AİHS'nin 35. maddesinin 2. ve 3. fıkraları şöyledir:

“2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu aşağıdaki hallerde kabul etmez:

- a) Başvuru imzasız ise veya;*
- b) Başvuru Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş veya uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine sunulmuş başka bir başvurunun konusuyla esas itibarıyla aynı ise ve yeni olaylar içermiyorsa.*

⁴⁶. Selçuk ve Asker/Türkiye, y.b.k., prg. 71; Akdvar ve diğerleri/Türkiye, y.b.k., prg. 77.

3. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu işbu Sözleşme ve Protokolleri hükümleri dışında kalmış, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının suistimali mahiyetinde teklifi ettiği takdirde, kabul edilemez bulur.

...”

3.1 Başvurunun AİHS Hükümleri İçinde Kalması (m. 35/3)

AİHM'ne yapılan şikâyetler, zaman (*ratione temporis*), yer (*ratione loci*), kişi (*ratione personae*) ve konu (*ratione materiae*) bakımından, AİHS ve ek Protokollerde korunan hak ve özgürlükler kapsamında olmalıdır.

Bir diğer deyişle, başvuru konusu olay AİHS'nin ilgili devlet tarafından onaylanmasından sonra⁴⁷ ve devletin yetki alanı içinde⁴⁸ vuku bulmuş; başvuru da AİHS'nin 34. maddesi bağlamında “mağdur” olan gerçek ya da tüzel kişi ya da kişiler tarafından AİHS ve ilgili Protokolleri onanmış olan bir devlet aleyhine yapılmış olmalı,⁴⁹ ve nihayet; ihlal edildiği iddia edilen hak ya da özgürlük, AİHS ya da ek Protokollerle korunan hak ya da özgürlüklerden olmalıdır.⁵⁰

47. Bu kuralın en önemli istisnasını, AİHS onaylanmadan önce meydana gelen olayın sonuçlarının AİHS onaylandıktan sonra da devam etmesi yani “süregeleyen ihlaller” oluşturmaktadır. Örneğin, *Loizidou/Türkiye* davasında 1974 yılından – yani AİHS Türkiye tarafından onaylanmadan önce – itibaren Kuzey Kıbrıs sınırları içinde kalan evini kullanamayan Güney Kıbrıslı Rum başvurusunun mülkiyet hakkının Türkiye tarafından ihlal edildiği tespit edilmiştir; bkz. *Loizidou/Türkiye* (ön itirazlar), no. 15318/89, 23 Mart 1995, prg. 62

48. Bu kuralın en önemli istisnası ise taraf Devletin yetkilerini emrindeki görevliler eliyle ve Devletin coğrafi sınırları dışında kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, AİHM yakınları Türk güvenlik güçleri tarafından Kuzey Irak'ta öldürüldüğü iddiasıyla yapılan *Issa/Türkiye* başvurusunu, ölüm olayı Türkiye sınırları dışında vuku bulduğu için değil, ölümlerin Türk askerleri tarafından gerçekleştirildiği kanıtlanmadığı için reddetmiştir; bkz. *Issa/Türkiye*, no. 31821/96, 16 Kasım 2004, prg: 71 ve 76.

49. Örneğin, 4, 7 ve 12 no'lu Protokoller Türkiye tarafından onaylanmadığı için bu Protokoller ile korunan hakları konu alarak Türkiye aleyhine yapılan şikâyetler reddedilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, başvuru ancak Sözleşmeye taraf devletler aleyhine yapılabilir, herhangi bir kişi ya da kurum ve kuruluş aleyhine yapılamaz.

50. Örneğin, bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin ulusal hukukta yapılan yargılama, AİHS'nin 6. maddesi bağlamında “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin nizaları” ya da “cezai alanda bir suçlamayı” değil de, “siyasi hakları” konu alan bir yargılama olacağı için, bu yargılamanın adillğine ilişkin 6. madde altında yapılacak şikâyetler AİHM tarafından incelenmeyecektir; bkz. *Fazilet Partisi ve Mehmet Recai Kutan v. Türkiye* (dec.), no. 1444/02, 6 April 2004.

3.2. Başvurunun Dayanağı Haiz Olması (m. 35/3)

AİHM, genel kural olarak bir başvurunun dava niteliğinde görülmesine karar vermişse, haliyle ilgili başvurunun “dayanağı haiz” olduğu söylenebilir. Bu hem iddianın yeterli derecede kanıtla ispatlandığını hem de şikâyet konusunun AİHS’de düzenlenen haklardan birisinin kapsamına girdiğini gösterir. Bu durumda başvuranın iddialarını çürütmek davalı Devlete düşmektedir. Öte yandan, AİHM başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna karar verirse başvuruyu reddedecektir. Bu ret kararı başvurunun Sözleşmeci Devlete bildirilmesinden önce veya sonra verilebilir. Şunu da belirtmek gerekiyor ki, AİHM’nin başvurunun dayanaktan yoksun olmadığına ikna edilmiş olması AİHS’nin ihlal edildiğinin tespit edileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü, AİHM yargılamanın farklı aşamalarında farklı kanıt ölçüleri kullanmaktadır.⁵¹

AİHM, yargılama sistematigi gereği AİHS’nin ihlal edilip edilmediğine karar vermeden önce davanın olaylarını tespit etmektedir. Tabii ki öncelikle başvuranın başvurusunu yaparken sunduğu kanıtları esas alacaktır. Örneğin, AİHS’nin 3. maddesiyle ilgili başvurularda başvuran kötü muamele iddialarını tıbbi raporlar, görgü tanıklarının beyanları, gözetli kayıtları, duruşma tutanakları, şikâyet dilekçeleri ve kötü muamele sonrası ilgili mercilere bu durumla ilgili şikâyet ve kanıtların verildiğini gösteren belgeleri AİHM’ne sunmak zorundadır. Ayrıca başvuran iddia konusu kötü muamelenin AİHS’nin 3. maddesinde belirtilen sınırı geçecek derecede ağır olduğunu da ispatlamak zorundadır.

Diğer bir örnek ise sınır dışı edilme davalarına ilişkindir. Bu tip davalarda başvuran gönderileceği ülkede AİHS’nin 2. maddesi (Yaşam Hakkı) ya da 3. maddesi (İşkence Yasağı) ile korunan haklarının ihlal edileceğine ilişkin ciddi bir riskin var olduğunu ispat edebiliyorsa, bu ülkeye gönderilemez.⁵² Başvuran ciddi bir riskin var olduğunu ise daha önce kötü muameleye tabi tutulduğunu ya da yetkililer tarafından fiilen arandığını göstererek ispat edebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, AİHM davaları incelerken “iddia eden ispat eder” prensibine (*affirmanti incumbit probatio*) sıkı sıkıya

51. Bkz. Uğur Erdal-Hasan Bakırcı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi: Uygulama El Kitabı”, OMCT El Kitapları Serisi, Cilt 1, Genevre, Kasım 2006, ss. 96-117, s. 101.

52. *Chahal/Birleşik Krallık*, no. 22414/93, 15 Kasım 1996, prg. 74.

bağlı kalmaz. Gerekli olan durumlarda kendiliğinden de (*proprio motu*) kanıt toplayabilir. AİHM'nin gerekli durumlarda kanıt toplamasının gerekçesi ise bazı durumlarda başvuranın ilgili kanıtları elde etme ve sunma olanağının olmamasıdır. Örneğin, gerekli bilgi ve belgeler ulusal makamların elinde ise ve bu makamların da yardımı olmadan bu bilgi ve belgeleri almanın olanağı yoksa, haliyle başvuranın bunları AİHM'ne sunmasını beklemek gerçekçi olmaz. Böyle durumlarda başvuranın ikna edici gerekçeler sunması halinde AİHM ya başvuruyu Sözleşmecî Devlete göndererek ya da İçtüzüğü'nün 54/2 (a) maddesi uyarınca, Sözleşmecî Devletten ilgili bilgi ve belgeleri göndermesini isteyebilir.

3.3. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılmaması (m. 35/3)

Bu koşulun temel amacı hiç bir dayanağı olmayan ve Sözleşmecî Devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerini (m. 19) yerine getirmesini önleyen başvuruları önlemektir.

Nitekim, AİHS m. 35/3 gereğince bir başvuru bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilirse kabul edilemezlik kararı verilir. "Hakkın kötüye kullanılması" AİHM tarafından her davanın kendi özel koşullarına uygun olarak tanımlanmaktadır.

Örneğin, AİHM başvurunun tahrifatlı belgelerle yapılmasını, ilgili olayların kasten saklanmasını ve AİHM'ni yanıltmayı amaçlayan her türlü teşebbüsü hakkın kötüye kullanılması olarak anlamlandırmaktadır. Ayrıca Sözleşmecî Devlete, temsilcilerine, davalı Devletin rejimine ve AİHM'ne ve çalışanlarına hitaben saldırgan bir dilin kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olup olmadığı da inceleme konusu olmuştur.⁵³ AİHM, *Varbanov* davasında verdiği kararında, saldırgan bir dil kullanılmasının şüphesiz uygun olmadığını belirttikten sonra, olağanüstü davalar dışında, hakkın kötüye kullanılması nedeniyle ret kararının ancak gerçek olmayan olaylara bilerek dayanıldığı durumlarda alınabileceğine hükmetmiştir.⁵⁴

53. İçtüzük m. 44D.

54. *Varbanov/Bulgaristan*, no. 31365/96, 5 Ekim 2000, prg. 36.

3.4. İsimsiz Başvuruların Yapılmaması (m. 35/2 (a))

AIHM'ne yapılan başvuru dilekçelerinde başvuranın ad ve soyadının açıkça yazılmış olması gerekmektedir. Nitekim, İçtüzüğü'nün 47/1 (a) maddesi başvuru dilekçesine isim, doğum tarihi, milliyet, cinsiyet, meslek ve adresin yazılmasını şart koşturmuştur.

Başvuranın isminin kamuya açıklanmasını istemediği durumlarda ya isminin baş harfi ya da "X", "Y" gibi harfler kullanılabilir. Fakat başvuranın bu isteğini AIHM'ne açıkça sebebendirilmesi gerekmektedir. Daire Başkanı sunulan sebepleri uygun bulursa başvuranın ismi gizli tutulur.⁵⁵ Bu karardan başvuranın isminin davalı Sözleşmeci Devlete bildirilmeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Sonuç olarak başvuranın ismi kamudan gizlenebilir ancak davalı Sözleşmeci Devletten gizlenemez.

3.5. Esas Olarak Aynı Başvuruların Yapılmaması (m. 35/2 (b))

İlgili başvuru AIHM tarafından daha önce inceleme konusu olmuş veya daha önce başka bir uluslararası soruşturma veya çözüm merciinin önüne gelmişse ve yeni bir bilgi de içermiyorsa hakkında kabul edilemezlik kararı verilir.

Bu maddenin temel amacı AIHM'ne göre:

"Bu hüküm birden çok uluslararası kuruluşun aynı anda esas olarak aynı başvuruları incelediği olası bir durumu engellemek amacıyla gütmektedir. Böyle bir durum aynı davalarla birden çok uluslararası yargılama yapılmasını engellemek isteyen Sözleşmenin ruhu ve lafzıyla bağdaşmaz."⁵⁶

AIHM, farklı tarihlerde verdiği kararlarda BM İnsan Hakları Komitesi'ni⁵⁷ "uluslararası soruşturma veya çözüm" mercii olarak kabul ederken, İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nun 92. paragrafında bu konuya değinilmiştir: "Şikâyeti Komite tarafından incelenmiş olan bir kişinin daha sonra AIHM'ne başvuru yapması durumunda, davalı devlet tarafından AIHS'nin 35/2 (b) maddesi altında yapılacak olan bir itirazla karşı karşıya kalacağı öngörülmektedir."⁵⁸

55. İçtüzük m. 47/3.

56. *Smirnova ve Simirnova/Rusya*, no. 46133/99 ve 48183/99, 3 Ekim 2002.

57. *Pauger/Avusturya*, no. 24872/94, 9 Ocak 1995 tarihli Komisyon Raporu.

58. İşkence ve İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nun 92. paragrafında bu konuya değinilmiştir: "Şikâyeti Komite tarafından incelenmiş olan bir kişinin daha sonra AIHM'ne başvuru yapması durumunda, davalı devlet tarafından AIHS'nin 35/2 (b) maddesi altında yapılacak olan bir itirazla karşı karşıya kalacağı öngörülmektedir."

59. *Jellic/Bosna ve Hersek*, no. 41183/02, 15 Kasım 2005.

AİHM, “esas olarak aynı başvuru” kavramını çok dar olarak yorumlamaktadır.⁶⁰ Ulusal hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle başvurusu AİHM tarafından reddedilen başvuranın ulusal hukukta aynı konuya ilişkin alacağı yeni bir mahkeme kararı “yeni bir bilgi” olarak kabul edilebilmektedir.

3.6. 14 No’lu Protokolde Yer Alan Kabul Edilebilirlik Kuralı

Bu Protokol Rusya tarafından imzalanmadığı için henüz yürürlüğe girememiştir. Protokol yürürlüğe girerse, AİHS'nin 35/3 maddesine aşağıdaki kabul edilebilirlik kuralı eklenecektir.

“Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın ulusal hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması...”⁶¹

Bir diğer deyişle AİHM, başvuruçunun mağduriyetinin önemli olmadığına karar verirse şikâyeti reddedecek, fakat insan haklarına saygı ilkesi gerektiriyor ve başvuru konusu olay da ulusal makamlar tarafından incelenmemiş ise mağduriyet önemli olmasa bile başvuruyu inceleyecektir.

14 no’lu Protokolün Açıklayıcı Raporuna göre “bu değişikliğin amacı...Mahkemeye ayıklama işinde yeni bir araç vermek ve esasının incelenmesi gereken davalara daha fazla zaman ayırabilmesine olanak tanımadır. Mahkemenin gittikçe artan iş yükü karşısında bu kriterin eklenmesi gerekli görülmüştür.”

AİHS'nin 35/3 maddesine getirilen yeni kabul edilebilirlik kuralı gereğince “önemli bir mağduriyet” kavramını yorumlayacak olan AİHM olacaktır. Bu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra ilk iki yıl geçeli ve kamunun erişebileceği bir içtihadın yaratılması için yeni kabul edilebilirlik kuralı Daireler ve Büyük Daire tarafından uygulanacaktır.

AİHM ayrıca bu Protokol uyarınca, “insan haklarına saygı” gereğince başvuruyu esastan inceleyip incelememe konusunda takdir yetkisine

60. *Kovacic ve diğerleri/Slovenya*, no. 44574/98, 45133/98 ve 48316/99, 9 Ekim 2003.

61. 14 no’lu Protokol m. 12.

sahip olacaktır. Bu güvencenin kaynağı ise başvuranın başvurusunu takip etmek istememesi veya taraflar dostane çözüm yoluna gitmek istese bile AİHM'ne davaya devam etme yetkisini tanıyan AİHS'nin 37/1 maddesidir.

SONUÇ

Makalenin giriş kısmında da belirtildiği gibi, 1998 yılından 31 Aralık 2007 tarihine kadar Türkiye aleyhine yapılan başvuruların yaklaşık %60'ı AİHS'nin 35. maddesinde öngörülen kabul edilebilirlik koşullarına uyulmamış olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Kabul edilemezlik kararı verilen başvuruların oldukça büyük bir kısmını, altı aylık süre koşuluna uyulmamasını konu alan başvurular oluşturmaktadır. Bunun nedeni altı aylık süreye ilişkin yüzeysel bilgilere sahip olunması kadar, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sürenin başlangıcının farklı durumlara göre farklılıklar göstermesinin yarattığı karışıklıklardır. Bu konuda şu hususu tekrar belirtmeliyiz ki, bu makaledeki bilgiler AİHM'nin şu an geçerli olan içtihadına dayanmaktadır. AİHM içtihadı sürekli olarak değişmekte, yenilenmektedir. Dolayısıyla, AİHM'ne başvuru yapılırken AİHM'nin en son verdiği kararlar dikkatle incelenmelidir.

Altı aylık süre koşulu dışında sorun yaratan bir diğer alan da, ulusal hukuk yollarının tüketilmesidir. Bu konuda da iki önemli hususa dikkat çekmek gerekmektedir: Birincisi, başvuran başvuru dilekçesini hazırlarken, mevcut ve etkili ulusal hukuk yollarını usul kurallarına uyarak tükettiğini ve bunu yaparken de AİHM'ne yapmış olduğu şikâyetin –en azından özünü – ulusal mahkemeler önünde ileri sürdüğünü göstermek zorundadır. Ulusal hukuk yolları tüketilmemiş ise başvuran, tüketilmeyen hukuki yolun etkin bir yol olmadığını, geçmişte benzer koşullarda denendiğini ve sonuç alınmadığını ispatlamak zorundadır.⁶²

Bu aşamadan sonra Sözleşmeci Devlet tarafından ulusal hukuk yollarının tüketilmediği iddia edilirse, tüketilmeyen yolların etkili olduğunu

62. Bu hususa ve diğer hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Erdal-Hasan Bakırcı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi Uygulama El Kitabı", OMCT El Kitapları Serisi, Cilt 1., Genève, Kasım 2006, ss. 78-89; Ayrıca bkz. Özgür Heval Çınar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi", İstanbul İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2005, ss. 28-31.

kanıtlamak Sözleşmecî Devlete düşmektedir.⁶³ Sözleşmecî Devletin bu hususa ilişkin yapacağı savunmaya başvuranın cevap verme hakkı bulunmaktadır.

İkinci husus ise belirli bir hukuk yolunun etkinliği konusunda şüphe var ise başvuran bu yolu tüketmeye başlarken aynı zamanda AİHM'ne de başvuru yapmalıdır. Bu durumda, ulusal hukuk yolunun tüketilmesi sona ermeden önce AİHM hukuk yolunun etkin bir yol olduğunu ve dolayısıyla tüketilmesinin gerektiğine karar verip başvuruyu reddederse, yol tüketildikten sonra aynı olayları konu alan yeni bir başvuru dilekçesi ile AİHM'ne tekrar başvuru yapılabilir.

Son olarak bu makalenin üçüncü bölümünde ele alınan AİHS'nin 35. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında belirtilen diğer kabul edilebilirlik koşulları olan başvurunun AİHS hükümleri içinde kalması, başvurunun dayanağı haiz olması, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması, isimsiz başvurunun yapılmaması ve esas olarak aynı olan başvuruların yapılmaması konularına da dikkat edilmesi gerekmektedir.

Bu makale, AİHS'nin 35. maddesinin daha iyi anlaşılmasını sağlamak için kaleme alınmış ve yukarıda da belirtildiği gibi Güncel Hukuk Dergisinin Haziran, Temmuz, Ağustos ve Kasım 2008 sayılarında yayınlanmış olan makalelerden oluşmaktadır. Güncel Hukuk Dergisine ve bu makalelerin gözden geçirilmiş haliyle toplu olarak yayınlanmasına imkan veren Suç ve Ceza Dergisine teşekkürlerimizi sunar, makalenin AİHM ile ilgilenen herkese faydalı olmasını dileriz.

63. *Akdwar ve diğerleri*, y.b.k., prg. 68.

Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi

Av. Erkan Şenses*

GİRİŞ

Türkiye’de pek tartışma konusu edilmeyen, ancak gerek Avrupa’da ve gerekse de Amerika’da çok uzun sürebilen tartışmalara sebep olan ötanaziyi¹ konu edinen bu yazıda, ötanazi ve bunun etrafındaki etik tartışmalara yer verilecektir. Konunun tıp etiği dışında hukuk boyutu da olduğundan, özellikle Türkiye açısından hukuksal boyutu da esas alınarak ötanazinin Türkiye’de nasıl düzenlendiği de bu yazı çerçevesinde açıklama konusu yapılacaktır.

I. TANIM, TARİHÇE, AYRIMLAR

Kelime kökeni Yunanca Eu(iyi) ve Thanatos(ölüm) kelimelerinin birleşmesinden meydana gelen ötanazi, iyi ölüm anlamına gelmektedir. Kelimenin eski anlamlarından biri de kişinin doğal yollardan, acı çekmeden ölmesidir. Türkçe anlamında ise bir nüans olduğu görülmektedir. Nitekim Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre kelimenin anlamı “ölme hakkı”dır.² Ölme hakkı içinde ötanaziyi barındırır da ötanaziden farklı anlamlara gelebilmektedir. Nitekim acı veren bir intihar şekli de bu hakkın içinde değerlendirilebilir. Ancak yaygın kabule göre ise ötanazi, acıyı hafifletme, acı çekmeden ölme, ağır, tehlikeli ve ızdırab veren bir hastalık sonucu ölmeden hekim yardımıyla acısız ölme isteğidir.

Antik Yunan’da ve Roma’da ağır hastaların tedavi edilmeyerek ölüme terk edildikleri, özellikle altmış yaşını geçenlerin intihar etmeleri olağan

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

1. Bazı kaynaklarda “ötanezi” ve “ötenazi” olarak da geçen kavram bu makale çerçevesinde “ötanazi” olarak anılacaktır.
2. Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA6AA849816B2EF0-5A79F75456518CA> (Erişim Tarihi:27.03.2008); Aynı şekilde kullanım için bkz. **İnceoğlu**, Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999.

karşılınıp, bu amaçla baldıran zehiri içtikleri bilinmektedir. Hipokrat yemininde yer alan *“talep olsa dahi kimseye öldürücü zehir vermeme”* sözü antik dönemde ötanazi uygulanmadığına bir işaret olsa bile, bizatihi bu yasak bile o dönem bu tür uygulamaların olduğunu göstermektedir.³ Bunun yanında dönemin düşünürlerinin birçoğu ise, tedavisi mümkün olmayan yetişkin hastaların rızaları olmasa dahi öldürülmelerinin veya tedavi ve bakımı keserek ölmelerine yol açmanın uygun olduğunu iddia etmişlerdir.⁴ Bu düşünürlerden Platon *“Devlet”* adlı eserinde, iki durumda intiharı haklı göstermektedir. Bunlardan birincisi tedavisi mümkün olmayan bir hastalık durumu, ikincisiyse sürekli sakatlık durumudur. Platon, bu iki durumda ötanazi uygulamasını, hekimin tıbbi müdahaleyi kesmesini, haklı bulmaktadır.⁵ Ötenazinin terim olarak ilk kullanımı ise Bacon tarafından yapılmıştır. Bacon’a göre *“doktorların görevi hastanın sağlığına kavuşmasını sağlamak, ağrı ve acılarını hafifletmektir. Ama bu sonuncu görev, hastayı sadece iyileştirmek değil, rahat ve kolay bir ölüme hazırlamak gerektiğinde de yerine getirilmelidir.”*⁶

Dinler ise intihara ve öldürmeye karşı çıktıklarından ötanaziye de karşı durmuşlardır. Hatta bu tür eylemler en büyük günahlardan sayılmıştır. Kilise etkisindeki Ortaçağ Avrupa’sında ötanazinin Antik Yunan dönemine göre kabul görmediği bilinmekte, bunda ise kilisenin katı tutumunun etkili olduğu anlaşılmaktadır. İslam dünyasında da intihar ve öldürme en büyük günahlardan sayıldığı için ötanaziye de her zaman karşı durulmuştur. Museviler de, Allah’ın iradesine karşı çıkmak olarak gördükleri intiharı ve dolayısıyla ötanaziye reddeder.

Dinin devletten azade bir şekilde örgütlenip, devlet işlerinin de dinsel referansa dayanmayacak bir şekilde yürütülmesi tezine dayanan sekülerizmde de, yaşama hakkı vazgeçilemez bir hak olduğundan aktif ötanazi reddedilmektedir.

-
3. Bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm> (Erişim Tarihi:27.03.2008) **Kumaş**, Gülşah, Adana İlindeki Çeşitli Hastanelerin Yoğun Bakım Ünitelerinde Çalışan Hemşirelerin Ötanazi Hakkındaki Düşünceleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Adana, 2005, s. 8.
 4. Bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi#Hekim_taraf.C4.B1ndan_uygulanana_.C3.B6tanazi_tarihi (Erişim Tarihi:27.03.2008); Ayrıntılı görüşler için bkz. İnceoğlu, a.g.e. , s. 17-27.
 5. **İnceoğlu**, a.g.e., s. 20.
 6. **Çağlayan**, Ötenazi ve İntihar, Adalet Dergisi, 1966, s. 1 F.2 Sf.3 ud. aktaran **Bafra**, Jale, Euthanasia (Ötanezi), İÜ Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 2.

Günümüzde yaygın olarak kabul edilen tanıma göre; ötanazi, iyileşmesi mümkün olmayan hastanın duyduğu dayanılmaz acı ve ızdırabı ortadan kaldırma amacıyla, doktorların hastayı özgür iradesiyle verdiği rızasıyla öldürmesi ya da ölmesini sağlama amacıyla tedaviyi kesmesidir.⁷ İlk şekilde aktif ötanazi, ikinci şekilde ise pasif ötanaziden söz edilir. Bunun yanında ötanaziyi hastanın isteyip istememesiyle ilgili olarak da, istemli, istem-dışı ötanazi ayrımı vardır. İstemli ötanazide hasta, ötanazi uygulanmasına dair rızayı kendisi vermektedir. İstem-dışı ötanazide ise hastanın komada olması veya başka bir sebeple bilincinin kapalı olması durumunda yakınlarınca verilen rıza çerçevesinde uygulanan ötanazidir.

A. Aktif Ötanazi

Yukarıda da belirtildiği gibi, aktif ötanazi ölüme sebep olan tıbbi müdahalenin bizzat hekim tarafından gerçekleştirildiği ötanazi şeklindedir. Hastaya dışarıdan bir müdahale yoluyla yapılan aktif ötanazi, Hollanda'nın da içinde olduğu bazı ülkelerde yasal olarak uygulanan bir işlemdir. Türkiye'de ise aktif ötanazi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nce yasaklanmıştır.⁸ Aktif ötanazi uygulayan hekim, Türk hukukunda kasten adam öldürme suçuna ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılmaktadır.

B. Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi genel olarak, hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan tedavinin kesilmesi ile hastanın ölüm sürecinin hızlandırılmasıdır. Burada aktif ötanaziden farklı olarak, hastanın ölümü için hekimden aktif bir eylemde bulunulması istenmez, hekimden tıbbi müdahalenin red-i veya devam eden müdahalenin sona erdirilmesi talep edilir.⁹

Türk hukukunda pasif ötanaziye ilişkin somut bir norm bulunmamaktadır. Ötanaziyi yasaklayan Hasta Hakları Yönetmeliği ötanazi ayrımı

-
7. **Kaboğlu**, İbrahim Ö. , Özgürlükler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2002, s. 290; **Boz**,Bora/**Kurtuluş**, Ayşe/**Acar**,Kemalettin, Pamukkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa, 2003, s.958-962; **Hakeri**, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. Bası, 2007, s. 50.
 8. Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 13; "Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkında vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez." Resmi Gazete Tarih:01.08.1998, Sayı:23420
 9. **İnceoğlu**, a.g.e. , s. 154.

yapmadan ötanaziyi yasakladığından, pasif ötanazinin de mevzuatımıza aykırı bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, öğretide¹⁰ bazı yazarlar konuya farklı yaklaşmakla birlikte bazı istisnai durumlarda pasif ötanaziye izin verildiğini ileri sürmektedirler. Şöyle ki, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde kişinin rızası olmaksızın, tıbbi muameleye tabi kılınmayacağı belirtilirken, yine yönetmeliğin 24. maddesinin son fıkrasında bu konuda bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında örneğin tedavisi tıbben mümkün olmayan kanserli bir hastanın, yaşam süresini uzatıcı, bağışıklık sistemini güçlendirici tedaviyi tıbbi müdahale başlamadan önce reddi halinde, bu iradesi doğrultusunda tıbbi müdahaleye başlanamayacak, ancak hastanın rızasıyla başlayan yaşam süresini uzatıcı, bağışıklık sistemini güçlendirici tedavi sırasında rızanın geri alınmak istenip tedaviye son verilmesi isteği ise kabul görmeyecektir.¹¹ Kanaatimizce de, tıbbi müdahale henüz başlamadan önce verilen red kararına uyulacağı hükmü karşısında, pasif ötanaziye hukukumuzun izin verdiği kabul edilebilir. Ancak mevcut düzenlemede, aşağıda aksini iddia edecek olsak dahi, tedaviye başladıktan sonra verilen red kararı üzerine hekimin tıbbi müdahaleyi sona erdirmesinin, Türk Ceza Yasası'nda düzenlenen ihmâl suretiyle kasten adam öldürme suçunu oluşturabileceği unutulmamalıdır.

Anayasamıza 2004 yılında 90. maddeye eklenen bir hükümle “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri...*” nin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede TBMM tarafından 5013 sayılı yasa ile onaylanan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi¹² nin iç hukuk açısından bağlayıcılık kazandığı tartışılmazdır.¹³ Bu sözleşmenin 5. Maddesinin son cümlesine göre sağlık alanında herhangi bir müdahaleye ilişkin olarak ilgili kişi verdiği rızayı her zaman, serbestçe geri alabilir. Bu

10. Bkz. **Atladi**, Barış, Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2008/2-50, s. 38-40.

11. **Atladi**, a.g.e. s. 38-40.

12. “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” için bkz. Resmi Gazete Tarih: 09.12.2003, Sayı: 25311.

13. Aynı görüş için bkz. **Atladi**, a.g.e.

hükmün Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer verilen ve rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınmasını, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlayan hüküm karşısında, yukarıda yer verdiğimiz açıklama gereği üstün tutulması şarttır. Bu hükmün Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili düzenlemesiyle çeliştiği ve ilgili düzenlemeyi zımnen ilga¹⁴ ettiğinin kabulü karşısında, artık TCK'nın 83. maddesinde¹⁵ düzenlenen "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun tedaviyi ret hakkını her aşamada kullanabilecek hasta karşısında, hastanın iradesi yönünde tedaviyi kesen hekim hakkında uygulanması olanağı yoktur.

C. İstemli Ötanazi

İstemli ötanazi, hastanın kendi iradesi çerçevesinde açıkladığı rızasıyla ötanazi isteminde bulunulan durumlardır. Aydınlatılmış onam¹⁶ ile alınmış bir izin, izni veren temyiz kudretine sahipse, kişi ötanazi talebinde bulunabilir. İstemli ötanazide irade aktif ve pasif ötanaziye yöneliktir; kişi hekimden bir eylemde bulunmasını veya tıbbi müdahaleyi sona erdirmesini ister.

D. İstem-dışı Ötanazi

İstemdışı ötanazi, ölümcül hastalık sonucu bilinci yerinde olmayan, irade beyanında bulunamayan hastaya uygulanan ötanazidir. İstem-dışı ötanazi, hastanın temyiz kudretinin olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Varolan temyiz kudreti bir kaza, hastalık sonucu yokolmuş veya

14. Görüş için bkz. **Atladı**, a.g.e.

15. MADDE 83 - (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda Kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması,

16. "Tanı ya da tedaviye yönelik girişimlerin hastalara uygulanabilmesi ya da hastaların bilimsel araştırmalara katılabilmeleri için bilgilendirilerek aydınlatılmalarını öngören ve bu aydınlatma doğrultusunda kendi iradeleri ile karar vermelerini gerektiren öğretisi", geniş bilgi için bkz. **Kılıç**, Cenk/**Güven**, Tolga/**Ataç**, Adnan, Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Ülkemiz Yasaları İle Tıp Uygulamalarındaki Yeri, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa, 2003, s. 844-849.

hiçbir zaman var olmamıştır.¹⁷ Burada istemde bulunan kişiler temyiz kudretinden yoksun hastanın yakınları veya hekimlerdir.

II. ÖTANAZİYE İLİŞKİN ETİK TARTIŞMALAR

Ötanazi konusunun ilk akla getirdiği kişiler olan hekimlerin ötanazi ile ilgili karşılıklarına çıkan en büyük sorun, tıp etiğidir. “*İnsan yaşamına mutlak surette saygı*” esasının geçerli olduğu hekimlikte, hastaya rağmen hastanın aleyhine bir müdahale yapılamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü¹⁸ de hekimin, “...*hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükellef...*” olduğunu belirterek hekimin ilk görevinin hastayı yaşatmak olduğunu ifade etmiştir. Aktif ötanazi karşısında bu görüşlerin kabul görmesi mümkün olmasına rağmen, pasif ötanazi isteyerek tedaviyi ret hakkını kullanmak isteyen bir hasta karşısında bu görüşlerin hastanın tedaviyi ret hakkı ile de çeliştiği ortadadır. Yukarıda ortaya koyduğumuz görüş gereği de konunun yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Konunun bir diğer boyutu da, yaşam hakkı sahibinin bu haktan tek taraflı feragat edip edemeyeceğidir. İntiharın suç olarak düzenlenmediği düşünülürse, kendi başına intihar edemeyen kişilerin intihar etme yönündeki iradesi karşısında ne yapılacaktır? Konuyla ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) önüne gelen bir olayda,¹⁹ ölümcül bir hastalıktan ölmek üzere olan bir hasta, Savcılığa başvurarak giderek dayanılmaz acıları ve insana yakışmayacak durumu yüzünden intihar etmek istediğini ancak kendi başına intihar edemediğini, kocasının kendisine yardım edebileceğini söyleyerek Savcılıktan kocasıyla ilgili kovuşturma yapılmayacağı taahhüdü istemiştir. Savcılığın red yanıtı ile yaptığı itirazlardan da sonuç alamayan hasta İHAM'a başvurarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin²⁰ (İHAS) 2. Maddesinde koruma altına alınan yaşam hakkına dayanarak, yaşayıp yaşamamayı seçmenin kişiye ait oldu-

17. **İnceoğlu**, a.g.e. , s. 217-218.

18. Resmi Gazete Tarih: 19.2.1960, Sayı:10436

19. Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi:30.03.3008), Başvuru No: 2346/02, Pretty/Birleşik Krallık

20. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi; 4 Kasım 1950'de imzalanan sözleşmeyi Türkiye 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır.

ğunu ve ölme hakkının yaşama hakkının doğal bir sonucu olduğunu ve korunması gerektiğini ileri sürmüştür. İHAM konuyla ilgili verdiği kararda, Sözleşmenin lâfzî yorumunun, tam tersi bir hakkı, yani ölme hakkını verdiği şekilde yorumlanamayacağını, bu çerçevede de yaşama hakkının kişiye yaşamak yerine ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı da tanımayacağını belirterek olayda bir insan hakkı ihlali olmadığını tespit etmiştir.

Ötanazi tartışmaları ülkemizde konuyla ilgili meslek üyelerince pek sık araştırma konusu²¹ yapılmakla birlikte, konunun toplumsal bir mülhaza konusu yapılmadığı bilinmektedir. Konuyla ilgili yapılan bir araştırmada,²² görüşlerine başvurulmuş hekimlerin %55.6'sı, hemşirelerin ise %52.9'u ötanaziden yana olduklarını belirtmiştir. Konuya ilişkin diğer bir araştırmada²³ ise görüşlerine başvurulmuş hemşirelerin %55.9'u ötanazinin bir insan hakkı olduğunu belirtmiştir. Ancak yine aynı araştırmada hemşirelerin büyük bir yüzdesinin pasif de olsa, ötanazi uygulamasına karşı oldukları, bunun sebebinin de vicdani rahatsızlık duyma, tıbbın insanları yaşatmak için varolması ile dini nedenler olduğu göze çarpmaktadır. Diğer sebepler arasında ise etik kaygılar ve konunun istismar edilebileceği düşünceleri bulunmaktadır.

Konuya etik açıdan yaklaşanların öne sürdüğü temel argümanlardan biri de, tıbbın gelişmesinin insanların ölümü ile değil, tedavi edilip tıbbi bakım görmeleri ile mümkün olabileceği şeklindedir.²⁴

SONUÇ

Ötanazi, insan yaşamının kutsallığı görüşünün genel kabul görmesi ile kişi iradesine saygı gösteren görüş arasında ince bir çizgi oluşturmakta, anılan görüşlerin din eksenli görüşlerle birleşmesinden de ötanazi-

21. Araştırmalar için bkz. **Boz/Kurtuluş/Acar** a.g.e.; **Kumaş**, a.g.e.; **Tepehan**, Selma, Yoğun Bakım Servislerinde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Yaklaşımı, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006; bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm> (Erişim Tarihi:27.03.2008) **Karahisar**, Fadime, Ölümcül Hasta, Hemşire ve Hekimlerin Ölüm ve Ötanaziye İlişkin Görüşlerinin İncelenmesi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2006.

22. **Tepehan**, a.g.e., s. 89.

23. Bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm> (Erişim Tarihi:27.03.2008) **Kumaş**, a.g.e., s. 39.

24. **Atabek**, Emine/**Değer**, Mebure, Tıbbi Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Yayın No:4268, İstanbul, 2000, s. 155.

ziye ilişkin farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir. Türkiye özelinde konuşmak gerekirse konuya din eksenli bakanların sayısının çoğunlukta olduğu ortadadır. Konuyu etik, hukuksal yönden tartışan hekimler, hukukçular varsa bile bu tartışmalar toplumsal mülhaza konusu yapılmamaktadır. Organ bağışısı konusunda bile dini kaygıların gözetilip organ bağışısına olumsuz bakılması, ötanazinin bu aşamada toplumsal bir kabul görmesinin ne kadar güç olduğuna iyi bir örnektir.

Konu tıbbın gelişimi, etik açısı, suistimale açık olması ve hasta hakları açısından incelenmeye muhtaç bir konudur. Tüm bu açılar incelenip ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadan ortaya çıkacak veriler, kısır veriler olarak anılmaya mahkumdur. Pasif ötanaziyi destekleyen bu satırların yazarı, tıbbın gelişmesi ve birkaç yıl öncesine kadar ölümcül olan hastalıkların günümüzde ölümcül olmadığını da not etmekte, bu açıdan pasif ötanazinin güncel tıbbın iyileşmesine kanaat getiremediği hastalıklarda ve ancak hastanın özgür iradesiyle gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Kaynakça

Atabek, Emine/**Değer**, Mebure, Tıbbi Deontoloji Konuları, İstanbul Üniversitesi Yayın No:4268, İstanbul, 2000.

Atladı, Barış, Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2008/2-50.

Bafra, Jale, Euthanasia (Ötanezi), İÜ Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.

Boz, Bora/**Kurtuluş**, Ayşe/**Acar**, Kemalettin, Pamukkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa, 2003.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. Bası, 2007.

İnceoğlu, Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2002.

Karahisar, Fadime, Ölümcül Hasta, Hemşire ve Hekimlerin Ölüm ve Ötanaziye İlişkin Görüşlerinin İncelenmesi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2006, bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>

Kılıç, Cenk/**Güven**, Tolga/**Ataç**, Adnan, Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Ülkemiz Yasaları İle Tıp Uygulamalarındaki Yeri, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, Cilt 2, Bursa, 2003

Kumaş, Gülşah, Adana İlindeki Çeşitli Hastanelerin Yoğun Bakım Ünitelerinde Çalışan Hemşirelerin Ötanazi Hakkındaki Düşünceleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Adana, 2005, bkz. <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>

Tepehan, Selma, Yoğun Bakım Servislerinde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Yaklaşımı, İÜ Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://tr.wikipedia.org>

<http://tez2.yok.gov.tr>

<http://ihami.anadolu.edu.tr>

Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Basın Özgürlüğü

Esin Tunceroğlu*

I. GENEL OLARAK

Anayasa'nın 20. maddesi, özel hayatın gizliliğini ve korunmasını düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." Bu hükme aykırılığın yaptırımını eski Ceza Kanunu'nda mevcut değildi. 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu ise "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunu düzenlemiş ve yaptırıma bağlamış bulunmaktadır.

Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz (TCK. m. 134/1).

134. maddenin ikinci fıkrasına göre; "Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Fiilin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında arttırılır.

Bu düzenlemelerin esin kaynağı olan 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesi, "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni ve yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." şeklindedir.

Anayasa'nın 20. maddesinde kaynağını bulan özel hayatın korunması, hukuk davalarına da konu olmuştur¹. Zira bu hak, Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde koruma altına alınmıştır. Borçlar Ka-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi.

1. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2006/13723, K. 2007/13089 ve 26.10.2007 tarihli kararında davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen eylemini, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı olarak nitelemiş ve hükmü bozmuştur.

nunu'nun 49. maddesinde de kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda uygulanacak yaptırım belirtilmiştir. Belirtilen bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, kişinin özel yaşamının gizliliğine dokunulamaz. Kişinin sıfatı ve konumu ne olursa olsun, rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bunlar kişinin gizli alanını oluşturur. **“Bir kişinin bu- kuka aykırı olarak konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi onun kişilik haklarına ve özel yaşama- mına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin tele- vizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir”**².

Ceza Kanunu'nda yaptırıma bağlanmadan önce ise, “özel hayatın gizliliğini ihlal”, ceza davalarına “hakaret” suçu olarak konu olmuştur. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, bir kararında şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Olaya bakıldığında; defilede elbise sunan mankenlerin soyun- ma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayımlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerin- de rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde haber verme hakkı veya özel ve- ya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği; esasen rıza bulunsa bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir bukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Keza; kişilerin, namus veya vakar veya haysiyetinin toplumsal ve ahlaki değerlerden oluşması ve buna saygı gösterilmesini isteme haklarının bulunması itibariyle de bu suretle sergilenmeleri, kimileri için merakları tatmin edici olsa da, toplumun ortak ahlak duygusuna aykırı olduğundan, TCK. nun 482/1. maddesinde tarif olunup korunan bu değerlere saldırı oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

2. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2006/13723, K. 2007/13089 ve 26.10.2007 tarihli kararı, www.kazan- ci.com.tr.

Diğer taraftan, hakaret ve sövme suçlarında saike bakılmayacağı, genel kast yeterli olduğu cihetle, sanıkların birlikteki eylemleriyle gerçekleştirilen görüntü yayınının yukarıda belirtilen niteliğini bilebilecek durumda olmaları kasıtlarının varlığını kabule de yeterlidir”³.

Ayrıca Anayasa'nın 20. maddesi ile ilgili bir de mühim Anayasa Mahkemesi kararı bulunmaktadır. Suçun niteliği ve unsurlarını irdelemeden evvel bu karara da değinmekte fayda vardır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 94. maddesi şöyle idi:

Madde 94. - Bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kimsenin evi ile ona ait sair mahallerde arama yapılabileceği gibi gerek üzeri gerek eşyası dahi aranabilir.

Bu arama şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması maksadıyla yapılabileceği gibi sübut delillerinin meydana çıkarılması umulan hallerde dahi yapılabilir.

Bu madde ile ilgili olarak, TC. Anayasası'nın başlangıç ile 20. maddesi hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmış ve Yüksek Mahkeme 31.3.1987 gün 1986/24 Esas ve 1987/8 sayılı kararında:

“Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından birisidir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsan mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunamadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşamaları mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimlerde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.

3. Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 1998/2325, K. 1998/2271 ve 3.3.1998 tarihli kararı, www.kazanci.com.tr.

Arama, temel haklardan özel hayatın dokunulmazlığı ve gizliliği hakkını ihlal eden ve gereksiz yapıldığında insan onurunu kıran davranıştır. Bu sebeptir ki mutlak zaruret olmadıkça bu yola başvurulmaması gerekir. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayata saygı da sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Aramanın, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü gibi haklara getirdiği geçici sınırlamalar Anayasal dayanağını, temel hak ve hürriyetlerin yerine göre sınırlandırılmasını mümkün kılan Anayasa'nın 13. maddesinin ilk fıkrasındaki genel nitelikli sınırlama nedenleriyle, özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesinde bulunmaktadır. Suç her halde kamu düzenini bozan bir eylemdir ve bu nedenle ceza yaptırımına bağlanmıştır. Soruşturulan ya da kovuşturulan bu suça bağli olarak CMUK'nun 94. maddesi uyarınca amaçla sınırlı yapılmış olan aramayı Anayasa'ya aykırı bulmak isabetli sayılamaz.” gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık itirazının reddine karar vermiştir⁴.

Mevzuat incelemesinde son olarak belirtilmelidir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8. maddesi aynen şöyledir:

- 1. Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.**
- 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.**

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun unsurlarına geçmeden önce bu suçla korunan hukuki menfaate de değinmekte yarar vardır. Bu menfaat, kişilerin özel hayatları, diğer bir deyişle mahremiyetleridir. Peki, mahremiyet nedir? Bu husus kanunumuzda maalesef ki düzenlenmemiştir. Ancak Dönmezer Öntasarısı'nın 185. maddesinin birinci fıkrasında suç, şu şekilde yer almaktaydı: “**Resim çeken ya da kaydeden bir**

4. Anayasa Mahkemesi, E.1986/24, K.1987/8, 31.03.1987 tarihli kararı, www.kazanci.com.tr.

aletle özel hayatın mahrem alanına giren veya başka suretle hiç kimse tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel hayat olayını ilgilinin rızası olmadan tespit eden kimseye... hapis cezası verilir.” Bu ifade, kanunilik prensibi açısından daha uygun düşmekte idi⁵. Fakat kanunumuza alınmamıştır. Türk Dil Kurumu ise bu sözcüğü, “gizlilik” olarak tanımlamaktadır. “Özel hayat”, aynı sözlükte “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı” olarak tanımlanmıştır⁶.

5237 sayılı Kanun’un 134. maddesinin gerekçesinde de şu ifadeler yer almaktadır: “...*maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır*”.

Öğretide, insanın toplumsal bir varlık olduğu ve yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte sürdürebileceği gerçeğinden hareketle, yaşamın iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bu gerçekten hareket edilirse, yaşamın büyük bir bölümü genel yaşam alanına girdiği için ve bunun da korunacak bir yanı bulunmadığı için, bu alana yönelik müdahalelerin özel yaşamın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacağı ortadadır⁷. Ahmet Kılıçoğlu’nun Jaggi atfıyla yaptığı tanımlamada ise özel yaşam üç alana ayrılmaktadır. Söz konusu tanımlamaya göre özel yaşam, “kişilerin hukuken korunan ve herkesle paylaştığı ortak, kendisine yakın kişilerle paylaştığı özel, bizzat kendisi ve güvendiği kişiler dışında herkese gizli tuttuğu gizli yaşam olaylarından meydana gelen bir kişisel varlıktır.”⁸

Özel hayatın ne olduğu hususunda, her somut olay yönünden, olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Aslında AİHS’nin 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “aile”, “konut”, “haberleşme” deyimleri de bir bütün teşkil eden “özel hayat”ın farklı unsurlarıdır.

5. Ersan Şen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar, İstanbul Barosu Dergisi, C:79, S.3, 2005, sh. 708.

6. www.tdk.org.tr.

7. Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Prof. Dr. Ruhan Erdem, Yrd. Doç. Dr. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, sh. 468.

8. Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982, sh. 82.

Bu nedenle AİHM, 8. maddeye ilişkin şikâyetleri, “özel hayata müdahale” genel başlığı altında ele almaktadır. Kişinin,

- Kendi olma hakkı
- Kendi olarak yaşama hakkı
- Kendi başına olabilme hakkı
- Başkalarıyla sosyal olarak etkileşimde bulunma hakkı
- Kendi kişiliğini geliştirme ve tatmin etme hakkı
- Fiziksel ve manevi bütünlüğüne saygı hakkı
- Cinsel kimliğine ve tercihlerine saygı hakkı

özel hayat kavramı içinde değerlendirilmektedir⁹.

AİHM tarafından özel hayata dâhil sayılan diğer konular ise şunlardır:

- Kişinin kimlik bilgileri ve buna ilişkin kayıtlar (nüfus kayıtları, polis tespitleri vb.) (Leander v. İsveç)
- Cinsel hayata ilişkin düzenleme ve davranışlar (Norris v. İrlanda)
- Kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler (Kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü tıbbi müdahaleler ve deneyler ile alkol, kan ve DNA testleri)
- Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı (Aman v. İsviçre), mektupların açılıp okunması (Malone v. Birleşik Krallık)¹⁰.

Tüm bunları AİHM içtihatları doğrultusunda söyleyebilmekle beraber, özel hayat kavramının AİHS’de de bir tanımı olmadığını yinelemekte yarar vardır. Mahkeme, her olayın özelliğine ve koşullarına göre değerlendirme yapmakta, böylece durum ve zamanın ihtiyaçlarına göre geliştirici ve ileri götürücü yorumlarla kavramın içeriğini doldurmaktadır. *Mahkeme, 8. maddenin esas olarak kamu görevlilerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçladığını belirtmekle birlikte, söz konusu maddenin sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamadığını; bununla birlikte maddenin bahsedilen temel negatif yükümlülüklerine ilaveten, devletin özel haya-*

9. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, www.insanhaklari.org, 26.06.2006.

10. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, www.insanhaklari.org, 26.06.2006.

ta ve aile hayatına etkin bir saygının sağlanması amacıyla birtakım pozitif yükümlülüklerini de ibtiva ettiğini belirtmektedir (Von Honnover v. Almanya¹¹).

II. SUÇUN UNSURLARI

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, fail ve mağdur bakımından bir özellik taşımamaktadır. Herhangi bir kişi bu failin faili olabileceği gibi mağduru da olabilir. Ancak “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak” suretiyle işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır (TCK m. 137). Ayrıca bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilir (TCK m. 140).

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun maddi unsuru olarak hareketi, “gizliliği ihlal eden her türlü davranış” oluşturmaktadır. Buna karşılık gizlilik ihlali, “görüntü ve seslerin kayda alınması” suretiyle gerçekleşmiş ise daha ağır bir cezaya hükmedilir.

Suçun hukuka aykırılık unsuruna gelindiğinde ise; müdahalenin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesi gerekmektedir. Bunlardan ilki mağdurun rızasıdır. Özel yaşamın ihlali suçunda; eğer kişi bu duruma “rıza” gösterirse, kendisi özel yaşamının öğrenilmesine muvafakat ederse bu durum hukuka uygunluk yaratacağından faile ceza verilmeyecektir. Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması da (TCK m. 24/1) bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Nitekim el koyma (CMK m. 126 vd.); gizli görevli kullanma (CMK m. 139) ve teknik araçlarla izleme tedbiri (CMK m. 140) çerçevesinde özel yaşama yönelik müdahaleler, kanunun verdiği bir yetkiye dayandığı için bu suçu oluşturmaz. Son olarak hakkın kullanılması durumu olan gazetecilik mesleğinin icrası çerçevesinde işlenen fiiller bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır. Bu husus daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bu suçun manevi unsurunu ise genel kast oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suç, olası kast ile de işlenmeye müsaittir. Özel hayatın gizliliği-

11. AİHM, Von Honnover-Almanya Davası, Başvuru no:59320/00, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law>.

ni ihlal suçu bir hareket suçudur. Kural olarak teşebbüse elverişli olamamakla birlikte; icra hareketleri bölünebildiği takdirde teşebbüs söz konusu olabilecektir.

AİHS'nin 8. maddesinin ise ilk fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiş; sözleşmenin ikinci fıkrasında müdahalenin meşruluğu koşulları sayılmıştır. Bunlar, **müdahalede meşru amacın bulunması, müdahalenin kanunlara uygun olması ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır**. Müdahalede bulunması gereken meşru amaç 8. maddenin 2. fıkrasında sayılmıştır. Buna göre: “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için” söz konusu olabilir. Müdahalenin meşru amacını veya amaçlarını ispatlamak davalı devlete aittir. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla ilgili bu genel bilgilerden sonra asıl konumuz olan basının haber verme hakkına yer verilecektir.

BASININ HABER VERME HAKKI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

Haber verme hakkı basın özgürlüğünün temelidir. Nitekim Anayasa'nın 28/2. maddesi de “**Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır**” demek suretiyle kişilerin haber alma ve haber verme haklarını korumuştur. Haber verme hakkı kullanılırken kişilerin bilgileri, görüntüleri, sesleri kamuoyuna sunulacağından, habere konu olan kişilerin haklarının ihlal edilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla haber verme hakkının bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu nitelendirme elbette ki sınırsız biçimde yapılamaz. Bu hususta ayrımları, ihlal süjesi yönünden ve haberin konusu yönünden yapmak gerekmektedir.

Haber verme hakkının, kişilik hakkı ihlallerinde hukuka uygunluk sebebi olması, kişilik hakkı ihlal edilenin toplumdaki statüsü ile çok yakından ilgilidir. Bu bağlamda toplum içindeki statülerine göre kişiler, doktrinde, kamuya mal olmuş kişiler ve anonim kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamuya mal olmuş kişiler, toplum içinde buldukları konum sebebi ile kamuoyunun dikkatini çeken kişilerdir. Bunlara örnek

olarak, devlet adamları, milletvekilleri, yazarlar, sporcular, gazeteciler, sanatçılar, bilim adamları verilebilir. Dolayısıyla bu kişiler için toplumsal bir ilgi söz konusudur. Ayrıca söz konusu kişiler için “özel hayat” kavramı daha dar yorumlanmalıdır. Zira bu kişiler, içinde buldukları durum gereği şiddetli eleştirilere, görüntülenmeye yahut fotoğraflarının çekilmesine açık olmalıdırlar.

Burada kişilik hakları ve haber verme hakkı arasında bir denge kurmak oldukça önemlidir. Kamuya mal olmuş kişiler kamu yararı sebebiyle resimlerinin yayınına katlanmak durumundadırlar¹². Elbette kamu hayatında bir rolü olan bu kişilerin de özel hayatlarının korunmasına hakları vardır. “Ancak, bu hayat kamu hayatında etkili olmuşsa, o zaman istisnaen korunmamaktadır”¹³. Bu kamu yararı her olayın kendine özgü koşulları içinde ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin kalp krizi sonucu yerde yatan bir siyasinin yüzündeki acı ile oluşan resminin yayınında kişinin yararı, kamu yararının üstündedir¹⁴. Bazı durumlarda ise kamu yararı daha üstün tutulacaktır. Örneğin savcılık ve polis tarafından aranan bir zanlının resminin veya görüntüsünün yayınlanmasında kamu yararının bulunduğu söylenebilir. Özellikle günümüzde gazeteciliğin, magazin gazeteciliğini de kapsadığı ve bunun, alanında ödüller verilen bir meslek olduğu bilinmektedir. “Kamu yararı” unsurunun, magazin gazeteciliği mevzu bahis olduğunda daha farklı değerlendirilmesi gerektiği aşikârdır. Nitekim Von Honnover- Almanya davasında AİHM, magazin gazeteciliği kapsamında yayınlanan görüntülerde de hukuka uygunluk sebebi olabileceğini belirtmekte ve fakat söz konusu davada fotoğrafların ilgilinin **güçlü bir müdahale ve hatta zulüm hissi yaşamasına neden olan ve sürekli devam etmekte olan bir taciz ortamında çekilmesi** sebebiyle özel hayata müdahale edildiği sonucuna varmaktadır.

Haberin konusuna gelindiğinde ise olay açıklamalarının üzerinde durmakta fayda vardır. Olay açıklamalarının hukuka uygun olabilmesi için öncelikle **gerçeğe uygun** olması gerekmektedir. Ayrıca haberin, **güncellik ve kamu yararı** unsurlarını birlikte taşıması “haber” niteliği

12. Volkan Sırabaşı, *İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Ankara 2003, sh. 78.

13. Prof. Dr. Öztekin Tosun, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, 1976, sh. 382.

14. İlknur Serdar, *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*, Ankara 1999, sh.92.

taşıyabilmesi için şarttır. Bir olay açıklaması gerçek olsa bile, kamuoyuna **nesnel ölçütlere uygun** olarak sunulmalıdır. Bir açıklamanın nesnel ölçütlere uygun olarak yapıp yapılmadığı ise, açıklama ile hedeflenen amaca uygun araçların kullanılıp kullanılmadığının ve açıklamanın sunulduğu biçiminin uygun olup olmadığının tespiti ile ortaya çıkacaktır.

Özel hayatın korunmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü karşısında dengelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel öğelerinden birisini oluşturduğunu belirtmektedir. *10. maddenin 2. bendine bağlı olarak, söz konusu özgürlük, sadece uygun olarak kabul edilen, zararsız addedilen, farklılık içermeyen haber ve fikirler için değil; aynı zamanda şok eden, rahatsız eden, kızdıran haber ve fikirler için de geçerlidir. Bu durum, "demokratik toplumdan" da söz edebilmek için var olması gerekli olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin de gereğidir (Handyside v. Birleşik Krallık)*. Bu bağlamda basın, demokratik bir toplumda temel bir rol oynar. Basının yükümlülüğü, özellikle diğerlerinin şöhretleri ve hakları bakımından birtakım sınırların aşılması koşuluyla, yükümlülüklerine ve sorumluluklarına uygun olarak kamu menfaatini ilgilendiren tüm hususlarda bilgi ve fikirlerin iletilmesini sağlamaktır. (Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık).

Basın özgürlüğü, bir dereceye kadar abartmaya ve hatta tahrike başvurmayı da kapsar. (Prager ve Oberschlick v. Avusturya).

Mahkeme, özel hayatın korunmasını ifade özgürlüğü karşısında dengelemek zorunda olduğu davalarda her zaman basında yayınlanan fotoğraflar ve makalelerin kamu menfaatine yaptığı katkıya vurgu yapmıştır. (News Verlags GmbH & CoKG v. Avusturya, no. 31457/96 ve Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Avusturya, no. 34315/96). Mahkeme, ele aldığı bir davada, kişinin özel hayatına dair birtakım ilişkilerinin kullanılmasının, kamu yararı düşüncesine dayandırılarak haklılaştırılmayacağını ve bu ilişkilerin genel olarak bir önem teşkil etmediğini belirtmiş ve 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, ele aldığı bir başka davada, söz konusu meselenin "kamuoyunun büyük ilgisini" çeken güncel bir haber hakkında olduğunu ve yayınlanan fotoğraflarda söz konusu kişinin özel hayatına ait herhangi bir gizli detay bulunmadığını özellikle belirterek 10. maddenin ihlal edilmediğine

karar vermiştir (Krone Verlag). Benzer diğer davalarda da belirtildiği gibi, başvurucunun kamuoyunda tanınmış bir kişi olmasına rağmen, yeğâne amacı başvurucunun özel hayatına ait detaylarla birtakım okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasının topluma herhangi bir menfaat sağlamaya-acağına karar verilmiştir.

Mahkeme aynı gerekçelerle ve “*şabıs sürekli olarak taciz edilmiş; fotoğraflarla beraber özel hayatına ilişkin haberlere yer verilmiştir*” ifadeleriyle, fotoğrafları çekilen Prenses Caroline’in Almanya’ya açtığı davada Almanya aleyhine karar vermiştir. Bu sebeple kamusal alan-özel alan ayırımının iyi yapılması ve bu tür davalarda kamu yararı kavramının doğru yorumlanması önemlidir. Özellikle magazin gazeteciliğinde sıkça görülen özel hayata ilişkin bazı fotoğraflar, kamuya mal olmuş kişilere ait olduğu ve kamusal alanda taciz ortamına dönüşmeyecek şekilde çekildiği takdirde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacaktır. Herkesin görebileceği yerlerde alınan görüntüler topluma mal olmuş kişiler açısından ihtimal dâhilinde tutulmalıdır ve özel hayatı ihlal anlamına gelmemektedir.

İç hukukumuzda ise ele alınması gereken önemli bir karar, Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin daha önce de değindiğimiz 98/2325 Esas, 98/2271 numaralı kararıdır. **Zira kararda, defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntülerinin gizli kamerayla tespit edilip; televizyonda yayınlanması hususu söz konusudur.** Ayrıca kararda “kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri ve gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse” ifadesi yer almaktadır. Yargıtay bu koşullarla özel hayatın ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tüm bu kararlar incelendiğinde görüleceği üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşup oluşmadığı her olayın somut koşullarına göre değerlendirilmelidir. Ancak basın haber verme hakkı kapsamında, bu değerlendirmenin şu aşamalarla yapılması gerekmektedir.

- Söz konusu yayının yapılmasında kamu yararı var mıdır?
- Yayın güncel midir?
- Haberin veriliş biçimi amaca uygun mudur?

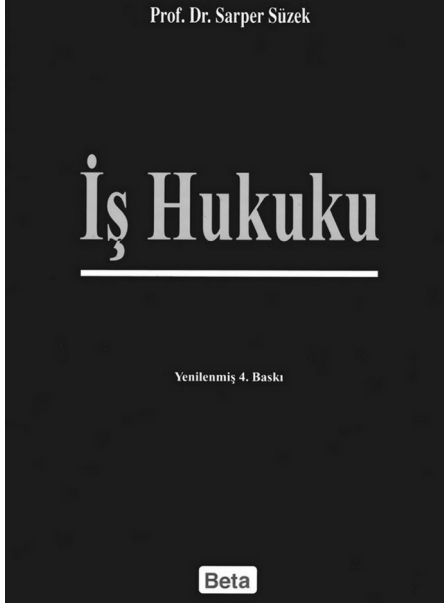
- Haber gerçek midir?
- Yayının süjesi kamuya mal olmuş bir kişi midir?
- Çekilen fotoğraf veya alınan görüntüler bir taciz ortamında mı elde edilmiştir?
- Bunlar, herkes tarafından görülmesi mümkün olmayan bir mekânda mı elde edilmiştir?

Her olaya göre yapılan ayrı bir değerlendirme ile haber verme hakkı ve özel hayatın korunması hakkı dengelenebilecektir. Ancak AİHM'ne yapılan tüm bu atıflara rağmen; mahkemenin tüm kararlarında, özel hayatın korunması konusunda devletlere çok geniş bir takdir alanı bıraktığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla kanunumuza yeni girmiş olan bu suçla ilgili yeni oluşacak içtihat bizlere daha çok yol gösterecektir.

KAYNAKÇA

- Gölcüklü**, Feyyaz / **Gözübüyük**, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi*, 4. Bası, Ankara, 2003.
- Hafizoğulları**, Zeki, *İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması*, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997.
- Kaplan**, İbrahim, *Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması*, Ankara 1979.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1982, AÜHF Yayınları.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 2005.
- Sarıhan**, Şenal, *AİHS'nin 8. Maddesi Ne Diyor?*, www.yargitay.gov.tr/Aihm/Sempozyum.
- Serdar**, İlknur, *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali Ve Kişiliğin Korunması*, Ankara 1999.
- Sırabaşı**, Volkan, *İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Ankara 2003, Adalet Yayınevi.
- Şen**, Ersan, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul 1996.
- Şen**, Ersan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Hayata Karşı Suçlar*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/3 sh. 707-720.
- Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, Murat, *Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2007, Seçkin Yayınevi.
- Tosun**, Öztekin, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, 1976.
- Uzgören**, Orhan, *Bireysel Hayatın Korunması, Özel Hayat- Aile Hayatı-Konut- Haberleşme, Türk Mahkemelerindeki Davalarda 8. Madde İle İlgili Sorunlar*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, Yargıtay Konferans Salonu, www.yargitay.gov.tr/Aihm/Sempozyum.

Beta



İŞ HUKUKU
Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Ebatı
16.2 cm-23.5 cm

Sayfa Sayısı
950 Sayfa

Basım Tarihi
Eylül 2008

Fiyatı
48.00 YTL.

İŞ HUKUKU DERSLERİ

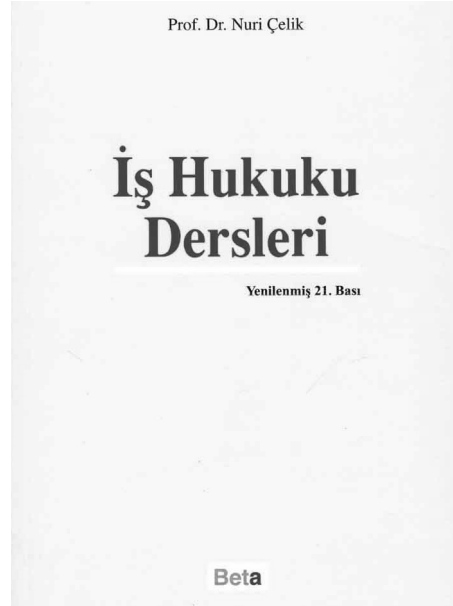
Prof. Dr. Nuri ÇELİK

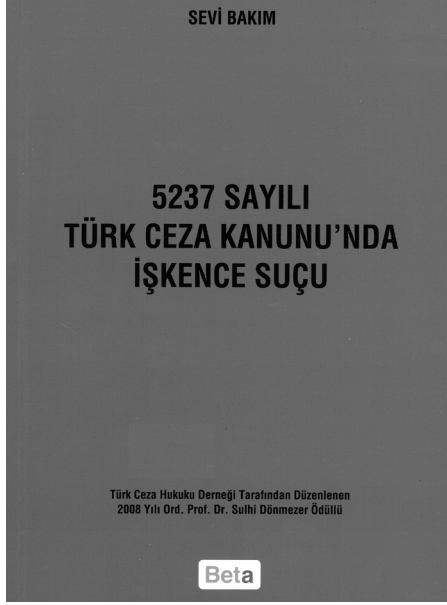
Ebatı
16.2 cm-23.5 cm

Sayfa Sayısı
711 Sayfa

Basım Tarihi
Ağustos 2008

Fiyatı
Ciltli: 40.00 YTL./Ciltsiz: 35.00 YTL.





**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA
İŞKENCE SUÇU**

Sevi BAKIM

Ebatı

16.2 cm-23.5 cm

Sayfa Sayısı

257 Sayfa

Basım Tarihi

Temmuz 2008

Fiyatı

24.00 YTL.

**CEZA MAHKEMESİNDE YARGILANAN
VERGİ SUÇLARI**

Prof. Dr. Süheyl DONAY

Ebatı

16.2 cm-23.5 cm

Sayfa Sayısı

269 Sayfa

Basım Tarihi

Haziran 2008

Fiyatı

32.00 YTL.



Türk Ceza Hukuku Derneği ve Beta Yayıncılığın yayını olan
SUÇ ve CEZA DERGİSİ'ne abone olun!..

“Suç ve Ceza Dergisi, bu sayısı ile dördüncü kez Türk hukukçularının yararına sunulmaktadır. Ceza Hukuku alanında Türkiye’de önemli bir yayın niteliğine ulaşacak olan bu dergi, üç ayda bir çıkacaktır.

Her sayıda, bilim adamları, yargıçlar, savcılar, avukatlar ve hukukçular, Ceza Hukuku ile ilgili önemli sorunları makalelerle, inceleme ve araştırmalarla, Türk hukukçularının yararına sunacaktır.

Dergimizin ilk iki sayısı ücretsiz dağıtılmıştır. Üçüncü sayıdan itibaren ücretli ve her sayı 20.-YTL olarak satışa sunulacaktır.

Abone olmak isteyenler için yıllık abonelik ücreti, 20.-YTL’lik bir indirim ile 60.-YTL. olarak öngörülmüştür.

*Dergimiz sizinle güçlenecektir;
Türk hukukunun daha güzel,
çağdaş ve atılımlar içinde olması hepimizin dileğidir.*

BETA Yayıncılık

Dergimizin düzenli olarak size gönderilmesini istiyorsanız, lütfen
BETA BASIM YAYIN DAĞITIM A.Ş. adına,
İŞ BANKASI/CAĞALOĞLU Şubesinin
590328 No.lu hesabına 60.-YTL. yatırmanızı ve dekontu
0212/511 31 52 no.lu faksa göndermenizi rica ederiz.
(İş Bankası Şube Kodu: 1095)

Ayrıntılı bilgi ve iletişim için:
BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
(CEMİLE MERAL - EYLEM ÇAMURLU)
Himaye-i Etfal Sok. Talas Han No: 13/15 Cağaloğlu-İstanbul
Tel. : 0212/511 54 32 - 0212/519 01 77 Dahili: 11-12
Faks : 0212/511 31 52
E-mail : cemile.meral@damgada.com
eylem.camurlu@damgada.com