

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
2009

SAYI

3

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

Sahibi
Türk Ceza Hukuku Derneği
İktisadi İşletmesi adına
Prof. Dr. 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
Şubat 2010

İçindekiler

Ar.Gör.Fulya Eroğlu	1	Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme
Ar.Gör.Tevfik Sönmez Küçük	34	Açlık Grevleri
Av.Candaş Gürol	63	Suç ve Suçluluğun Milletlerarası Etkinliğinin Artmasına Karşı "Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma"
Çev.Stj.Av.Burak Candan	106	10. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül-5 Ekim 1969)
Çev.Av.Hüseyin Altaş	115	11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 9-14 Eylül 1974)
Çev.Ar.Gör.Gülşah Kurt Yücekul	127	12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Hamburg, 16-22 Eylül 1979)
Çev.Stj.Av.Ayça Onural	142	13. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Kairo, 1-7 Ekim 1984)
Çev.Av.Elif Yarsuvat	163	14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Viyana, 2-7 Ekim 1989)
Çev.Ar.Gör.Güçlü Akyürek	185	15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Rio de Janerio, 4-10 Eylül 1994)
Çev.Yard.Doç.Dr.Barış Erman	212	16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999)
Çev.Stj.Av.Banu Kınıkoğlu	230	17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin, 12-19 Eylül 2004)

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme

Ar. Gör. Fulya Eroğlu*

I. GİRİŞ

Merkezinde “insan” olan sağlık hukukunun vazgeçilmez bir parçası olan hasta hakları, insan haklarının bir görünüm biçimidir¹ ve bir boyutuyla da sağlık personelinin hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir².

Hasta haklarını doğrudan ilgilendiren pek çok uluslararası ve bölgesel tıp etiği belgesi bulunmaktadır. Bunlar arasında özellikle, Dünya Tabipler Birliği'nin 1981 Lizbon Hasta Hakları Bildirisi ile 1987 Madrid Ötenazi Bildirisi, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu tarafından 1994 yılında Amsterdam'da kabul edilen “Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” (1995 yılında genişletilerek Bali Bildirgesi adını almıştır) ve 2002 yılında Roma'da kabul edilen Hasta Hakları Avrupa Statüsü'nün sayılması mümkündür.

Bununla birlikte, Türk hukuku kapsamında bağlayıcı nitelikte bulunan ve hasta hakları konusunu işleyen temel hukuk metni, Avrupa Konseyi'nin 4 Nisan 1997 tarihli ve 164 no.lu “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” veya kısa adıyla “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”dir.

Söz konusu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 2 Temmuz 2004 tarihinde imzalanmış ve 1 Kasım 2004 tarihinde de meclis tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda sözleşme, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. İnsan haklarını düzenleyen temel bir antlaşma olması nedeniyle de iç hukukun üzerinde doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Bu durumda herhangi bir iç hukuk normunun Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiğini gören

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

1 Yener Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, CHD, S. 3, Nisan 2007, s. 199.

2 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin, 2007, s. 45.

uygulayıcıların, söz konusu iç hukuk normunu görmezden gelerek doğrudan Biyotıp Sözleşmesi'ne dayanması ve bu doğrultuda karar vermesi gerekmektedir.³

Söz konusu maddeye göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Mevzuatımızda da hasta haklarına ilişkin özel bir düzenleme olarak Hasta Hakları Yönetmeliği bulunmaktadır. Bu yönetmelikte aşağıda da inceleyeceğimiz bazı hasta hakları düzenlenmiş olmakla birlikte, gerek doktrinde ve gerekse karşılaştırmalı hukukta Yönetmelik'te yer almayan başka hakların da hasta hakkı olarak kabul edilmiş bulunduğu görülmektedir. Söz konusu haklar arasında özellikle üzerinde durulanlar şunlardır: Kendi yaşamını belirleme hakkı (kendi geleceğini belirleme hakkı), hiçbir dış etki ve baskı altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılabilme hakkı, saygı görmeyi bekleme hakkı, sağlık hizmetlerinden ve hizmetinden yararlanacağı doktorunu seçmek açısından ayrımcılığa tabi tutulmadan genel olarak, eşit ve yeterli biçimde yararlanma hakkı, sağlık sisteminin oluşum ve işleyişine katılma hakkı, ve son olarak onurlu biçimde ölme hakkı⁴.

Bunlar dışında, yeni ortaya çıkan hak kategorileri kapsamında dölünü sürdürme (üreme) hakkı, müdahale edilmemiş bir genetik kökene sahip olma hakkı, biyolojik kökenini bilme hakkı, hastalığını öğrenme hakkı, hastalığın niteliğini öğrenmeme hakkı gibi haklardan da söz edilmektedir⁵.

-
- 3 Metin Feyzioğlu, “Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Ankara Barosu yay., 2008, s. 315; Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 189.
 - 4 Bu haklar için bkz. Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 202; benzer bir sıralama için bkz. Tefvik Özlü, “Hasta Hakları”, Sağlık Hakkı, Sayı: 3, Kasım 2007, Hasta Hakları Özel Sayısı, HAKSAY, s. 4.
 - 5 Bkz. Ergun Özsunay, “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, Beta, 1998, s. 4 – 5.

Bu çalışmada hasta hakları, Hasta Hakları Yönetmeliği (Yönetmelik) çerçevesinde ele alınarak, konuya ilişkin mevzuatta düzenlenen hükümler, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve doktrinde yer alan görüşler ışığında incelenmiştir. Bu bağlamda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin sistemiği temel alınarak Yönetmelik'te yer verilen haklar açıklanarak, konu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

II. HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİNİN İNCELENMESİ

A. MEŞRUIYET TEMELİ

Hasta hakları yönetmeliği, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9/c maddesinde yer alan “*bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel, kıstaslarını belirlemeye, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilatlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmet içi eğitim usul ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususlar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir*” hükmü ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 43. maddesinde yer alan “*bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir*” hükmüne dayanılarak çıkarılmıştır (Yönetmelik m. 3).

B. HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİNİN KAPSAMI VE YÖNETMELİKTE KABUL EDİLEN İLKELER

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “kapsam” başlığını taşıyan 2. maddesi incelendiğinde Yönetmelik'in kapsamının oldukça geniş tutulmuş olduğu görülmektedir. Söz konusu maddede, sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşların yönetmelik kapsamında bulunduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgililer ile hizmetten faydalanma hakkı bulunan her kişinin kapsam dahilinde olduğu da ifade edilmiştir.

Bununla birlikte Yönetmelik'in "tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "hasta" kavramı, "*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseler*" olarak tanımlanmıştır. Sübjektif ölçüler esas alınarak yapılan bu tanıma göre, kişinin tıbbi ölçülere göre objektif olarak hasta olması veya sayılması yerine sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunması yeterli görülmüştür. Bu açıdan kişinin sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı duyması yeterli sayılmaktadır.⁶

Söz konusu maddede yer alan "sağlık kurum ve kuruluşu" tanımında ise, "*Milli Savunma Bakanlığı'na ait olan hariç olmak üzere*" ifadesi kullanılarak, kamuya ait sağlık kurumlarından Milli Savunma Bakanlığı'na ait olanlar kapsam dışında bırakılmıştır.⁷

C. YÖNETMELİKTE DÜZENLENEN HASTA HAKLARI

1. SAĞLIK HİZMETLERİNDEN FAYDALANMA HAKKI

a. Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Faydalanma

Yönetmeliğin ikinci bölümünde sağlık hizmetlerinden faydalanmaya ilişkin haklar düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda, altıncı maddede "adalet ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma" başlığı altında, sağlık hizmetlerinin adalet ve hakkaniyete uygun şekilde sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, insanlara eşit davranmayı gerektiren adalet ilkesinin somutlaşmış halidir. Maddede, kişilerin "sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkının" kapsamına, sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetlerin ve koruyucu sağlık hizmetlerinin de dahil olduğu belirtilmektedir.

Yönetmelik'in 6. maddesi, sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkının yanı sıra bir yükümlülüğü de hüküm altına almaktadır. Buna göre, söz konusu hak, sağlık hizmet veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içermektedir.⁸

⁶ Yahya Deryal, "Hasta Hakları", 7 Bölge 7 Nokta – Roche Sağlık Günleri (Tebliğler), İstanbul, Deniz Ofset, Temmuz 2007, s. 57.

⁷ Deryal, "Hasta Hakları", s. 56, dn. 3.

⁸ Belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetlerinden hastane personelinin, hakim ve savcılarının öncelikle yararlanacağına ilişkin çıkarılan bakanlık genelgesi bu ilkelere aykırı niteliktedir. (Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 49).

b. Bilgi İsteme

Yönetmeliğin 7. maddesi hastaların bilgi isteme hakkını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca hastalar, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabilecekleri konusunda bilgi isteyebileceklerdir.

Maddede yer verilen hakkın kapsamına, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme hakları da girmektedir.

Hastayı bilgilendirme yükümlülüğü ise, bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına aittir.

Söz konusu hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi için sağlık hizmetlerine ilişkin bilgilerin kolay ulaşır olması gerekmektedir. Bu bağlamda da, bürokratik engellerin kaldırılması, sağlık elemanlarının eğitilmesi, bilgi materyallerinin hazırlanıp dağıtılması sağlanmalıdır.⁹ Avrupa statüsü mç3

c. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme

Yönetmelik'in 8. maddesinde hastaların sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve değiştirme hakları düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu hak, mevzuatın öngördüğü usul ve şartlar ile yine mevzutla belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak kaydıyla kullanılabilir. Ancak acil durum söz konusu olmadıkça hastaların, bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşu bakımından mevzutta öngörülen sevk zincirine uymayan bir kuruluş seçmeleri halinde aradaki ücret farkı kendileri tarafından karşılanacaktır (Yön. m. 8).

Görüldüğü üzere sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı, mevzuatın izin verdiği ölçüde hastalara tanınmaktadır. Konuya ilişkin olarak belirtmek gerekir ki, bu hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi için aynı şekilde sağlık hizmeti sunan birden çok kurumun bulunması gerekmektedir. Özellikle hastaların mevzuatta öngörülen sevk zincirine uymayan bir kuruluşu tercih etmeleri halinde aradaki ücret farkını karşılamak zo-

⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 49.

runda oldukları bu sistemde, kuruluş tercih hakkının bir ekonomik maliyeti de beraberinde getirdiği unutulmamalıdır. Bu bağlamda, ülkemizde hizmet sunan kurumların azlığı ve hasta sayısının fazlalığı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hakkın gereğince kullanılmadığı görülmektedir.¹⁰

Hastanın sağlık kuruluşunu değiştirme hakkını kullanabilmesi için hekimin hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastalığın daha da ağırlaşıp ağırlaşmayacağı konularında hastanın hekim tarafından aydınlatılması da gerekmektedir (Yön. m. 8).

Hastanın bir sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben fayda bulunmayan veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli gereken haller de söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, hastaya veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun ya da kısıtlı olduğu hallerde velisi veya vasisine konuya ilişkin açıklama yapılır. Ayrıca hastanın nakledileceği sağlık kuruluşuna da, sevk eden kuruluş veya mevzuatla belirlenen yetkililerce gerekli bilgiler nakil öncesinde verilir. Yönetmelik'te her iki durum açısından da esas olanın hizmetin aksamadan ve kesintisiz olarak verilmesi olduğu vurgulanmaktadır (Yön. m. 8).

d. Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme

Yönetmelik'in 8. maddesinde yer alan hükme benzer bir düzenlemeye 9. maddede yer verilmiştir. Yönetmelik'in 9. maddesinde; *“hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir. Mevzuat ile belirlenmiş usüllere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır. Personeli seçme, tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakları kullanıldığında, mevzuat ile belirlenen ücret farkı, bu hakları kullanan hasta tarafından karşılanır”* düzenlemesi yer almaktadır.

¹⁰ Turan Yıldırım, “Hasta Hakları”, Sağlık Hukuku (Sempozyum No. 1) – 17.11.2006, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları San. A. Ş., Ocak 2007, s. 118.

Yönetmelik'in 8. maddesine ilişkin olarak getirdiğimiz eleştirilere benzer eleştiriler bu madde açısından da söz konusu olacaktır. Ülkemizde personel sayısının yetersizliği ve madde gereği hastanın yüklenmek durumunda olduğu maddi yük sebebiyle bu hükmün de uygulanması güçleşmektedir.

Bununla birlikte, CMK'da yer alan tıbbi bilirkişilik kurumuna ilişkin hükümler bu hakkın istisnasını teşkil etmektedir. Bu açıdan örneğin, CMK'nın 75 ve 76. maddeleri uyarınca kişi muayeneye tabi tutulduğu durumlar böyledir. Tıbbi bilirkişilik söz konusu olduğunda, yetkili hakim veya mahkeme tarafından tayin edilen ve zorunlu bilirkişilik görevini ifa eden hekim tarafından müdahale gerçekleştirilecektir. Burada hastanın bizzat hekimi seçmesi mümkün olmamakla birlikte, bazı hallerde yetkili hakim veya mahkeme tarafından başka bir hekimin görevlendirilmesini talep edebilir. Ancak burada hastanın yetkili hakim veya mahkemece tayin edilen bilirkişi hekimin güvenilirliği konusunda somut veriler belirterek kuşkularını ifade etmesi gerekmektedir. Söz konusu iddianın ciddi bulunması halinde tayin edilen bilirkişi hekimden başka bir hekimin tayin edilmesi gerekecektir.¹¹

e. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme

Öncelik sırasının belirlenmesine ilişkin düzenleme Yönetmelik'in 10. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *“sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır. Acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve özürülüler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır”*.

Söz konusu hükme benzer bir düzenleme Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 38. maddesinde yer almaktadır. *“Olağanüstü Durumlar ve Savaş”* başlıklı düzenlemede; *“hekim, olağanüstü durumlar ve savaşta, evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygular. Hasta ve yaralı sayısının çokluğu nedeniyle, herkese gerekli tıbbi yardımın verile-*

¹¹ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 209.

mediği koşullarda, bekim, tedavi olasılığı yüksek olan ağır vakalara öncelik verir” denilmektedir.

Doktrinde, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarınının 38. maddesinde yer alan ilkenin olağanüstü durum veya savaş hali dışında da uygulama olanağı bulup bulamayacağı sorusu gündeme getirilmiştir.¹² Bu noktada belirtmek isteriz ki, olağan durumlar açısından “yükümlülüklerin çatışması” hukuka uygunluk sebebinden söz edilebilecektir. İhmali suçlar bakımından kabul edilen bu hukuka uygunluk nedenine de “görevlerin çatışması” da denilmektedir. yükümlülüklerin çatışmasında fail açısından en azından iki hareket yükümlülüğü mevcut olmakta ancak fail bunlardan yalnızca birini yerine getirebilecek durumda bulunmakta ve diğer yükümlülüğü ihlal etmektedir.¹³ Konumuz itibariyle de önceliğin belirlenmesine ilişkin olarak “görevlerin çatışması” kurumuna başvurulmak suretiyle sorun çözüme kavuşturulabilmektedir.

f. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı ile Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı

Yönetmelik’in 11. maddesinde hastaların “tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı” düzenleme altına alınmış, 12. maddesinde ise “tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı”na yer verilmiştir.

Yönetmelik’in 11. maddesi uyarınca hastaların teşhis, tedavi ve bakımlarınının tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Söz konusu maddede ayrıca, “*tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılama[yacağı]*” belirtilmektedir. Mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyetteki işlemleri yasaklayan hükmün kapsamına yalnızca teşhis ve tedavinin dahil edildiği, bununla birlikte bakımın düzenleme kapsamında yer almadığı görülmektedir. Ancak ilgili hükümde neden bu tür bir ayrıma gidildiği anlaşılamamaktadır.

Bunun yanı sıra 12. maddede ise teşhis, tedavi ve koruma amacı olmadan gerçekleştirilen müdahaleler yasaklanmaktadır. Buna göre, söz konu-

¹² Yıldırım, “Hasta Hakları”, s. 118.

¹³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 315, 517.

su amaçlar bulunmaksızın ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek, vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli ya da bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacak, hatta talep de edilemeyecektir.

Madde öncelikle kullanılan dil açısından eleştiriye muhtaçtır. Bu bakımdan maddede yer alan “ölüme yol açabilecek olmak” ve “hayati tehlikeye yol açabilecek olmak” kavramlarının birbirinden ne şekilde ayrılacağı belli değildir. Ayrıca maddede, bu tür müdahaleleri uygulamanın yanı sıra talep edilmesinin dahi yasaklanmış olması bakımından aşırıya kaçılmış olduğu görüşünü taşımakta olduğumuzu da belirtmek isteriz. Kaldı ki, hekim ve sağlık personelinin yükümlülüklerini düzenleme yetkisi bulursa dahi, Sağlık Bakanlığı'nın yönetmelik vasıtasıyla hastalara yasak getirmek veya yükümlülük yüklemek gibi bir yetkisinin bulunduğu kabul edilemeyecektir. Böyle bir yükümlülüğün “hasta hakları” başlığını taşıyan bir yönetmelik ile getirilmek istenmesi ise ayrıca düşündürücüdür.

Bunların yanı sıra, özellikle ve önemle belirtmek gerekir ki, doktrin de tıbbi gereklilik yani endikasyon kavramının sosyal ve psikolojik endikasyonu da kapsar şekilde anlaşılması gerektiğini ifade eden bir görüş¹⁴ bulunmakla birlikte, günümüzde herhangi bir endikasyon bulunmadan yapılan tıbbi müdahaleler de giderek artmaktadır. Örneğin, bir fotomodelin yalnızca kazancını artırmak için rızası ile gerçekleştirilen estetik amaçlı müdahale bu niteliktedir.¹⁵

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre de, bütün tıbbi müdahalelerin sadece kişinin yaşamı ve sağlığını tehdit eden fiziki veya ruhsal anomalilere yönelik eylem sayıp, bunların dışında kalanları tıbbi müdahale saymamak pek çok açıdan mantık, tıp ve hukuka aykırıdır. Bu bakımdan bizce de, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin fiziki veya ruhsal yönden iyileştirme amacı gütmeyeceği hallerde dahi, müdahale tıp biliminin gereklerine uygun ise, burada tıbbi bir müdahaleden söz edilir ve diğer kanuni koşulların da varlığı halinde rıza eylemi hukuka uygun hale getirir.¹⁶

14 Hakan Hakeri, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2008, s. 35.

15 Banş Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin, 2003, s. 202.

16 Yener Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, YÜHFD, C. III, S. 2, 2006, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, s. 250.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yönetmelik'in 12. maddesinde yer alan düzenleme ile Yönetmelik'in rızaya ilişkin düzenlemeleri içeren bazı maddeleri arasında bir takım çelişkiler bulunmaktadır. Konu, Yönetmelik'in rıza ile ilgili düzenlemeleri içeren maddeleri incelenirken ayrıca ele alınacağından burada değinmeyeceğiz.

g. Ötenazi Yasağı ve Tıbbi Özen Gösterilmesi

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ötenazinin kesin bir dille yasaklanmış olduğu görülmektedir. Yönetmelik'in konuya ilişkin 13. maddesinde; *“ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez”* düzenlemesi yer almaktadır.

Yönetmelik aktif – pasif ötenazi ayırımına yer vermeksizin genel bir ifadeyle ötenaziye yasaklamaktadır. Bununla birlikte doktrinde baskın görüş, pasif ötenaziye hukukumuzda belirli koşullarla izin verilmiş olduğunu savunmaktadır.¹⁷ Bu bağlamda doktrinde, ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktiren tıbbi tedbirlerin yarıda bırakılması olarak tanımlanan pasif ötenazinin, hastanın tedaviyi red hakkını kullanması kapsamında uygulanması halinde cezalandırılmayacağı belirtilmektedir.¹⁸ Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin 1987 tarihli Madrid Bildirgesi'nde de ötenazi yasağının “hekimi, hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymayacağı” ifade edilmiştir.¹⁹ Aktif ötenazinin ise, olması gereken hukuk bakımından serbest bırakılması gerektiği bizce de yerinde bir şekilde savunulmakla birlikte²⁰ durum doktrinde tartışmalıdır²¹.

¹⁷ Özsunay, “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, s. 41; Sulhi Dönmez, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2001, s. 35 – 38; Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 170 – 171.

¹⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 306 ve dn. 9, 307 ve dn. 1.

¹⁹ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 168.

²⁰ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 212; Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 134.

²¹ Konuyla ilgil tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Ankara, Nobel, 2000, s. 61 – 63; Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 127 – 128.

Her ne kadar aktif ötenazinin serbest bırakılmasının, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin sınırları dahilinde gerçekleştirilmesi mümkün değilse de Yönetmelik'in aktif – pasif ötenazi ayırımını yapmamış olması yerinde olmamıştır; zira 24. madde kapsamında tedaviyi red hakkının kullanılmasının çeşitli istisnalara bağlanmış olması karşısında, pasif ötenazinin yasaklanmış olduğu sonucuna götürebilecek uygulamaların önü açılmış olmaktadır. Bu durum ise, temel haklara aykırılık teşkil edeceği gibi, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi uyarınca doğrudan uygulanabilir nitelikte bulunan ve konuya ilişkin herhangi bir istisnaya yer vermeyen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin²² de ihlali anlamına gelmektedir.

Ötenazi yasağının yanı sıra 14. maddede ise, personelin hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni göstermesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, maddede “*hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özen*” ifadesi kullanılmış olmakla beraber, söz konusu özen yükümlülüğünün ölçütünün neye göre belirleneceği belirtilmemiştir. Doktrinde ise özen yükümlülüğünün belirlenmesi bakımından bazı ölçütler kabul edilmektedir. Bu ölçütlerin ortak noktası, tıp biliminin kabul ettiği objektif standartlara atıf yapmalarıdır.²³ Kanaatimizce söz konusu Yönetmelik maddesinde de böyle bir ölçütün kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Maddenin devamında ise, “*hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur*” hükmü yer almaktadır.

Bu noktada “dolaylı ötenazi” kavramına değinmek gerekecektir. Doktrinde dolaylı ötenazi, “*bekimin hastasının acısını azaltmak üzere kullandığı ve kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörüldüğü bir*

²² Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır:

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tebliikleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir”.

²³ Bu bakımdan Hakeri hekimin, “*tıbbi müdahalesini tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde ve özenle*” gerçekleştirilmesi gerektiğinden söz etmektedir (Hakeri, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri”, s. 36). Ünver'e göre de, “*gösterilmesi gereken özenin ölçütü, tıbbi standarttır*” ve “*aykırı davranış davranılmadığı araştırılması gereken özen, genel ve objektif ölçütlere göre belirlenecek bir özendir*” (Ünver, “Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku”, s. 80).

ilacın kaçınılmaz bir yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısılması durumu” olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Burada hastanın acısını azaltmak veya dindirmek için alınan bazı önlemlerin aynı zamanda hastanın yaşam sürecini kısaltıcı bir etkisinin bulunması söz konusudur.²⁵

Bu durumda Yönetmelik'in 14. maddesi ile dolaylı ötenazinin, hastanın hayatını kurtarmanın veya sağlığını korumanın mümkün olmadığı haller bakımından kabul edilmiş olduğu sonucuna varılabilmektedir.

2. SAĞLIK DURUMU İLE İLGİLİ BİLGİ ALMA HAKKI

a. Hastanın Bilgi İsteme Hakkı ve Bilgi Vermenin Usulü

Hastaların sağlık durumu ile ilgili bilgi isteme haklarına Yönetmelik'in 15. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre; *hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilme- mesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, hastalığın seyri ve neticeleri konularında bilgi isteme hakkına sahiptir* (Yön. m. 15). Yönetmelik'e göre bilgi isteme hakkı yazılı veya sözlü şekilde kullanılabilir (Yön. m. 15).

Burada esas olarak hastanın aydınlatılma hakkı düzenlenmektedir. Aydınlatılma hakkı hastanın rıza göstermesinin önkoşulu olmakla birlikte aynı zamanda hasta açısından bağımsız bir haktır. Zira aydınlatılma hakkının gerekleri yerine getirildikten sonra hastanın rıza gösterip göstermeyeceği belli değildir.²⁶

Sağlık durumu ile ilgili bilgiyi başka bir ifade ile aydınlatılmayı bizzat hasta isteyebilmektedir. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, uygulamada hatalı şekilde sıkça yapılanın aksine, acil durumlar ve istisnai bazı haller dışında rızası alınacak olan kişi de, aydınlatılacak olan kişi de hastanın eşi, çocukları ya da başka akrabaları değil, kendisidir.²⁷ Ancak hastanın

²⁴ Söz konusu tanım için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 305.

²⁵ Özsunay, “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, s. 40; Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 128.

²⁶ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 205.

²⁷ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 205; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s. 240.

küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde bu hakkı velisi veya vasisi kullanacaktır (Yön. m. 15).

Maddede “küçük” kavramına yer verilmiş olduğundan, onsekiz yaşını doldurmamış herkes hüküm kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumda, ilgili madde ile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiler bakımından herhangi bir başka kritere yer verilmeden bilgi isteme haklarını ancak velileri aracılığıyla kullanabileceklerinin düzenleme altına alınmış olduğu görülmektedir. Burada küçüğün kendi iradesine herhangi bir biçimde geçerlilik tanınmamaktadır. Söz konusu düzenleme bu açıdan Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmektedir.²⁸

Ayrıca hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına yetki verebileceği gibi, tedavisi ile ilgilenen hekim dışında bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında bilgi alabilecektir (Yön. m. 15). Bilgi hakkının bir başka kişi aracılığıyla kullanıldığı durumlarda, gerekli görülmesi halinde söz konusu yetkinin belgelendirilmesi istenilebilecektir (Yön. m. 15). Kişinin kendi hekimi dışındaki birinden de bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemede, bilgi alınacak diğer kişinin de mutlaka hekim olması gerektiği vurgulanmış ancak hekime ilişkin başka herhangi bir koşula yer verilmemiştir.

Yönetmelik'in 18. maddesi uyarınca, “*bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın rubi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir*”. Söz konusu maddede gerektiğinde tercüman kullanılacağı belirtilmektedir. Burada önemli olan bilginin hastaya anlayabileceği şekilde verilmesi oldu-

²⁸ Biyotıp Sözleşmesi'nin konuya ilişkin 6/2 maddesinin resmi çevirisi şu şekildedir:

“*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir.*

Küçüğün görüşü, yaşı ve uygunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır”.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki, Sözleşme'nin İngilizce metninde, “kanuna göre bir küçüğün bir müdahaleye rıza gösterme yeteneğinin bulunmadığı hallerde” (*where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention*) ifadesi kullanılmıştır. Bu açıdan söz konusu Türkçe çevirinin yanlıcı sonuçlar doğurduğunu düşünmekteyiz, zira İngilizce metinde kullanılan koşullu ifade ile küçüğün müdahaleye rıza gösterme ehliyetinin bulunması ihtimaline dayanılmış iken, Türkçe çeviride böyle bir ehliyetin bulunamayacağı, bir kuralmış gibi anlaşılmaktadır.

ğundan, tercüman hastanın bir yakını olabileceği gibi, durumu hastaya yeterli, anlaşılır ve doğru şekilde aktarabilecek herhangi bir kişi de olabilecektir.

b. Hastanın Sağlık Durumu ile İlgili Kayıtları İnceleme ve Düzeltmesini İsteme Hakkı

Yönetmelik'in 16 ve 17. maddelerinde hastanın sağlık kayıtlarını inceleme ve bunların düzeltilmesini isteme hakları düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; *“hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları doğrudan veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir”* (Yön. m. 16).

Bunun yanı sıra maddede, söz konusu kayıtların yalnızca hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olan kişiler tarafından görülebileceği de belirtilmektedir. Bu durumda hastanın yakını dahi olsa, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgisi olmayan kişiler bu kayıtları göremeyecektir. “Hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olma”ya örnek olarak; hastanın tedavisine yardım etmek, tedavi sürecinde yanında bulunmak gösterilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mevcut durumda akrabaların yanı sıra arkadaşlar da bilgi verilecek kişi olarak görülüyorsa bu haktan yararlandırılmalıdırlar.²⁹

Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, Yönetmelik'te hastanın bilgi edinme hakkına ilişkin olarak yer alan hükümlerin gereğince işleyebilmesi için, öncelikle Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet Ortamında Erişimine İlişkin Kanun Tasarılarının gözden geçirilerek kanunlaştırılmaları gerekmektedir. Ayrıca TCK ve CMK'da yer alan kişisel verilere ilişkin hükümlerin birbirleri ile uyumlu hale getirilmeleri ve bunlara paralel şekilde hekimlerin arşiv oluşturmalarına olanak sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.³⁰

Sağlık kurum ve kuruluşlarındaki kayıtlarda eksik, belirsiz, hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin bulunması halinde ise hasta, bunların tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini, nihai sağlık ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilecektir (Yön. m. 17). Ayrıca hastanın, sağlık duru-

²⁹ Yıldırım, “Hasta Hakları”, s. 120.

³⁰ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 220, ayrıca bkz. Ünver, a.g.e, s. 217.

muyla ilgili raporlara itiraz hakkı ile aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme hakkı da bu madde kapsamında değerlendirilmektedir (Yön. m. 17).

c. Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller ile Bilgi Verilmesinin Yasaklanması

Hastaya sağlık durumu hakkında bilgi verilmesinin usulüne ilişkin hükümlerin yanı sıra Yönetmelik'te hastaya bilgi verilmesinin yasaklandığı ve caiz sayılmadığı hallere ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Bilgi vermenin sınırını oluşturan bu düzenlemeler Yönetmelik'in 19 ve 20. maddelerinde yer almaktadır. Bu bağlamda 20. maddede hastanın talebi, 19. maddede ise hekimin uygun görmemesi hali göz önünde bulundurulmuştur.³¹

Yönetmelik'in 20. maddesinde hastaya bilgi vermenin yasaklanmış olduğu hal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemede hastanın iradesi ön planda tutulmuş ve kural olarak hastanın, kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini istemesi halinde sağlık durumu hakkında bilgi verilmesi yasaklanmıştır. Ancak mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir.

Yönetmelik'in 19. maddesinde ise hekimin takdirine bağlı olarak teşhisin saklanabileceği öngörülmüştür. Teşhisin bu şekilde saklanabilmesi için; "*hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi*" gerekmektedir.

Ayrıca bu şartların varlığı halinde ve hekimin takdirine bağlı olarak, hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilmeyebilecektir.

Bununla birlikte, tedavisi olmayan bir teşhisin ne şekilde açıklanması gerektiği de maddede belirtilmektedir. Bu bağlamda 19. maddede; "*tedavisi olmayan bir teşhis ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir*" hükmü yer almaktadır. Bu

31 Yıldırım, "Hasta Hakları", s. 119.

durumda söz konusu bildirim yalnızca bir hekim tarafından yapılabileceği ve bildirim yapılırken hekimin tam bir ihtiyat içinde hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak hükümde yer alan “*bissettirilebilir veya bildirilebilir*” ifadelerinin ne şekilde anlaşılması gerektiği açık değildir.

Tedavisi olmayan bir teşhis söz konusu olduğunda kural olarak bu teşhisin hastanın ailesine bildirilmesi gerekmektedir (Yön. m. 19). Söz konusu teşhisin hastanın ailesinin bildirilmemesi için, hastanın buna ilişkin bir talebinin bulunması ya da teşhisin açıklanacağı şahsın önceden belirlenmiş olması gerekir (Yön. m. 19).

D. HASTA HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

1. Mahremiyete Saygı Gösterilmesi Hakkı

21. maddede yer verilen “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi” hakkı çerçevesinde hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra hastanın mahremiyetinin korunmasını açıkça talep edebileceği de maddede ayrıca ifade edilmektedir. Kanaatimizce, esas olanın hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi olarak belirlendiği böyle bir hükümde ayrıca hastanın bu konuya ilişkin açıkça talepte bulunabileceğini düzenlemek gereksizdir. Yönetmelikte her türlü tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edileceği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi yönünde, açık bir talebinin bulunması önem taşımamaktadır.

Mahremiyete saygı gösterilmesi hakkının kapsamı maddede belirlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu hak; “*a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektir-medikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsa[maktadır]*” (Yön. m. 21).

Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi hakkı, hastanın ölümünden sonra da korunmaktadır. Bu durum Yönetmelik'in 21. maddesinde “*ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez*” şeklinde ifade edilmiştir.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile ilgili olmayan kişilerin de tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekebilmektedir. Bu gibi hallere ilişkin olarak Yönetmelikte özel bir düzenlemeye yer verilmiş ve böyle bir durumda önceden veya tedavi sırasında hastanın konuya ilişkin rızasının ayrıca alınması gerektiği belirtilmiştir (Yön. m. 21).

2. Bilgilerin Gizli Tutulması

Yönetmelik'te sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin kanunla izin verilen haller dışında hiç bir şekilde açıklanamayacağı hüküm altına alınmıştır (Yön. m. 22). Kanaatimizce, kişisel veri niteliğini haiz bulunan bu tür verilerin kanunla izin verilen hallerde açıklanabileceğine ilişkin hükmün kişi haklarını ihlal etmeden, etkin şekilde uygulanabilmesi için, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın en kısa zamanda, gerekli değişiklikler yapılarak kanunlaşması gerekmektedir.

Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, *kişilik haklarından vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanmasının, kişinin rızasına dayansa bile, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmayacağı* belirtilmiştir. Söz konusu madde dayanağını Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan “*berkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” ifadesinde bulmaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, hükümde söz konusu bilgileri açıklayan kişi bakımından cezai veya idari sorumluluğa değil, yalnızca hukuki sorumluluğa atıfta bulunulduğu görülmektedir.

Yönetmelik'in 23. maddesinin üçüncü fıkrasında ise; “*hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kişilerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir*” hükmü yer almaktadır. Maddenin karşıt anlamından hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı sebebe dayanarak söz konusu bilginin ifşa edilmesi halinde perso-

nelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğuna da gidilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır. Hukuki yönden geçerli ve haklı bir sebebin bulunması halinde kişilerin sorumluluğuna nasıl gidilebileceği sorusu akla gelmektedir. Bununla birlikte hukuki bir sebebe dayanmaksızın yalnızca “ahlaki yönden geçerli ve haklı” bir sebebe dayanılması ihtimali de tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bir bilginin “ahlaki yönden” geçerli ve haklı olmasının ceza hukuku bakımından bir değeri bulunmamaktadır ve cezai sorumluluk bakımından ahlaki kriterler önem arz etmemektedir.³²

Söz konusu fıkrada dikkati çeken bir başka nokta da, maddede sayılan türde bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bir bilginin ifşasından söz ediliyor olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, “zarar verme ihtimali” ile ifade edilmek istenilenin ne olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Burada yalnızca tedavi süreci bakımından nedensel sayılabilecek bir zarardan mı söz edildiği, yoksa bunun ötesine geçen maddi veya manevi zararların da mı kapsama dahil edileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Son olarak 23. maddede, araştırma ve eğitim amacıyla yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgilerinin rızası olmaksızın açıklanamayacağı düzenleme altına alınmaktadır. Söz konusu hükmün kapsamında yalnızca hastanın kimlik bilgileri yer almakla birlikte, madde metninden, kişinin rızasının varlığı halinde bu bilgilerin de açıklanabileceği sonucuna varılmaktadır.

3. Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama

Yönetmelik'in konuya ilişkin 22. maddesinde kanunda belirlenen istisnai haller dışında, hiç kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu şekilde, tıbbi müdahaleler bakımından kişinin rızasına üstünlük tanınmakta ancak kanunda belirtilen istisnalar saklı tutulmaktadır.

Bunun yanı sıra maddenin devamında esasen beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanmasını gerektirecek durumlara

³² Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, s. 255.

yer verilmektedir.³³ Kanaatimizce Yönetmelik'te bu durumlara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi gereksiz olmuştur zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan, beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin hükümler burada uygulama alanı bulacaktır.

Hastanın tıbbi müdahaleye rızasına ilişkin açıklamalara aşağıda ayrıntılı şekilde yer vereceğimizden, burada tekrara girmemek adına yalnızca Yönetmelik'in 22. maddesine değinmekle yetineceğiz.

E. HASTANIN RIZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

1. Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza

Bir tıbbi müdahalenin hukuku uygun olabilmesi için, gerçekleştirilen eylemin hasta veya temsilcisinin rızası ile uygulanması ya da başka bir hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı içinde kalması gereklidir.³⁴

Bu noktada belirtmek isteriz ki; doktrinde bir görüş tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu “hakkın icrası” hukuka uygunluk sebebine dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, hastanın rızası ve hakkın icrası tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan iki farklı unsur olmamakla birlikte, hekimin sorumsuzluğunun temeli hakkın icrasına dayanmaktadır. Bununla birlikte hekimin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için, kanunda belirtilen bir istisnanın bulunmaması halinde, hastanın rızasını alması gerekmektedir. Hekim, rızanın varlığı ile kanun ve uygulamalardan kazandığı hakkını kullanabilme olanağına sahip olmaktadır.³⁵

Ancak kanaatimizce tıbbi müdahalelerin “hakkın icrası” hukuka uygunluk nedeni kapsamında açıklanması yerinde olmamakla birlikte, esas olarak ilgilinin rızası kurumu ile sorun çözüme kavuşturulmalıdır.

³³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler şu şekildedir:

“Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimnin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir”.

³⁴ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 206.

³⁵ Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 107.

Bununla birlikte bazı sınır olaylar bakımından ise sorun, ilgilinin rızası, kanuni özel koşullar ve izin verilen risk ile eylemin objektif isnadiyetini kaldıran diğer nedenler ile çözümlenebilmektedir.³⁶

2. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Rızaya İlişkin Düzenlemeler

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin çeşitli hükümlerinde rıza konusuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte, rıza ile ilgili hükümler esas olarak beşinci ve altıncı bölümlerde yer almaktadır. Yönetmelik'in beşinci bölümü "Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası", altıncı bölümü ise "Tıbbi Araştırmalar" başlığını taşımaktadır.

a. Hastanın Rızası ve Rızanın Kapsamı

Yönetmelik'in "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24. maddesinde genel bir ifade ile "*tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gereklidir*" denilmektedir. Bu şekilde kural olarak hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunulamayacağı belirtilmektedir.

31. maddede ise rızanın kapsamına ilişkin genel bir hükme yer verilmektedir. Söz konusu düzenleme, beşinci bölümün son hükmü olmasına rağmen, kanaatimizce niteliği gereği bölüm başında bu tür bir düzenlemeye yer verilmesi daha yerinde olurdu.

Bu maddede ilk olarak aydınlatma koşuluna yer verilmiştir. Bu bağlamda "*hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması*" gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Yönetmelik'in 15. maddesinde yer alan ve hastaların bilgi isteme hakkını düzenleme altına alan hüküm de esasen aydınlatma yükümlülüğüne ilişkindir. Söz konusu maddenin içeriği incelendiğinde aydınlatmanın kapsamına giren bir konunun düzenleme altına alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği bakımından, gerek maddelerin içeriğinin belirlenmesinde gerekse maddelerin sıralanmasında yeterince titiz davranılmadığını göstermektedir.

³⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ve "hakkın icrası" kurumunun bir hukuka uygunluk nedeni olarak Yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Ünver, "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması", s. 209.

Maddenin devamında ise “*hastanın tıbbi müdahale için verdiği rıza[nın], bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsa[makta olduğu] ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterileceği*” ifade edilmektedir.

Düzenlemede rızanın kapsamı belirlenmek istenmiştir. Ancak maddede yer alan “*müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar*” ifadesi rızanın kapsamını belirleyebilmek için yeterli bir ifade değildir. Burada, kapsam oldukça geniş tutulmuştur ve ne şekilde belirlenmek istendiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda örneğin, madde gereği rızanın, tıbbi müdahalenin genişletilmesi halini de içerip içermediği anlaşılamamaktadır. Yine, tıbbi müdahalenin dışında kalan tıbbi işlemlerin, müdahale sonrası tedaviye ilişkin olduğu düşünülebilse dahi, bu gibi tedavinin parçası olan her türlü işlemin hastanın ayrıca aydınlatılmasına ve rızasına ihtiyaç duyan eylemler olduğu ve özellikle de hastanın asıl müdahale için vermiş olduğu rızayı sonraki işlemler bakımından geri alarak taburcu olmayı isteyebileceği açıktır.³⁷

Bununla birlikte maddede yer alan “*ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir*” ifadesi de kapsamı sınırlamak açısından son derece yetersizdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu ifade maddede yer almasaydı da Yönetmelik ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için özen gösterilmesi gerekliliği değişmezdi. Bu sebeple de söz konusu cümlenin madde metninde yer alması, rızanın kapsamının belirlenmesinde bize bir kriter sunmamakla birlikte, bu şekli ile gereksiz bir düzenleme niteliğini taşımaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu ifade maddenin ne şekilde uygulanacağı konusunda da şüphelere yol açmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme ile, bu madde bakımından hakların ihlal edilme-

37 Aydınlatma yükümlüğünün tedavi sonrası süreci kapsadığına ilişkin olarak bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 132; Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 203. Belirtelim ki, hastanın hekimin tavsiyesine uymaması ve işbirliğinde bulunmaması nedeniyle tedavinin başarısızlığa uğraması durumunda, özen yükümlülüğüne uymuş bulunan hekimin sorumluluğuna doğal olarak gidilmeyecektir. Bununla birlikte, hastanın tedaviyi red hakkı kullanmasının önüne geçilmemelidir. (Bu doğrultuda bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 260 – 261).

mesi için azami özen gösterilmesi gerektiği ancak diğer maddeler açısından böyle bir özenin gerekli olmadığı gibi hatalı bir sonuca varılabilmektedir. Ayrıca diğer maddeler açısından kural olarak bu haklara uymanın zorunlu olduğu ancak burada böyle bir zorunluluk bulunmamasıyla birlikte yalnızca asgari özenin gösterilmesinin yeterli olduğu gibi bir değerlendirmeye gidilmesine de imkan tanınmaktadır.

Bir başka ihtimal olarak burada özen yükümlülüğünden bahsedilmekte olduğu da düşünülebilmektedir. Ancak bu durumda da “azami ihtimam gösterilmesi”, özen yükümlülüğünün belirlenmesinde yeterli olmayacaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce maddede yer alan düzenleme yerinde bir düzenleme olmadığı gibi, rızanın kapsamını belirlemekten ziyade belirsiz bir hale getirmektedir. Bu sebeple de maddenin uygulama alanı tam olarak belirlenememektedir.

b. Hastanın Küçük veya Mahcur Olduğu Haller

Yönetmelik'in 24. maddesinde hastanın küçük veya mahcur olduğu durumlarda velisinden veya vasisinden izin alınması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu kişilerin veli ya da vasilerinin olmadığı, hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağı da 24. maddede belirtilmektedir. Kanuni temsilcinin bulunduğu fakat tıbbi müdahaleye izin vermediği hallerde de, eğer müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise mahkeme kararına bağlı olarak hastaya müdahale edilebilecektir (Yön. m. 24/2). Dahası, Yönetmelik'te hastanın kanuni temsilcisinden ve mahkemeden karar alınmasının zaman gerektirecek olması halinde ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından biri tehdit altına girecekse izin şartının aranmayacağı belirtilmektedir (Yön. m. 24/3).

Konuya ilişkin olarak, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde de; “*tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tabtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*” hükmü bulunmaktadır.

Kanaatimizce Yönetmelik'te yer alan bu düzenleme son derece sakıncalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada 18 yaşından küçük olan

ve mahcur olan herkes madde kapsamına alınmaktadır. Maddede başka herhangi bir koşula yer verilmeyerek bu kişilerin tıbbi müdahaleye tabi tutulabilmesi için veli veya vasilerinin rızası şart koşulmakta, tıbbi müdahalenin muhatabı olan hastanın irade beyanına ilişkin ise herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bununla birlikte Yönetmelik'in "Küçüğün veya Mahcurun Tıbbi Müdahaleye İştiraki" başlıklı 26. maddesinde "*kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır*" hükmü yer almaktadır.

Her iki hüküm birlikte incelendiğinde, küçükler ve mahcurlara bir tıbbi müdahalede bulunulması gerektiğinde kural olarak, belirtilen kişi veya merciden izin alınması ve her durumda mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcurun dinlenmesi suretiyle iştirakinin sağlanması gerektiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra değinilmesi gereken başka bir önemli husus ise Yönetmelik'te yer alan, izin vermeye yetkili kişi/merci ve iznin aranmayacağı hallere ilişkin hükümlerdir. Küçükler ve mahcurlar açısından tıbbi müdahaleye izin verme yetkisi kural olarak veli ya da vasiye tanınmış ancak belli hallerde bu yetki mahkemeye verilmiştir. Buna göre kanuni temsilcinin izin vermediği hallerde, müdahalede bulunmanın tıbben gerekli olması koşuluyla müdahale mahkeme kararına bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir. Ancak maddede yer alan "tıbben gerekli olma" ölçütü son derece geniş kapsamlı ve belirsizdir.

Bununla birlikte maddede yer alan ve izin koşulunun aranmayacağı hallere ilişkin hükümler de eleştiriye muhtaçtır. Bu bakımdan veli veya vasinin izninin aranmayacağı haller olarak, veli ya da vasinin mevcut olmaması, hazır bulunmaması veya hastanın ifade gücünün bulunmaması sayılmıştır. Bu şartlardan özellikle "hastanın ifade gücünün bulunmaması" şartı dikkat çekicidir. Bu durumda ifade gücü bulunmayan bir küçük veya mahcurun veli ya da vasisi mevcut olup, hazır bulunsa dahi bu yeterli sayılmamakta, kanuni temsilcinin iradesine böyle bir halde itibar edilmemektedir.

Ayrıca kanuni temsilci ya da mahkemeden alınacak iznin zaman gerektirmesi halinde de izin şartı aranmayabilecektir. Bunun için, hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatının ya da hayati or-

ganlarından birisinin tehdit altına girecek olması gerekmektedir. Kanaatimizce maddede yer alan “*zaman gerektirmek*” ve “*tehdit altına girmek*” kavramları yoruma açık ve belirsiz kavramlardır. İzin şartının kaldırılması sonucunu doğuracak nitelikteki bu koşulların daha net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca dikkat çekmek isteriz ki, izin şartının aranmayacağı hallerle ilişkin düzenlemelere Yönetmelik'te yer verilmiş olmasına rağmen izin şartının kaldırıldığı hallerde müdahalenin neye dayanılarak yapılacağına değinilmemektedir. Yönetmelik'te yer alan düzenlemelerden, bu gibi durumlarda hastanın rızasına da gidilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Nitekim Yönetmelik'in 26. maddesinde küçüğün ve mahcurun tıbbi müdahaleye iştirakinden bahsedilmekte ve “*mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi suretiyle iştirakinin sağlanacağı*” ifade edilmektedir. Ancak bu kişilerin rızalarına itibar edilebileceğine ilişkin bir hüküme yer verilmemektedir. Bu durumda, izin koşulunun aranmadığı hallerde tıbbi müdahaleye ilişkin karar verme yetkisinin hekime tanınmış olabileceği sonucuna varılmaktadır ki kanaatimizce bu son derece sakıncalı bir çıkarım olacaktır. Bu sebeplerle söz konusu hükümlerin açık ve belirli şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce hasta küçük ya da mahcur da olsa, kural olarak, bir tıbbi müdahalenin hukuki niteliğini kavrayabilecek düzeyde ise, o hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye ilişkin rıza ehliyetinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir.³⁸

Doktrinde bir görüş, çocukların özerkliklerinin hem onların yeterlilikleri hem de yaşları ile ilişkili olduğunu ancak çocuğun onayının alınması bakımından bu yaş sınırının mutlak ve koşulsuz olmadığını ifade etmektedir. Bu doğrultuda, yaklaşık yedi yaşından itibaren çocuğun tıbbi karara katılımda bulunabileceği belirtilmekte ve tıbbi tedavinin sonucunu, doğasını ve boyutunu anlamaya muktedir olan çocuklar, “yetişkin çocuk” olarak adlandırılarak onsekiz yaş altında olan ve hala annesine bağımlı olmakla birlikte makul kararlar verebilen bireylerin bu kapsamda değerlendirileceği açıklanmaktadır. Bu görüş kapsamında ayrıca “yetişkin çocuk” hakkında hekimin karar verme süresince dikkat etmesi ge-

38 Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 84.

reken hususlar arasında, çocuğun onbeş yaşında ya da daha büyük olması şartına yer verilmektedir.³⁹

Ancak bizce kişi onsekiz yaşından küçük de olsa pek çok tıbbi müdahale açısından bu ehliyete sahip olabilmektedir. Bu açıdan kesin bir yaş sınırı belirlemek yerine her somut müdahale açısından, kişinin müdahalenin hukuki niteliğini kavrayabilecek durumda olup olmadığı değerlendirilmeli ve o doğrultuda bir sonuca ulaşılmalıdır. Aynı durum mahcur kişiler açısından da söz konusudur. Kanaatimizce burada da kişinin tıbbi müdahalenin hukuki niteliğini kavrayabilecek durumda olup olmadığını değerlendirmek ve kişinin söz konusu kavrama yeteneğini somut müdahale açısından haiz olduğu sonucuna varılması halinde kişinin rızasına itibar edilmek gerekecektir.

c. Rızanın Şekli ve Geçerliliği

Kural olarak rızanın herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı Yönetmelik'in 28. maddesinde belirtilmektedir. Kural olarak şekil şartı aranmamakla birlikte mevzuatta yer alan özel düzenlemeler bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır (Yön. m. 28).

Yönetmelik'in 28. maddesinde ayrıca, hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rızanın hükümsüz olduğu ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamayacağı da belirtilmektedir. Belirtelim ki, Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve Borçlar Kanunu'nun 19/2. ve 20. maddelerinde yer alan "hukuka ve ahlaka aykırılık" ölçütü, ceza hukukunda rızanın geçerliliği ve hukuki etkileri bakımından sınırlayı veya engelleyici bir etkiye sahip değildir.⁴⁰ Kaldı ki, "ahlaka aykırılık" ölçütünün, özel hukuk bağlamında dahi eylemin hukuka uygunluğu veya aykırılığı açısından belirleyici niteliği bulunmamaktadır. Söz konusu ölçüt, ancak tıbbi müdahalelerin sözleşme olarak görülmesi çerçevesinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir husus olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla bu ölçütün ceza hukuku alanına dahil edilmesi mümkün olmayıp, hukuka aykırılığın kapsamının hukuk normları ile çizilmesi gerekmektedir⁴¹.

³⁹ Bedia Boran, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Ankara Barosu yay., 2008, s. 87, 88, 89.

⁴⁰ Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s. 254 – 255.

⁴¹ Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s. 255 – 256.

Bu kapsamda, Yönetmelik'in genelgeçer bir ifade ile tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulu olan rızanın geçerlilik şartı olarak ahlaka aykırılıktan söz etmesi yerinde olmamıştır.

Yönetmelik'in çeşitli maddelerinde ise rızanın şekli ve geçerliliği bakımından özel hükümler getirilmiştir. Bu bağlamda, Yönetmelik'in 30. maddesinde⁴² sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızasının yanı sıra, hasta evli ise eşinin de rızasının gerekli olacağı belirtilmektedir.

Bu noktada Türk Ceza Kanunu'nun "çocuk düşürtme" başlıklı 99.⁴³ ve "kısırlaştırma" başlıklı 101.⁴⁴ maddelerine de değinmek gerekir. Bu

42 Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 30. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir:

"İlgilinin rızası mevcut olsun veya olmasın, Bakanlık tarafından tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçlar aile planlaması hizmetlerinde kullanılamaz.

Gebeliğin sona erdirilmesi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile öngörülen şartlara tabidir. Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir".

43 TCK'nın 99. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir:

"(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi hâlinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükümlenir.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman bekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir".

44 TCK'nın 101. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir:

"(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırın kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılsa, ceza üçte bir oranında artırılır.

(2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir".

bağlamda TCK'nın 99. maddede “*rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi*” den söz etmektedir ve maddenin diğer fıkraları kapsamında değerlendirilebilecek bir durumun mevcut olmaması halinde, kadının rızası ile gebeliğin sona erdirilmesini suç kapsamına dahil etmemektedir. Buna benzer şekilde 101. maddede de “*bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse*” ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere her iki maddede de ilgilinin rızası hukuka uygunluğun sağlanması bakımından yeterli sayılmakta, bunun yanı sıra ilgilinin eşinin rızası aranmamaktadır.

Bu durumda bir kişinin, eşinin rızası olmaksızın kendi rızası ile söz konusu işlemlere başvurması halinde herhangi bir suç oluşmayacak ve müdahaleyi gerçekleştiren hekime TCK kapsamında bir yaptırım uygulanmayacaktır. Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği'nde eşin rızası da gerekli görülmüş olduğundan hekim, Yönetmelik çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

d. Rızanın Geri Alınması ve Tedaviyi Red Hakkı

Rızanın geri alınması ve tedaviyi red hakkına ilişkin düzenlemeler Yönetmelik'in 24/4, 5, 6 ve 25. maddelerinde yer almaktadır. Yönetmelik'in 24/5. maddesinde rızanın geri alınmasının, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına geldiği ifade edilmektedir. Ancak tıbbi müdahalelere rıza kavramı yalnızca tedaviye yönelik müdahaleler ile sınırlı değildir. Bu bakımdan maddede yer alan ifade yerinde değildir.

Bunun yanı sıra, 24/4. maddede kural olarak rızanın her zaman geri alınabileceği kabul edilmekle birlikte, bu kurala bazı istisnalar da getirilmiştir. Bunlar; madde 24/3'te belirtilen ve hastanın hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerdir. Yönetmelik'in 24/3. maddesinde, daha önce de değinmiş olduğumuz gibi, “*kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu maddede kullanılan ifadeden, istisna tutulan koşulların neler olduğu tam olarak anlaşılamamakla birlikte, küçük veya mahcurlar bakımından izin koşulunun aranmayacağı halin ve herhangi bir hastanın hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerin rızanın geri alınması açısından istisna teşkil ettiği sonucuna varılabilmektedir.

Yönetmelik'te rızanın geri alınabileceği zamana ilişkin de bir hükme yer verilmiştir. Yönetmelik'in 24. maddesinin son fıkrasında, müdahale başladıktan sonra rızanın ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartıyla geri alınabileceği hüküm altına alınmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, maddede yer alan “tıbbi yönden sakınca bulunmaması” ölçütü son derece geniştir. Tıbbi yönden sakıncalı olan durumların ne şekilde belirleneceği açık olmadığı gibi, bir durumun tıbbi yönden sakıncalı olup olmadığına hangi kişi ya da kurum tarafından karar verileceği de maddede belirtilmemiştir. Maddeye dayanılarak kişilerin rızalarını geri alınması kolaylıkla engellenebilir durumdadır. Bu bakımdan madde Yönetmelik'in kendi içerisinde çelişmesi sonucunu da doğurmaktadır. Şöyle ki, 24. maddede belirtilen “tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gereklidir” kuralı, rızanın geri alınmasına ilişkin böyle geniş bir hükümlerle son derece sınırlanmış olmaktadır. Ayrıca 25. maddede yer alan “*kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir*” hükmü ile de çelişmekte olduğu söylenebilir.

Kanaatimizce bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu hastanın rızası ile sağlanabilmektedir. Bu açıdan hastanın vermiş olduğu rızayı geri alması her zaman mümkün olmalıdır. Yönetmelik'te yer alan ve rızanın geri alınmasını müdahale başladıktan sonra, tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlayan düzenleme bizce yerinde değildir. Rıza her zaman geri alınabilmelidir.

Tedaviyi red ve durdurma hakkının kullanılması bakımından da aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durum Yönetmelik'in 25. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir; “*tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir*”.

Burada aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların anlatılması olarak belirlenmiştir. Ancak maddede aydınlatılacak kişiler arasında hastanın yakınları da sayılmıştır. Maddede “*hastaya (...) veyahut yakınlarına*” ifadesine yer verilmiş olduğundan, hastaya gerekli aydınlatma yapılmadan yalnızca yakınlarının

aydınlatılmasının yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak aydınlatılmış rıza, bir tıbbi müdahalenin ön koşuludur ve aydınlatılacak olan kişinin de rıza vermeye yetkili olan kişi olması gerekmektedir. Kanaatimizce burada, rıza verme yetkisi bulunan kişi bizzat hasta veya hastanın kanuni temsilcisi olduğundan, aydınlatmanın da bizzat hastaya veya onun kanuni temsilcisine yapılması gerekmektedir.⁴⁵ Bu nedenle de hastanın aydınlatılmamasına rağmen, yalnızca yakınının aydınlatılmasını yeterli sayan söz konusu hüküm yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz.

Kural olarak rıza beyanı bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Ancak Yönetmelik'te tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı bakımından, ilgili kişiye gerekli aydınlatmanın yapıldığını gösteren yazılı bir belge alınması gerektiği belirtilmektedir (Yön. m. 25/1).

Bunların yanı sıra Yönetmelik'in 25. maddesinin son fıkrasında; *“bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz”* hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce söz konusu hüküm olmasaydı da hastanın aleyhine bu tür bir durumun oluşması söz konusu olamayacağından böyle bir ifadeye yer verilmesi yalnızca mevcut durumu açıklar niteliktedir.

F. DİĞER HAKLAR

1. Güvenliğin Sağlanması

Yönetmelik'in 37. Maddesine göre, *“herkesin sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu isteme hakları vardır”*. Bu hak doğrultusunda, sağlık kurum ve kuruluşlarına negatif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu bağlamda, bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının, hastaların yanı sıra, onların ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının da can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu düzenleme altına alınmıştır (Yön. m. 37/2).

Bununla birlikte tutuklu ve hükümlülülerin sağlık kurum ve kuruluşlarında muhafazalarıyla ilgili özel hükümler saklı tutulmuştur (Yön. m. 37/3).

⁴⁵ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, s. 205, 206.

2. Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Dini Hizmetlerden Faydalanma

Yönetmelik'te hastaların dini görevlerini yerine getirebilme ve dini hizmetlerden faydalanma hakları da düzenleme altına alınmıştır. Hastaların dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilmeleri için, sağlık kurum ve kuruluşları, imkanları dahilinde gereken tedbirleri alacaklardır (Yön. m. 38/1).

Bunun yanı sıra hastaların talebi halinde dini inançlarına uygun bir din görevlisinin davet edileceğine ilişkin bir düzenlemeye de 38. maddede yer verilmiştir. Ancak bunun için; kurum hizmetlerinde aksamalara sebebiyet verilmemesi, başkalarının rahatsız edilmemesi ve personelce düzenlenip yürütülen tıbbi tedaviye hiç bir şekilde müdahale edilmemesi gerekmektedir. Bu koşullar sağlandıktan sonra, hastaların talebi ile, onlara dini telkinde bulunmak ve onları manevi yönden desteklemek üzere bir din görevlisi davet edilecektir. Bunun için sağlık kurum ve kuruluşlarında uygun zaman ve mekan belirlenir (Yön. m. 38/2).

Kural olarak din görevlisi, hastanın talebi ile çağırılmakta olsa da Yönetmelik bazı hallerde talep şartı aranmaksızın da din görevlisinin çağırılabilmesini de düzenlemektedir. Hastanın talebi olmaksızın bir din görevlisinin çağırılabilmesi için; hastanın ifadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen ve kimsesiz olan agoni halindeki bir hasta olması gerekmektedir. Bu hallerde talep aranmaksızın kişinin dini inancına uygun bir din görevlisi çağırılmaktadır (Yön. m. 38/3).

Düzenlemeye ilişkin olarak öncelikle değinmek gerekir ki, maddede yer alan “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacının kullanılması daha doğru olacaktır.⁴⁶ Aksi halde söz konusu hastanın hem ifadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen hem de kimsesiz olan agoni halindeki bir hasta olması gerekmektedir. Oysa ki burada ifadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen hastalar veya kimsesiz olup agoni halinde bulunan hastalar madde kapsamı dahilinde yer almaktadır.

⁴⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 38/3. maddesinde yer alan ifade şu şekildedir:

“İfadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen ve kimsesiz olan agoni halindeki hastalar için de, talep şartı aranmaksızın, dini inançlarına uygun olan din görevlisi çağırılır”.

3. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi ve Ziyaret

Yönetmelik'in 39. maddesine⁴⁷ göre, hastaların, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma haklarının bulunduğu belirtilmektedir. Bu hak, hastaların hem sigorta güvencesi gibi, ekonomik açıdan güvenceye alınmasını hem de müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında, ilaç ve diğer iyileştirici müdahalelerin belli bir standartın altında olmamasını gerektirir.

Bununla birlikte maddede sağlık hizmetlerinde görev alan personelin hastalara ne şekilde davranması gerektiği düzenlenmekte ve sağlık hizmetlerinin her aşamasında hastalara aydınlatıcı bilgiler verilmesi gerektiği belirtilmektedir (Yön. m. 39/2, 3, 4).

Maddede son olarak, hasta ziyaretçilerinin kabul edilme koşullarına değinilmektedir. Bu bakımdan, ziyaretçilerin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak yapılmalıdır, hastaların huzur ve sükunlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet verilmelidir. Yönetmelikte, bu konuya ilişkin gereken tedbirlerin alınacağı da belirtilmektedir (Yön. m. 39/5).

4. Refakatçi Bulundurma

Hastaların, muayene ve tedavi sırasında kendilerine yardımcı olmak üzere refakatçi bulundurmayı isteme hakları vardır. Ancak bu hakkın

47 Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 39. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır:

"Hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir.

Sağlık hizmetlerinde görev alan bütün personel; hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güler yüzlü, nazik, şefkatli ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır.

Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedeni ve ruhi durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı ve bekletilmeleri sözkonusu ise, bekletilmenin sebepleri hususunda gerekli ve yeterli bilgi verilir.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan baysiyetine yakışır gereken her türlü hijyenik şartların sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici diğer bütün etkenlerin bertaraf edilmesi esastır. Gerektiğinde, bu hususlar hasta tarafından talep konusu yapılabilir.

Hasta ziyaretçilerinin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak ve hastaların huzur ve sükunlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet vermeyecek şekilde gerçekleştirilir ve bu konuda gereken tedbirler alınır".

kullanılması Yönetmelik'in 40. maddesinde⁴⁸ bazı koşullara tabi tutulmuştur. Buna göre refakatçi bulundurulmasının istenebilmesi için tedaviden sorumlu hekimin bu durumu uygun görmesi gerekmektedir. Daha sonra, mevzuatın ve kurum imkanlarının elverdiği ve hastanın sağlık durumunun elverdiği ölçüde, refakatçi bulundurulması istenilebilecektir (Yön. m. 40).

5. Hizmetin Sağlık Kurum ve Kuruluşu Dışında Verilmesi

Yönetmelik uyarınca hastaların belli hallerde, sağlık hizmetlerinden buldukları yerlerde de faydalanabilmeleri mümkündür. Hastaların bu haktan yararlanabileceği haller Yönetmelik'in 41. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesinde, tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna bizzat gidilemeyen veya götürülemeyen hallerde ve doğal afetler gibi olağanüstü hallerde söz konusu hak kullanılabilir.

III. DEĞERLENDİRME

Türkiye'de hasta haklarına ilişkin olarak yürürlükte bulunan pek çok hükmün birbiriyle çeliştiği görülmektedir. Özellikle Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler gerek kendi içlerinde tutarsızlıklar içermekte, gerekse normlar hiyerarşisi bakımından daha üstün durumda bulunan tüzük, kanun ve ulusalüstü belgelere aykırı hükümler barındırmaktadır.

Yukarıda değindiğimiz üzere, Biyotıp Sözleşmesi ve diğer ulusalüstü insan hakları belgelerine aykırılık durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin hükümlerinin dikkate alınmaması ve doğrudan ilgili ulusalüstü belgede yer alan düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık Anayasa'ya, kanuna veya tüzüğe aykırılık halinde Hasta Hakları Yönetmeliği tek başına uygulanabilir bir hukuk normu olduğu ölçüde

48 Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 40. Maddesi şu şekildedir:

"Muayene ve tedavi sırasında hastaya yardımcı olmak üzere; mevzuatın ve kurum imkanlarının elverdiği ve hastanın sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde, tedaviden sorumlu olan tabibin uygun görmesine bağlı olarak, refakatçi bulundurulması istenebilir.

Bu hakkın nasıl ve ne zaman kullanılacağı ve bu konuda alınacak tedbirler, sağlık kurum ve kuruluşunun çalışma usul ve esaslarını gösteren mevzuata ayrıca düzenlenir".

uygulama alanı bulacak, fakat iptal edilmesi açısından Danıştay'ın veya Anayasa Mahkemesi'nin yetkisine başvurulması gerekecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemelerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bunların kanuni bir güvenceye kavuşturulmasının kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu görülmektedir. Gerçekten, Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre "*temel hak ve hürriyetler (...) ancak kanunla sınırlanabilir*". Bu nedenle, insan haklarını yakından ilgilendiren bir konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması hukuk düzeni ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle, kanun koyucunun Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan hukuka aykırı ve muğlak düzenlemeleri ortadan kaldırarak, bunları ulusal ve ulusüstü hukuk düzeni ile uyumlu hale getirmesi ve hasta haklarını kanuni bir zemine kavuşturması gerekmektedir. Bunun yanında, Kişisel Verileri Koruma Kanunu ve DNA veri bankalarına ilişkin kanun tasarılarının en kısa zamanda gözden geçirilerek kanunlaştırılması, bunlar ile Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu arasında uyumlaştırma çalışmalarının yapılması da şarttır.

Açlık Grevleri

Ar. Gör. Tevfik Sönmez Küçük*

I. GİRİŞ

Açlık grevleri geçmişi yaklaşık yüz yıl önceye dayanan sistemli bir protesto eylemidir. Açlık grevcilerinin, düşüncelerini dile getirmek için kullandıkları bu yöntem hukukun alanına girdiği kadar, eylemcilerde yaratacağı fiziksel ve biyolojik etkiler bakımından tıp bilimini de yakından ilgilendirmektedir. Bu çalışma kapsamında da ilk önce açlık grevleri hakkında genel bilgiler verildikten sonra, mesele anayasal açıdan incelenecek ve eylemin hak ve özgürlükler ekseninde mahiyeti mercek altına alınacaktır. Bu bağlamda, açlık grevi eyleminin, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir yansıması olarak incelenmesinin yanı sıra bireyin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması karşısındaki rolü araştırılacaktır. İki anayasal hak ve özgürlüğün çatışması durumunda izlenecek hukuki yol, açlık grevlerine hangi aşamada müdahale edilmesi gerektiği sorusuna yanıt verecektir. Konunun anayasal alanda çözümünden sonra, açlık grevlerine ilişkin müdahalelerin ceza hukuku mevzuatı bakımından incelenmesine geçilecektir. Bu kapsamda mevcut yasal düzenlemenin içeriği eleştirisel bir bakış açısıyla ele alınacaktır. Bir hukuki kurumun olumlu ve olumsuz yönlerini tayin ederken, diğer ülkelerdeki hukuki düzenlemelerin dikkate alınmasının önemi büyüktür. Diğer bir ifade ile karşılaştırmalı hukuk ekseninde açlık grevlerine müdahalenin söz konusu olup olmayacağıın tespiti ve eğer böyle bir müdahalede bulunuluyorsa, müdahalenin açlık grevinin hangi evresinde yapıldığının belirlenmesi gerekir. Böylece, öncelikle açlık grevlerinin yaygın olarak uygulandığı ilk ülke olan Birleşik Krallık'daki konunun çözüme kavuşturulması için yürütülen hukuki tartışmalar tarihsel gelişim de göz önünde bulundurularak aktarılacaktır. Bundan sonra sırasıyla İspanya, Almanya ve Avusturya'da açlık grevlerine müdahale sorunsalının hangi yönde çözüldüğünün tespitine geçilecektir. Nihayet,

* T.C. Yeditepe Üniversitesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Araştırma Görevlisi

çalışmanın son kısmında meseleye ilişkin uluslararası metinler ve bunların çözüm yöntemleri belirlenerek, nihai bir çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK AÇLIK GREVİ KAVRAMI

Açlık grevi, belirli bir amaca ulaşmak ya da tutum ve hareketi protesto etmek amacıyla bireysel veya toplu olarak, kamuoyunda gündem yaratmak gayesiyle gerçekleştirilen aç kalma fiili olarak tanımlanabilir¹. Açlık grevi, geçmişte bazı ülkelerde bireysel amaçlara ulaşmak için kullanılan bir hareket olmuşsa da, genellikle siyasi mahkûmlar ve bu kişilerin dışarıdaki yakınları tarafından uygulanan bir yöntemdir². Açlık grevcilerinin muhatabı ise, çoğu zaman kamu erkidir. Gerçekten, açlık grevcileri, hükümetin ya da cezaevi idaresinin kendilerine veya başka kişilere karşı yürüttüğü belirli bir davranışın ortadan kaldırılmasını hedeflemektedirler. Grevcilerin amaçlarının mutlaka meşru olması gerekmez³. Hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için (örn. cezası kesinleşmiş bir kimşenin, serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla açlık grevi yapması gibi) de açlık grevi yapılması mümkündür.

Açlık grevlerinde, ölüm bir amaç değildir⁴. Grevci isteklerinin yerine getirilmesi için vücut bütünlüğünü pazarlık konusu yapmaktadır. Diğer bir ifade ile açlık grevcisi, aç kalarak topluma karşı vücut bütünlüğüne ve yaşamına zarar verme tehdidinde bulunmaktadır. Ancak grevcinin tehdidinin gerçekleşme ihtimali çoğu zaman mevcuttur. Zira her ne kadar bireysel fiziksel özellikler ile biyolojik metabolizma kişinin aç kalabilme süresini etkilese de, bilim adamlarına göre kişinin açlık grevlerin-

-
- 1 Metin Feyzioğlu, “**Açlık Grevi**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Dergisi, 1993, C. 43, S. 1–4, s.157; Doğan Soysalan, “**Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu**”, Yargıtay Dergisi, C. 16, Temmuz 1990, S. 3, s.269; Özlem (Yenerer) Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003, s.183; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s.199.
 - 2 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.157; Ahmet Taşkın, “**Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti**”, Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2003, C. VII, S.3–4, s.515
 - 3 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.158
 - 4 Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.183; Ahmet Taşkın, **a.g.e.**, s.515; Murat Sevinç, “**Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri**”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 2002, Sayı: 57–1, s.113; Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.157.

de dayanma süresi ortalama 70 gündür⁵. Dolayısıyla, grevci tarafından ölümün amaçlanmaması sonucu değiştirmmez. Kararlı ve sistemli bir biçimde besin alınmamasının sonucu er ya da geç kişinin ölümüdür⁶. Açlık grevinin bu şekilde kararlı bir biçimde yürütülmesine ise, ölüm orucu denilmektedir. Burada eylemci, amacına ulaşmak için büyük bir dirayet göstermekte ve ölümü istemese de, göze alabilmektedir⁷. Ancak açlık grevlerinin tümü bu şekilde yürütülmez. Gerçekten, bazı hallerde eylemci, hedeflediği amaca ulaşabilmek için sadece belirli süre besin almayı reddedebileceği gibi, bazı durumlarda açlık grevcileri ortak bir karar alarak, açlık grevini belirli bir süreye bağlı olarak dönüşümlü olarak gerçekleştirirler⁸. Dönüşümlü açlık grevlerinde, grevciler çok uzun süre aç kalmadıklarından, eylemin uzun süre devamı mümkündür. Böylece, açlık grevlerinin, kamuoyunda uzun müddet gündemde kalması söz konusu olabilecektir. Ancak, eylemlerin yaratacağı etkiler bakımından dönüşümlü açlık grevlerinin kamu vicdanını etkileme gücünün, ölüm oruçlarına kıyasla daha zayıf olduğu ileri sürülebilir. Zira dönüşümlü açlık grevinde, grevciler belirli bir süreye bağlı olarak eylemi yürüttüklerinden ölüm tehlikesi, ani ortaya çıkacak komplikasyonlar haricinde ihtimal dışıdır. Oysaki ölüm tehlikesi kamu vicdanı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Toplumda açlık grevcilerinin amaçlarına tamamen ilgisiz olan veya bu konuda yeterli bilgi sahibi olmayan kimseler dahi, grevcilerin ölme riskinin bulunduğu durumlarda konu üzerinde ayrıntılı yoğunlaşabilirler. Zira insanların devletin gözetimi altında ölümü, toplum vicdanını derinden etkileyecektir.

Açlık grevlerinin, intihar ve ötanazi kavramlarından farklı olduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere, açlık grevlerinde amaç hiçbir zaman ölüm değildir. Ancak açlık grevinin özellikle ölüm orucuna dönüşmesi durumunda, ölüm vakıası kaçınılmaz bir gerçektir. Ölüm orucu sonucunda ortaya çıkan ölüm durumu ise, belirli bir ideale ulaşmak için gerçekleştirilir. Oysaki intiharda kişi, artık yaşam-

5 Cemal Bali Akal, "İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar", Argumentum Dergisi, Şubat 1992, Yıl: 2, Sayı: 19, s.291.

6 Doğan Soysalan, **a.g.e.**, s.270.

7 Ahmet Taşkın, **a.g.e.**, s.517.

8 **ibid.**, s.516-517.

dan ümidini kesmiş ve ölümün tek kurtuluş olduğu düşüncesindedir⁹. Ayrıca, intihar ani bir eylemin ürünüdür. Bu fiil sonucunda yaşam sonlanabileceği gibi, girişim başarısız da kalabilir. Açlık grevleri ise, intiharın aksine günler hatta aylar süren yani süreklilik arz eden bir yapıya sahiptir.

Ötanazide ise, ortada ciddi ve tedavi edilmesi mümkün olmayan bir hastalığın olması ve bu hastalığın hastaya bir türlü hafifletilemeyen bir acı vermesi ve bunun üzerine kişinin hür iradesiyle yaşamının sonlandırılması kararı söz konusudur¹⁰. Oysa açlık grevinde biyolojik ve fiziksel olarak sağlıklı bir kimsenin besin alımını sistemli biçimde reddettiği görülmektedir. Özellikle ölüm orucuna dönüşen açlık grevinin sonraki aşamalarında eylemin ortaya çıkardığı rahatsızlıklar sonucunda ötanazinin koşulları oluşması ihtimal dâhilindedir. Zira ölüm oruçları açlık grevcileri tarafından veya dışarıdan bir müdahaleyle sonlandırılrsa dahi, grev; ilerleyen aşamalarda grevcinin fiziksel ve biyolojik sağlığı açısından geri dönüşü olmayan tahribatlara yol açabilir ve bu hal kişide hafifletilemeyen tarifsiz acıların oluşumuna sebebiyet verebilir. Ancak bu durum, ölüm oruçlarının tipik sonuçlarındandır. Dolayısıyla, bu netice kavramların aynı olduğu anlamına gelmez.

III. TÜRK HUKUK DÜZENİ ÇERÇEVESİNDE AÇLIK GREVLERİNE MÜDAHALE SORUNU

1. Açlık Grevlerinin Anayasal Çerçevde Değerlendirilmesi

Açlık grevlerine ilişkin yürütülen tartışmalara anayasal açıdan yaklaşılması, grevlere yapılacak olan müdahalenin ne kadar hukuki olduğu hususunda da bilgi verecektir. Başka bir anlatım ile konunun hak ve özgürlükler çerçevesinde değerlendirilmesi zorunludur. Bilindiği üzere, her somut eylemin bir hak veya özgürlük olarak anayasada yer almasına imkân yoktur. Böylece, açlık grevcisinin fiilinin, hangi anayasal hak ve özgürlüklerle bağdaştırılabileceğinin tespiti gerekmektedir.

9 Murat Sevinç, *a.g.e.*, s.113.

10 Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. III, S. 2, s.290.

a. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü

1982 Anayasasınının 26. maddesinin birinci fıkrası: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir” demektedir¹¹. Bu bağlamda, açlık grevlerinin düşüncenin başka yollarla açıklanması şeklinde görülmesi mümkündür¹². Bir kere, açlık grevcilerinin eylemlerini, bir düşüncenin açıklanması ya da tutum veya davranışın protesto edilmesi için yaptıkları konusunda şüphe yoktur. Ancak bu fikir söz, yazı veya resimlerle değil başka yollarla yani aç kalmak suretiyle de ifade edilebilir. Ancak bu özgürlük sınırsız da değildir. Gerçekten, Anayasa md. 26/fıkra 2, bu özgürlüğün hangi nedenlerle sınırlanabileceğini tahdidi olarak (numerus clausus) saymıştır. Anayasa md. 13’de 2001 yılında 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklik neticesinde genel sınırlama sebepleri ise kaldırılmıştır. Dolayısıyla, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması artık sadece ilgili maddede belirtilen hallerle sınırlıdır¹³. Bu bilgiler çerçevesinde 26. maddeye bakıldığında, açlık grevine müdahalenin anayasal açıdan temelsiz olduğu ifade edilebilir¹⁴. Gerçekten, 26. maddenin 2. fıkrasındaki kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, kamu düzeni gibi ifadeler açlık grevlerine müdahale için haklı gerekçe oluşturmazlar¹⁵. Bu noktada kamu düzeni ile açlık grevlerine müdahale arasında paralellik kurulması söz konusu olabilir. Ancak bu kavramın da somut olayda açlık grevine müdahale için yeteri kadar açık olmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten, kamu düzeni kavramı, kamuya açık olan yerlerde vatandaşların yaşamlarını güvenlik, dirlik, esenlik ve sağlık içinde yürütmesi anlamına gelir¹⁶. Dolayısıyla, örn. ceza ve tutukevlerindeki açlık grevleri kamu düzenini etkilemez. Gerçi, bu tür alanlarda açlık grevinin yürütülmesi toplumda tartışma ortamının oluşmasına neden olabilir. Ancak düşünce ve

¹¹ Düşünce ve ifade hürriyeti için bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2002, s.170 vd.

¹² Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.126; Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.184; Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.158; Doğan Soysalan, **a.g.e.**, s.272.

¹³ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.139.

¹⁴ Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.126.

¹⁵ **İbid.**

¹⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yay., Ankara, 2006, s.259.

ifade hürriyetinin kapsamına toplumda genel olarak kabul görmeyen, herkesi şoke uğratan ya da yaygın önyargıları yıkmak için öncelikle bunlara saldıran ve çoğu zaman kışkırtıcı ve rahatsız edici nitelikteki fiiller girmektedir¹⁷. Başka ifade ile düşünce ve ifade özgürlüğü, asıl fonksiyonunu toplumun genel kabullerine aykırı olan söz, yazı veya diğer fiillerin korunmasında kendini gösterir.

b. Yaşam Hakkı

Anayasanın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” Anayasanın bu hükmü gerekçe gösterilerek, öğretide kişinin yaşama hakkına ve maddi varlığına zarar veremeyeceği kabul edilmektedir¹⁸. Aslında yaşamın dokunulmazlığı anlayışının kökeni, kişinin vücut bütünlüğü ve yaşamının devamı üzerinde karar verme yetkisine sahip olmadığı yönündeki teokratik düşünce sistemine dayanır¹⁹.

Kişinin kendi bedeni üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunamayacağı düşüncesinin gerekçesi olarak ise, öğretide Anayasa md. 12’yi işaret etmiştir²⁰. Gerçekten, bu maddeye göre, temel hak ve özgürlükler, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmezdir. Bu hak ve hürriyetler kişinin, topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını içerir. Bu hükümden hareketle temel hak ve hürriyetlerin yani yaşam hakkının da vazgeçilemez ve devredilmez olduğu ve dolayısıyla kişinin yaşamını sonlandıracak şekilde açlık grevine gitmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir²¹. Hemen belirtmek gerekir ki, bu düşünce taraftarlarına göre, aynı durum kişinin maddi ve manevi varlığı açısından da geçerlidir. Diğer bir ifade ile yaşamı sonlandırmasa dahi, vücut bütünlüğüne zarar vereceğinden, her türlü açlık grevi girişiminin de anayasaya aykırı olduğu savunulmuştur. Ancak bu görüşe katılmak oldukça zordur. Bir kere, maddede belirtilen “*dokunulamaz*” ibaresi günümüzde anlamını

17 Ersan İlal, “**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları**”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1987, C. 3, s.67.

18 Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.127; Metin Fezyioğlu, **a.g.e.**, s.163; Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.187; Doğan Soysalan, **a.g.e.**, s.273.

19 Sibel İnceoğlu, **a.g.e.**, s.289.

20 Metin Fezyioğlu, **a.g.e.**, s.163; ; Doğan Soysalan, **a.g.e.**, s.272.

21 **İbid.**

yitirmiştir. Zira günümüzde temel hak ve özgürlükler tüm modern hukuk sistemlerinde şu veya bu şekilde sınırlanmakta yani bunlara dokunulmaktadır²². Maddede kullanılan ifadelerin, 1789 Fransız İnsan Hakları Bildirgesiyle birlikte ortaya çıkan kavramlar olduğu, özünde daha çok sembolik değer taşıdığı unutulmamalıdır. Kaldı ki, yakın zamana kadar ölüm cezalarının infazının anayasal koruma altında olması bu fikri desteklemektedir. Zira devlet eliyle gerçekleştirilen ölüm cezalarının, kişilerin yaşam hakkına yönelen en açık müdahale olduğu hususunda tereddüt yoktur²³. Hal böyle olunca, aslında yaşam hakkından bizzat devlet tarafından da vazgeçilebileceği açıkça görülmektedir.

Ayrıca, Anayasanın 12. maddesinin 2. fıkrasında temel ve hak ve hürriyetlerin, bireyin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarını içerdiği ileri sürülerek; kişinin yaşam hakkından vazgeçmesinin veya maddi, manevi varlığının gelişimine zarar vermesinin hukuksal aykırılığı belirtilmiştir²⁴. Kısacası, burada anlatılmak istenen, kişinin kendi bedeni üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Anayasa md. 12/fıkra 2 çerçevesinde, yaşam, vücut bütünlüğü, kendini geliştirme hakkı gibi hakların “*kişi üzerindeki toplumsal haklar*” olduğu savunulmuştur²⁵. Aslında 1982 Anayasasının bu hükmü, anayasa koyucunun anayasanın yapımı aşamasında hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ne kadar kararlı olduğunu göstermektedir²⁶. Gerçekten, benzer hüküm Alman Anayasasında da yer almaktadır, ancak burada tüm hak ve özgürlükler değil, sadece mülkiyet hakkı bakımından bu yükümlülük kabul edilmiştir²⁷. Dolayısıyla, 1982 Anayasa koyucusu, devlet-birey ikileminde tercihini devletten yana kullanmış ve bireysel hak ve özgürlüklerin gelişimine set çekmiştir. Gerçi, 1982 Anayasasının oluşum süreci gözden kaçırılmamalıdır. Askeri müdahalenin ürünü olan 1982 Anayasasının temellerinin atıldığı dönemde toplumda birlik ve beraberlik duygusu yaratılmak istenmiş ve ayrıca devletin varlığını tehlikeye düşürebilecek nitelik-

22 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.132.

23 Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s.389.

24 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.163.

25 Doğan Soysalan, **a.g.e.**, s.272.

26 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.133.

27 Christian Rumpf, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, s.124 (naklen:Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.133).

teki saldırılar önlenmeye çalışılmış; bu nedenle de ödev kavramına sıkı bir vurgu yapılmıştır²⁸. Dolayısıyla, anayasa koyucunun 12. madde çerçevesinde duyduğu hassasiyetinin belirli bir temeli olduğu gerçek olmakla birlikte, haklılığı tartışmaya açıktır. Zira kişisel gelişimin ancak toplum içinde olabileceği konusunda şüphe yoktur. İnsan sosyal bir varlıktır. Temel hak ve hürriyetlerinin birçoğundan faydalanabilmek için toplumsal dayanışma gereklidir. Hal böyle olunca, bireyin de topluma karşı bir takım ödevlerin olması aslında gayet doğaldır. Ancak toplum yani devlet de, bireyin kişisel gelişimi için gerekli alt yapıyı hazırlayacaktır²⁹. Kısacası, burada karşılıklı bir ödev söz konusudur. Soysal'ın haklı ifadesiyle toplum da devlet de bireylerden bedava ödev isteyemez³⁰. İnsan haklarının hiçe sayıldığı bir ortamda, kişilerin hak ve özgürlüklerini, Anayasa md. 12'deki ödev kavramı gerekçe gösterilerek, kullandırmamak demokratik toplum düzeniyle bağdaşmaz. Mesela yaşam koşullarının, standardın altında olduğu bir cezaevini ele alalım. Buradaki mahkûmlar insan haklarına aykırı tutumların ve asgari yaşam kalitesinin sağlanması için bir açlık grevi başlattıklarında, bu mahkûmların grevlerine 12. maddedeki topluma karşı ödev kavramı gerekçe gösterilerek müdahale etmek hiçbir anlayışla bağdaşmaz. Zira burada devlet kendi üzerine düşen ödevi tam yerine getirmemekte ve gözetimi altında bulundurduğu mahkûmlara uygun yaşam alanı yaratamamaktadır. Kaldı ki, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkını toplumsal haklar gibi görmek doğru bir anlayış değildir. Yaşam hakkının diğer hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için üstlendiği işlevsel rol inkâr edilemezse de, bu durum kişi özerkliği kavramının görmezlikten gelinmesine sebebiyet vermemelidir. Bu kavramın anlamı kişinin yaşamının seyrine etki edecek olan meselelerde karar verme hakkının sınırlanamayacağı ve son söz hakkının nihai olarak kişiye ait olmasıdır³¹. Elbette kişi, toplum içerisinde yaşadığından, kendisiyle ilgili konularda dahi her zaman dilediği gibi karar verme yetkisine sahip değildir. Ancak bu durum, kişinin kendi kaderiyle ilgili konular ya da haklar üzerinde yegâne tasarruf yetkisinin topluma ait olduğu şeklinde yorumlanamaz.

28 Mümtaz Soysal, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, 1986, C. 3, s.49.

29 **ibid.**

30 **ibid.**

31 Sibel İnceoğlu, **a.g.e.**, s.290.

c. Açlık grevlerine müdahalenin anayasal sınırı

Yukarıda da görüldüğü üzere, açlık grevleri bir yandan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir şekli olarak kendisini gösterirken, diğer yandan grevcilerin bu nitelikteki eylemleri öğretideki hâkim görüşe göre, yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesine aykırı olarak görülmektedir. Diğer bir anlatım ile ortada hak ve özgürlüklerin çatışması söz konusudur. Burada dikkat edilmesi gereken, her iki temel hak ve özgürlüğün de birinci kuşak haklar kategorisi içerisinde yer aldığıdır. Çözüm için önerilebilecek yöntem, hak ve özgürlükler arasında bir uzlaşımın sağlanmasıdır. Şöyle ki: Bir temel hak ile anayasada yer alan diğer bir hak veya anayasal koruma altında olan başkaca bir hukuki değer çatıştığında ortak bir çözüm benimsenmeli ve her iki değer de en üst düzeyde korunmalıdır³². Kısacası hak ve özgürlükler birbirine kısıdırılmamalı, ortak bir paydada buluşturulmalıdır. Asıl amaç hak ve özgürlüklerin korunarak, optimal düzeyde etkilerinin devamını sağlamaktır³³.

Bu bilgiler ışığında açlık grevlerine müdahale kavramına yaklaşıldığında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile yaşam hakkı arasındaki dengenin kurulabilmesi için şu yol önerilebilir: Açlık grevcisine, eylemine başladığı anda müdahale edilmeyecektir. Ancak tıbbi uzmanlar tarafından grevciye, grevinin sonraki aşamalarında karşılaşacağı güçlükler ve ortaya çıkacak semptomlar hakkında sürekli aydınlatıcı bilgiler verilecektir. Açlık grevcisi tüm bu bilgilendirmelere rağmen, greve devam etmek isterse, bu karara saygı gösterilmelidir. Zira bu durum düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün gereğidir. Ancak diğer yandan grevcinin yaşam hakkı gözden kaçırılmamalıdır. Hak ve özgürlüklerin etkilerinin devamının sağlanması için aralarında makul bir dengenin kurulması ise, ancak açlık grevcisinin yaşamına ciddi bir saldırı bulunmaması ile gerçekleşir. Böylece, eğer açlık grevi, eylemcinin sağlığı bakımından geri dönüşü olmayan veya geri dönüşü olmakla birlikte sağlanacak tedavi neticesinde eski sağlık durumunun tekrar kazanılmasında akut tehlike ortaya çıkarmaktaysa, açlık grevcisinin rızası aranmaksızın derhal tıbbi müdahale veya zorla beslenme gerçekleştirilmelidir³⁴.

³² Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yay., Ankara, 1982, s.40.

³³ **İbid.**

³⁴ Sibel İnceoğlu, **a.g.e.**, s.297.

Hiç şüphesiz tıbbi müdahale zorla beslenme kavramını da içerisinde barındırmaktadır. Ancak zorla beslenmenin insan onuruna yakışır bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu noktada İHAM'nin görüşü de önem arz etmektedir. Gerçekten, Yüksek Mahkemeye göre, tıbbi zorunluluk halinde kullanılan yöntemler insanlık dışı veya küçültücü davranış olarak görülemeyeceği gibi, açlık grevcisinin yaşamını kurtarmak için gerçekleştiren zorla beslenme de İHAS'ne aykırı değildir³⁵. Ancak zorla beslenme kavramı ile tıbbi müdahalenin eş anlamlı olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, tıbbi müdahaleyi tıp mesleğini icraya yetkili olan hekimler, tıp biliminde yerleşmiş ve kabul görülen kuralları gözeterek yerine getirirken, açlık grevcisinin zorla beslenmesi herhangi bir kişi tarafından, kabul görmüş tıp kurallarına dayanmaksızın gerçekleştirilebilir³⁶. Zorla besleme faaliyetinin genel tıp kurallarına dayanma zorunluluğunun bulunmaması yani bu müdahalelerin vatandaşlık hakkı kazanmamış olması, müdahalelerin çoğu zaman insan onuruna aykırı olma riskini barındırmaktadır. Böylece, zorla beslenme açlık grevcisinin kişiliğine, onun maddi ve manevi varlığı ile onuruna uygun olarak yapılmalı, özellikle direnme halinde açlık grevcisinin ağzına çelik kelepçe yerleştirmek³⁷ veya ellerinin ya da ayaklarının kelepçelenmesi yoluna başvurulmamalıdır. Bunun yerine grevci, direnme halinde birkaç kişi vasıtasıyla kontrol altında tutulmalı, hemen akabinde tıp bilimince kabul görülen genel yöntemlerle uyutularak, beslenme gerçekleştirilmelidir.

Son olarak açlık grevlerine müdahale bakımından öğretide özgürlüğü kısıtlanmış olan-olmayan ayırımı yapılmıştır. Bu aşamada aslında açlık grevine müdahale bakımından bir fark yoktur³⁸. Gerçekten, Anayasa md. 10, herkesin hiçbir ayırım öngörülmezsizin kanun önünde eşit ol-

35 Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yay., 2008, s.185.

36 **İbid.**, s.188.

37 Britanya Tabipler Odası, **İhanete Uğrayan Tıp (Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Katılımı Üzerine Bir Çalışma Grubu)**, Cep Kitapları Yay., İstanbul, 1996, s.130.

38 Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.191. Ancak Erman'a göre, özgürlüğü kısıtlanmamış olan kimselerin açlık grevine gitmesi durumunda, bu kimselerin zorla beslenmeleri mümkün değildir. Zira ceza ve tutuklular devletinin gözetiminin en yoğun olduğu yerlerdir ve tutuklu veya hükümlülerin sağlıkların korunması hususunda devletin görevi bulunmaktadır. Ancak bu alanlar dışında bulunan kişilerin tedaviyi veya müdahaleyi reddetme hakkı her zaman mevcuttur. Barış Erman, **a.g.e.**, s.196.

duğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, açlık grevlerine müdahale bakımından özgürlüğü kısıtlanmış olan-olmayan ayrımının anayasal temeli bulunmamaktadır. Ancak bu ayrımın tek pratik sonucu devletin gözetimi ve denetimi altında bulunan kişilerin sağlıklarının korunması hususunda devletin özel bir koruma yükümlülüğü bulunduğu³⁹. Böylece, ceza ve tutukevi yetkilileri açlık grevcilerine müdahale ederken daha somut bir yükümlülüğün altındadır. Ama bu durum tutuklu veya mahkûmların yaşamlarının veya maddi ve manevi varlıklarının diğer kimselelere nazaran daha üstün olduğu ya da öncelikli koruma altında olduğu anlamına gelmez.

2. Ceza Hukuku Çerçevesinde Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Açlık grevlerine ilişkin mevzuatımızdaki tek doğrudan düzenleme Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun (CeGTİK) 82. maddesidir. Söz konusu maddenin ilk fırcası: “*Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu bekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum bekimince belirlenen rejime uygun ortamda başlanır*” demektedir. Eğer eylemcide, tüm bu tedbirlere rağmen hayati tehlike oluşursa veya bilinç kaybı ortaya çıkar ve bu hal kurum hekimi tarafından tespit edilirse, açlık grevcisinin bu yönde isteğinin olup olmadığına bakılmaksızın, eylemci derhal kurumda veya olanak bulunmadığı halde hastaneye kaldırılarak gerekli tıbbi araştırmaya, tedaviye ve beslenmeye kişinin hayatını ve sağlığını tehlikeye atmamak şartıyla başlanır (CeGTİK md. 82/fıkra 2). Ayrıca hükümlü ve tutuklu herhangi bir sağlık sorunu olmasına rağmen, tedaviyi reddediyorsa ve bu durum da onların sağlıkları ve yaşamları açısından ciddi bir tehlike yaratıyorsa veya böyle bir tehlike kendi şahıslarına yönelmese bile, başkalarının sağlık veya yaşamları için ciddi bir tehdit içeriyorsa bir önceki fıkraya hükmü uygulanacaktır (CeGTİK md. 82/fıkra 3). Bu maddede öngörülen tedbirlerin tümü 82. maddenin 4. fıkrasına göre, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi al-

³⁹ Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.167; Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.292–295.

tında yerine getirilir, meğerki hekiminin zamanında müdahale edemesi veya gecikmesi halinde hükümlü tarafından sakınca duyulan bir hal söz konusu olsun. Ayrıca, 82. maddenin son fıkrasına göre, hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması amacını güden tedaviler ile zorlayıcı tedbirler insan onuruna aykırı olamaz.

Madde metninde dikkat çeken ilk husus, maddenin ilk iki fıkrasının açık bir biçimde sadece hükümlülere yönelmiş olmasıdır. Dolayısıyla, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddeden tutukluların durumu belirsizliğini korumaktadır. Ancak CeGTİK'dan önce yürürlükte olan ve bu Kanunun 122. maddesiyle ilga edilen ve 1721 sayılı Kanunun 4. maddesine (*Hapishane ve Tevfikhanelerin İdaresi Hakkında Kanun*) 4806 sayılı Kanunun 5. maddesiyle eklenen madde, bütün fıkralarda “*tutuklu ve hükümlü*” ifadelerini kullanmaktaydı. Eski yasa metniyle şu an yürürlükte olan yasanın 82. maddesi karşılaştırıldığında, yapılan tek değişikliğin ilk iki fıkrada kullanılan tutuklu kelimesinin kaldırılması olduğu dikkate alınır, yasa koyucunun sürekli beslenmeyi reddeden yani açlık grevine giden tutuklunun durumunun ne olacağını bilerek düzenlemediği ileri sürülebilir. Kaldı ki, CeGTİK md. 82.'nin başlığının “*Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçecekleri Reddetmesi*” şeklinde düzenlenmesi, bu görüşü destekler niteliktedir. Gerçekten, yasa koyucunun tutukluları da madde kapsamına dâhil etme iradesi olsaydı, en azından maddenin başlığında sadece hükümlülere anmazdı. 82. maddenin 3. fıkrasında tutuklulardan bahsedilmesi ise, tutukluların yürüttüğü açlık grevlerine müdahaleye gerekçe oluşturmaz. Zira maddenin 3. fıkrasında anlatılmak istenen, tutuklunun veya hükümlünün açlık grevine gitmesi sonucu kurum tarafından müdahale edilmesi değil, bu kişilerin veya başkalarının sağlıklarının ciddi tehdit altında olması durumunda, bu kimselerin tedaviyi reddetme haklarının bulunmayacağıdır. Dolayısıyla, tüm bu gerekçeler, tutukluların açlık grevine gitmesi durumunda müdahalenin CeGTİK çerçevesinde mümkün olmadığını göstermektedir. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası, kişinin vücut bütünlüğüne dokunmak için, müdahalenin mutlaka yasalarda öngörülmesini aradığına göre, tutukluların açlık grevlerini sonlandırmak için yapılacak olan tıbbi tedavi ile zorla besleme yasal temelden yoksun olduğu için anayasaya aykırı olacaktır.

Madde metni kapsamında yapılacak diğer bir tespit, açlık grevleri sürecinde alınacak önlemlerin hekimin nezaretinde gerçekleştirilmesinin, hasta-hekim arası ilişkinin kurulmasını sağlayacağıdır⁴⁰. Ayrıca, açlık grevcilerine müdahalenin yasal zemine kavuşturulması olumlu bir gelişmedir⁴¹. Gerçekten, söz konusu yasal düzenlemenden önce, açlık grevcilerine yapılan müdahalelerin hukuka uygunluk nedeni hakkında öğretilerde tartışmalar yaşanmaktaydı. Hâkim görüş, müdahalenin zaruret hali kapsamında değerlendirilemeyeceği, zira hekimin tehlikeyi kendisi yaratmadığı, tehlikenin bilakis eylemci tarafından yaratıldığı ve failin tehlikeye neden olmamış üçüncü kişiye değil de, tehlikeye yaratan kişiye müdahale ettiği ifade edilmekteydi⁴². Böylece, meselenin çözümü için meşru müdafaa hükümlerinin uygulanması savunulmaktaydı. Meşru müdafaaadan bahsedebilmek için somut olayda bulunması zorunlu olan haksız saldırı şartının, eylemci tarafından gerçekleştirildiği, zira hiç kimsenin yaşamı ile maddi ve manevi varlığını tehlikeye atma hakkının olmadığı ifade edilmekteydi⁴³. Konunun yasal düzenlemeye kavuşması ile hukuka uygunluk nedeni üzerinde yapılan tartışmalar da sona ermiş ve hak ve özgürlüklerin yasaya dayanarak sınırlandırılmasıyla Anayasa md. 13'e uygun davranılmıştır. Ancak, mahkûm ve tutukluların sağlıklarının ciddi bir tehdit altında olması halinde, tedaviyi reddetme haklarının niçin bulunmadığını anlamak zordur. Açlık grevi, bireyin kendi kararıyla başlattığı bir eylemdir. Bu faaliyetin, devlet tarafından engellenmeye çalışılmasını yukarıda ifade edilen gerekçeler çerçevesinde bir noktaya kadar anlamak mümkündür. Ancak, kişinin iradesinden tamamen bağımsız şekilde ortaya çıkan ve başka kimselerin sağlıklarını tehlikeye atmayan bir rahatsızlığın, hükümlü ve tutukluların rızalarına aykırı bir biçimde zorla tedavi edilmesi hukuka aykırıdır. Kişinin yaşamının uzatılmasını amaçlayan tıbbi tedavinin, yine kişinin kendi iradesiyle engellenmesi anlamına gelen pasif ötanazi⁴⁴ günümüzde halen pekçok ülkede kabul edilen ve hukuka uygun olan bir yöntemdir. Herkesin, kendi kaderini belirleme hakkının bulunduğu unutulmamalıdır. Öğretilerde ayrıca, açlık grevlerinde kişinin iradesi-

40 Barış Erman, **a.g.e.**, s.197.

41 **ibid.**

42 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.167; Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.189.

43 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.167-168; Özlem (Yenerer) Çakmut, **a.g.e.**, s.190.

44 Zafer Gören, **a.g.e.**, s.389.

nin her şeyin üzerinde tutulması ve eğer iradeyi etkileyen bir husus bulunmuyorsa, kişinin iradesine uygun davranılması gerektiği savunulmuş ve bu bağlamda, CeGTİK md. 82'nin kişinin bilinci bozulması durumunda önceki iradeye itibar etmemesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir⁴⁵.

Görüldüğü üzere, CeGTİK md. 82, hükümlülerin sürekli olarak kendilerine sunulan yiyecek ve içecekleri reddetmeleri durumunda, eylemin sonuçları hakkında detaylı aydınlatma ve vazgeçirme çalışmaları sonuç vermezse, hükümlülerin kurum hekimi tarafından belirlenen rejime uygun olarak zorla beslenmesinin önünü açmaktadır. Ancak, daha önce ifade edildiği üzere, açlık grevcisinin eylemin neticeleri hakkında gerekli aydınlatmadan hemen sonra zorla beslenmesi düşüncesi açıklama ve yayma özgürlüğünün hiçe sayılması anlamına gelmektedir. Oysa ki açlık grevcisinin de düşüncesini açıklaması için gerekli koşullar yaratılmalı, kamuoyu oluşturana ve nihayet eylemcinin, sağlığı geri dönüşü olmayan yola girmeden önceki aşamaya kadar, açlık grevine devam etme imkânının sağlanması gerekir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇERÇEVESİNDE AÇLIK GREVLERİNE MÜDAHALE SORUNU

1. Birleşik Krallık'da Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Açlık grevlerinin ilk olarak yaygın uygulandığı ve bunun sonucunda da mahkûmların zorla beslenmesi yoluna başvurulduğu ülke İngiltere'dir. Gerçekten, 1909'da oy hakkı isteyen kadınlar Kara Cezaevi'nde açlık grevine gitmiş ve cezaevi yöneticilerinin kadınları açlık greviden döndürmek için gayretleri netice vermemiş ve nihayet cezaevi idaresince zorla besleme yoluna gidilmiştir⁴⁶. Zorla besleme sırasında kadınların boğaz ve burun deliklerinden içeri sokulan borular vasıtasıyla gıda verilmesi, müdahalenin insaniliğini tartışmaya açmıştır. Bu bağlamda yüze yakın hekim, bu tür zorla beslenme tarzına karşı çıkarak, tepkilerini dile getirmiştir⁴⁷. İşte bu süreçte, İngiliz Hükümeti açlık grevcilerinin birkaç gün de olsa serbest bırakılmasını amaçlayan yasayı parlamentodan ge-

⁴⁵ Yener Ünver, "Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, s.208.

⁴⁶ Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.159.

⁴⁷ Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.114.

çirmiş, ancak bu düzenleme soruna çözüm getirememiş, serbest bırakılanların birçoğu geri dönmemiştir. Bu eylemin hemen sonrasında benzer yöntemin kendilerinin savaş esiri olarak değerlendirilmesi düşüncesinde olan İrlandalı milliyetçilerce uygulandığı görülmektedir. Bazı grevcilerin zorla beslenme neticesinde ölümü ise, İngiliz Hükümeti tarafından açlık grevine katlanma kararı alınmasına yani mahkûmların serbest bırakılmasına yol açmıştır⁴⁸.

Birleşik Krallık'ta, cezaevlerinde gerçekleştirilen açlık grevlerine müdahaleye ilişkin ilk doğrudan düzenlemenin 1964 tarihli Cezaevi Kuralları olduğunu söylemek mümkündür. Bu metnin ilgili hükmüne göre, cezaevlerinde görevli olan hekimler, mahkûmların psikolojik ve fiziksel sağlıklarının korunması hususunda sorumludurlar⁴⁹. Bu hukuki metinde her ne kadar, açlık grevcilerinin zorla beslenmelerine ilişkin hüküm bulunmasa da, İçişleri Bakanlığı daimi kuralları mahkûmların, zorla beslenmesinin gerekli olup olmadığı konusunda tahlilin yapılması amacıyla cezaevi hastanesine kaldırılabilirliklerini hükme bağlamaktaydı. Nitekim tatbikatta da mahkûmların zorla beslenmesi yoluna başvurulmuş ve bu kapsamda Brixton cezaevinde bulunan ve açlık grevi yapan genç İrlandalı mahkûmlara, açlık grevleri boyunca zorla besin verilmiştir⁵⁰. Bu husus, kamuoyunda büyük yankı uyandırmış, konunun İngiliz Tabipler Birliği tarafından tartışılmasına neden olmuştur. Bu çerçevede, mahkûmun iradesi ile hekimin kişinin yaşamının devamını sağlamak görevi ikilemi arasında kalan Tabipler Birliği, hekimlerin mahkûmların rızalarına aykırı beslenmelerine katılmaya zorlanamayacaklarını ve bu hususta hükümetin hekimlere baskı yapamayacağı sonucuna varmıştır⁵¹. Kısacası, İngiltere'de açlık grevlerinde müdahalede nihai karar hekimindir, hekime dışarıdan herhangi bir idari ve siyasi baskı yapılması söz konusu değildir. Nitekim 1981'de İrlanda Cumhuriyetçi Ordu (IRA) üyeleri, kendilerinin siyasi mahkûm olarak kabul edilmesi amacıyla açlık grevi başlatmış, ancak bu süreçte söz konusu talepler İngiliz Hükümetince kesin bir biçimde reddedilmiş ve kendilerine zorla besin verilmeyerek, fiil so-

48 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.160.

49 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.132.

50 **İbid**; Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.115.

51 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.133.

nucunda IRA örgütünün açlık grevine giden üyelerinin tümü hayatını kaybetmiştir⁵². Görüldüğü üzere, İngiltere'nin tavrı açlık grevi konusunda açıktır. Bu süreçte hekimlere baskı yapılmamakta, mesele hekimin vicdanına bırakılmaktadır.

2. İspanya'da Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Açlık grevlerine ilişkin İspanya'da ses getiren eylemlerden biri, *GRA-PO (Antifaşist Direniş Grupları)* isimli terör örgütünün üyeleri tarafından 1989 yılında gerçekleştirilmiştir. Örgütün düzenlediği eylemler sonucunda, içerisinde kamu görevlilerinin de olduğu 40'a yakın insan hayatını kaybetmiş, ancak örgüte yönelik düzenlenen kapsamlı operasyonlar neticesinde örgüt mensuplarının yaklaşık dörtte biri yakalanarak yargılanmış ve 5000 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁵³. Örgüt üyeleri, kendilerinin İspanyol hükümeti tarafından bilinçli bir şekilde İspanya'nın çeşitli cezaevlerine dağıtılmalarını protesto etmek ve bu kararın geri alınmasını sağlamak amacıyla toplu açlık grevlerine başlamışlardır⁵⁴. Aslında cezaevi nakline karşı çıkma amaçlı yürütülen açlık grevleri mahkûmlar tarafından hükümetlere karşı kullanılan tipik baskı yöntemidir. Gerçekten, ülkemizde de zaman zaman özellikle terör hükümlülerinin sevk amaçlı açlık grevine gittiği görülmüştür⁵⁵.

Dönemin İspanyol Adalet Bakanı Enrique Muglea söz konusu eyleme ilişkin yaptığı açıklamada, hükümetin kesinlikle mahkemeler tarafından yargılanıp suçlu olduğu kesinleşen kişilerle pazarlığa oturmayacağını ve kamu güçlerinin, grevcilerin devletin gözetimi altında bulunan kişiler olmasından, grevcilere müdahalede bulunma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir⁵⁶. Aslında hükümetin bu tavrı hukuki olmaktan çok, siyasi bir amaca hizmet etmekteydi. Gerçekten, o dönemde halkının yüzde 56'lık bir kısmı grevcilere kesinlikle taviz verilmemesi taraftarıydı⁵⁷. Kaldı ki, İspanya'da yaşanan tartışmalar da hükümet sözcüsünün açıkla-

52 Metin Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.160.

53 Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.291.

54 **İbid.**; Murat Sevinç, **a.g.e.**, s.115.

55 Ahmet Taşkın, **a.g.e.**, s.515.

56 Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.291.

57 **İbid.**

dığı kadar, mesele üzerinde bir uzlaşının olmadığını kanıtlar nitelikteydi. Zira açlık grevcilerine müdahale, özellikle tutuk ve cezaevlerinin devlet in gözetiminde olması⁵⁸ yani devletin bu kişilerin sağlıklarını geliştirmek için pozitif edim yükümlülüğünün olması ve bu ortamların barındırdığı koşullar nedeniyle grevcilerin serbest karar vermesinin çoğu zaman mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktaydı⁵⁹. Diğer bir anlatım ile GRAPO'nun yürüttüğü açlık grevi gibi toplu gerçekleştirilen bir faaliyette, örgüt mensuplarının üzerinde sosyal veya siyasi baskının kaçınılmazlığı savunulmaktaydı. Aslında bu şekilde toplu yürütülen grevlerde baskı tehdidi çoğunlukla mevcuttur. Bu durumda ilk akla gelen çözüm yolu ise, tutuklu veya hükümlülerin ayrı ayrı yerlere konuşlandırılarak, greve devam edip etmeme hususunda serbest karar vermelerini sağlamaktır. Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin 1991'de Malta'da kabul ettiği Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyonu konuya ilişkin düzenleme içermektedir. Malta Bildirgesinin 5. maddesine göre, “*açlık grevlerine gidenler zorla [açlık grevine] katılma baskısından korunmalıdır. Bu, açlık grevinde bulunan diğer kişilerden ayrı tutulmayı gerektirebilir*⁶⁰.” Ancak böyle bir müdahale hiç şüphesiz içersinde belirli bir riski barındırır. Bilindiği üzere, toplu hareketler yapısı gereği kamuoyunda bireysel hareketlerden daha etkili gündem yaratan ve eylemcilerin hedef kitleye ulaşmasını kolaylaştıran bir karaktere sahiptir. Özellikle bireysel açlık grevinde grevci eylemi tek başına yürüttüğünden, eyleminden içinde bulunduğu fiziksel veya psişik güçsüzlük nedeniyle, her zaman vazgeçme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Oysaki toplu olarak yürütülen açlık grevlerinde eylemci, aynı ortamda bulunduğu grevcilerin direnişlerini gözlemleyerek, en azından psikolojik olarak amacına ulaşabilmek için eylemini devam ettirme konusunda kararlılık gösterebilir. Kısacası, bireysel dirayetin toplu açlık grevlerinde daha fazla olduğu savunulabilir. Bu nedenle, tutuklu veya hükümlülerin ayrı yerlerde açlık grevini devam ettirmesi kararının söz konusu kişilerin de çıkarları göz önünde bulundurularak dikkatli verilmesi gerekmektedir⁶¹.

58 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.135.

59 Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.292–293.

60 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.215.

61 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.140.

İspanya’da açlık grevcilerinin zorla beslenmesine karşı olan diğer görüş taraftarlarının dayandıkları temel gerekçe ise, herkesin maddi ve manevi bütünlük hakkının bulunduğu ile insanlık dışı ve aşağılayıcı uygulamaları yasaklayan İspanyol Anayasasının 15. maddesidir⁶². Madrid infaz yargıcı ayrıca, herkesin kendi kaderini tayin etme hakkının bulunduğu ifade ederek, mahkûmların zorla beslenmesine yönelik karar vermeyi reddetmiştir⁶³. Valladolid infaz yargıcı hatta daha ileri giderek, mahkûmların zorla beslenmeye karşı çıkmaları halinde ellerinden, ayaklarından yatağa bağlanarak zorla beslenmelerinin bir tür işkence olduğunu belirtmiştir⁶⁴. Mesele hakkındaki tartışmalar belirli bir süreden sonra İspanyol hekimlerini de etkilemiştir. İspanyol Tıp Konseyi meselenin çözümü için bir genelge yayınlamıştır. Genelge konuya ilişkin olarak şu hükmü içermektedir: *“Müdahale etmeme sonucunda kamu sağlığının tehlikeye düşme ihtimalinin varolduğu veya acil bir durumda ölümü veya geri dönüşü olmayan zararı önlemek üzere doktorun müdahale etmesinin gerekli olduğu haller dışında, doktor hastanın iradesine aykırı olarak tedavi empoze edemez... Tedavinin reddedilmesinin meşru bir temele dayandırılması mümkün değilse, doktor adli veya idari yetkililerin emirlerine uymak zorundadır⁶⁵.”* Dikkat edilirse, genelgede hasta-hekim arası ilişki göz ardı edilmiş ve grevcinin eylemi meşru bir temele dayanmıyorsa, hekimlere üst makamın kararları doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca genelgenin açlık grevcisinin aydınlatılmasına ilişkin hüküm içermemesi eleştiriye açıktır. Gerçekten, müdahaleye maruz kalan kişinin rızası kural olmakla birlikte, açlık grevinin grevciye ortaya çıkaracağı muhtemel semptomlar hakkında kişinin ayrıntılı ve sürekli bir biçimde aydınlatılması gerekmektedir. Açlık grevlerinde aydınlatmanın süreklilik arz etmesi grevcinin de menfaati doğrultusundadır. Zira açlık grevlerinin semptomları arasında iştih kaybı ya da bilinç bulanıklığı gibi hallerin olduğu bellidir⁶⁶.

62 İspanyol Anayasasının almanca tam metni için bkz. <http://www.verfassungen.eu/es/verf78-index.htm>, Erişim Tarihi: 29 Ekim 2009.

63 Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.293.

64 **ibid.**

65 Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.135.

66 Açlık grevinde ortaya çıkabilecek semptomlar için İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroloji Anabilim Dalı öğretim üyelerinin hazırlamış olduğu rapora Türkiye Tabipler Birliği’nin resmi internet sayfasından ulaşmak mümkündür. Bkz. http://www.ttb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/turkce4.html, Erişim Tarihi: 29 Ekim 2009.

Bu durumda hekimin tutuklu veya mahkûmu sürekli aydınlatması ve açlık grevinin sonraki aşamalarında ortaya çıkacak belirtileri detaylı açıklaması gerekir.

Konu hakkındaki yoğun tartışmalar, İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar neticesinde daha da karmaşık bir hal almıştır. Yüksek Mahkeme, İspanyol Anayasasının 25. maddesinde tutuklu ve hükümlülerin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren hüküm çerçevesinde eylemcilerin zorla beslenmesinin önünü açmış ve bu noktada özellikle devletin, tutuklu ve hükümlülerin yaşamlarını korumak ve geliştirmek görevine dikkat çekmiştir⁶⁷.

3. Almanya'da Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Almanya'da açlık grevleri, tutukluların ve hükümlülerin hükümete veya ceza infaz kurumlarına karşı yaşamlarını ve sağlıklarını, adeta bir “*politik silah*” olarak kullandıkları bir yöntem olarak görülmektedir⁶⁸. Açlık grevcilerine karşı zorunlu tıbbi müdahale veya besleme yoluyla müdahale edilmesine dair yasal bir düzenleme ortaya çıkmadan önce, mesele zorunlu tedavi ve beslemeyle ilişkin herhangi bir kanuni hüküm barındırmayan Aşağı Saksonya ve Schleswig-Holstein eyaletleri dışındaki bölgelerde çoğunlukla Alman Ceza İnfaz Kanununun 119. maddesinin 5. fıkrası ile 12.2.1953 tarihli Tutuklamanın İcrası Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde çözümlenmekteydi⁶⁹. Ancak, Ceza İnfaz Kanununun söz konusu maddesinin ilgili kısmı, “*tutuklunun kendine zarar vermesi veya intihar etmesi tehlikesi varsa ve bu tehlikenin başka daha az derecede bir önlem ile savuşturulması mümkün değilse, tutuklunun bağlanması mümkündür*” demektedir. Açlık grevcilerinin açlık greviyle kendilerine zarar verdikleri kabul edilse bile, maddede eylemcilerin zorla tedavilerinden ve beslenmelerinden hiç bahsedilmemiş, bu kişilerin yaptırım olarak sadece bağlanacakları ifade edilmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin 58. maddesinin 2. fıkrası, tutuklunun suni beslenmesinin ancak tutuklunun besin alımını ısrarlı bir biçimde reddetmesi durumunda mümkün olduğunu hükme bağlamaktadır.

⁶⁷ Cemal Bali Akal, **a.g.e.**, s.295; Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.136.

⁶⁸ Jan-Hinnerk Husen, **Hungerstreik im Justizvollzug**, ZRP 1977, Heft 12, s.290.

⁶⁹ Joachin Linck, **Zwangsernährung von Untersuchungsgefangenen**, NJW 1975, Heft 1/2, s.19.

Yönetmeliğin 58. maddesi her ne kadar emredici bir hüküm de olsa, öğretide tutuklunun rızası hilafına yapılacak olan beslemenin kişinin vücut bütünlüğü hakkına ve Alman Anayasasınca korunan bir temel hakkına müdahale niteliğinde olduğu savunulmuş; temel haklara ilişkin sınırlamaların, Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirtildiği üzere bir yasal düzenlemeye dayanması zorunluluğuna dikkat çekilmiştir⁷⁰. Öğretide yapılan tartışmalar sonucunda Ceza İnfaz Kanununda yasal düzenlemeye gidilerek açlık grevlerine müdahalenin yasal şartları yasa koyucu tarafından oluşturulmuştur. Ancak söz konusu yasal düzenleme yaşanan tartışmaları sonlandırmamıştır. Gerçekten, Alman Ceza İnfaz Kanununun geçmişten bu yana üzerinde uzlaşa sağlanamayan, en çok tartışmanın yapıldığı hükümlerden birini açlık grevlerine müdahaleyi düzenleyen 101. maddesi oluşturmaktadır⁷¹.

Alman Ceza İnfaz Kanununun “*Sağlık Bakımı Alanına İlişkin Zorlayıcı Tedbirler*” başlıklı 101. maddesinin ilk fıkra hükmü şöyledir: “*Tıbbi muayyenin, tedavinin ve beslemenin mahkûmun rızası hilafına gerçekleşmesi ancak mahkûm için bir yaşam tehlikesi, onun sağlığı bakımından ciddi bir tehlike veya başkalarının sağlığı açısından bir tehlike varsa söz konusu olur. Alınacak önlemler ilgililer için beklenebilir ve mahkûmun yaşamı ve sağlığıyla ilgili önemli tehlikeye yol açmamalıdır. Tedbirlerin yerine getirilmesi hususunda ceza infaz idaresi, mahkûmların serbest iradeleri sabit olduğu müddetçe yükümlü değildir.*” Öncelikle madde metninde her ne kadar sadece mahkûm ibaresi kullanılmış dahi olsa, Ceza İnfaz Kanununun 178. maddesine göre, bu hükmün tutuklular için de uygulanabilir olduğu ifade edilmelidir. Metnin hükümlülerin zorla beslenmesinin önünü açması Almanya’da ciddi tartışmalara neden olmuş ve Alman Tabipler Birliği ile diğer tıbbi örgütler, mahkûmların zorla beslenmesine karşı çıkarak, meselenin çözümü için hükümlünün rızasının varlığı halinde hiçbir organ veya ceza infaz kurumunun açlık greviden kaynaklanan zararlardan veya ölümden sorumlu olmayacağını hükme bağlayan İngiliz modelinin uygulanmasını önermişler-

⁷⁰ *ibid.*, s.20.

⁷¹ Johannes Müller/Wolfgang Riekenbrauck, **Strafvollzugsgesetz-Kommentar**, herausgegeben v. Hans-Dieter Schwind, Alexander Böhm, Jörg-Martin Jehle, 4. neue bearbeitete Auflage, Berlin, 2005, Rn. 1, s.716.

dir⁷². Aslında 101. maddenin ilk halinde ceza infaz kurumunun hükümlüye müdahale yükümlülüğünün doğması için, mahkûmun serbest iradesinin bulunmamasının yanı sıra eylem neticesinde akut yaşam tehlikesinin ortaya çıkması gerekmektedir. Akut yaşam tehlikesi ise, eğer tıbbi müdahale gerçekleşmezse ölümün hemen vuku bulması olarak tarif edilmiştir⁷³. Akut yaşam tehlikesinin bulunduğu ve müdahalenin zamanına karar verecek olan hekimlerdir⁷⁴. Ancak akut yaşam tehlikesinin ortaya çıkmasını beklemek hükümlünün sağlığı açısından geri dönüşü olmayan zararlara neden olabileceği ve kavramın özünde belirsiz olması gerekçesiyle eleştirilmiş⁷⁵ ve bu ibare madde metninden çıkarılmıştır.

Yürürlükteki madde metni kapsamında yapılacak ilk tespit, açlık grevine müdahalede mahkûmun iradesinin esas alındığıdır. Böylece, mahkûm serbest iradesiyle karar verebildiği sürece ceza infaz kurumu açlık grevcisine müdahalede bulunmak yükümlülüğünde olmamakla birlikte, kurumun bu hakkı her zaman mevcuttur⁷⁶. Diğer bir ifade ile infaz kurumu, gözetimi ve denetimi altında bulundurduğu mahkûmun sağlığını korumak için yükümlü olmasa bile, açlık grevcisine zorla tıbbi müdahale uygulayabilir ya da onu zorla besleyebilir. Ancak zorla tıbbi müdahale ve beslemenin gerçekleştirilmesi için, mahkûmun yaşamının tehlikede olması veya onun sağlığı bakımından ciddi bir tehlikenin ortaya çıkması ya da başkalarının sağlığının tehlike altında bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, ceza infaz kurumu istediği zaman açlık grevcisine müdahalede bulunamaz. Mahkûmun sağlığı açısından ciddi tehlike ise, vücudun devamlı fonksiyonlarını sürekli bir zarar tehdidi altında kısmen veya tamamen yerine getirememesi halinde ortaya çıkar⁷⁷. Ancak bu ciddi tehlike şartının üçüncü kişiler için geçerli olmadığı ifade edilmelidir. Böylece, mahkûm dışındaki kimselerin sağlıkları açısından basit bir tehlikenin varlığı, hükümlünün serbest iradesinin bulunmaması

72 Jan-Hinnerk Husen, **a.g.e.**, s.289.

73 Jürgen Baumann, **Zwangsweise Lebenserhaltung im Strafvollzug**, ZRP 1978, Heft 2, s.36.

74 **ibid.**

75 Jan-Hinnerk Husen, **a.g.e.**, s.291.

76 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Dora Yay., 2007, s.227.

77 Albrecht Brühl/Joachim Walter, **Kommentar zum Strafvollzugsgesetz**, herausgegeben v. Dr. Johannes Feest, 5. neue bearbeitete Auflage, Luchterland, 2006, Rn. 13, s.496.

şartının da gerçekleşmesi halinde açlık grevine müdahaleyi haklı kılacaktır⁷⁸. Maddedeki “*beklenebilirlik*” kavramı ise, insan onuruna aykırı olmayan müdahaleleri ifade edip, özellikle hükümlünün açık direnmesi durumunda gerçekleştirilecek olan müdahalenin beklenemez olduğu savunulmuştur⁷⁹. Bunun yanı sıra mahkûmun, Alman Anayasasının 4. maddesinde hüküm altına alınan din özgürlüğü kavramına dayanarak, kendisine müdahale edilmemesini talep etmesi halinde, iradeye aykırı biçimde zorlayıcı tedbirler uygulanmasının da, söz konusu önlemi beklenemez kılacağı ifade edilmiştir⁸⁰. Ayrıca, açlık grevi nedeniyle mahkûmun bilincinin yerinde olmaması durumunda ceza infaz kurumu tarafından gerçekleştirilecek olan müdahalelerin, 101. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, zira bu durumda zorlayıcı bir tedbire gerek olmadığı belirtilmiştir⁸¹. Ancak bu görüşe katılmak zordur. Zira mahkûmun, infaz kurumunca yapılacak müdahaleye bilincinin yerinde olmadığından karşı koyamaması, tedbirin zorla yerine getirildiği gerçeğini değiştirmez. Önemli olan mahkûmun iradesidir. Eğer hükümlü bilincinin kapanmasından önce müdahaleye rıza göstermemişse, tedbir hükümlünün varsayımsal rızasına aykırı olduğu için zorla gerçekleştirilmiş olacaktır. Tüm bunların dışında, mahkûmun açlık grevini yürütürken iradesinin hür olduğu konusunda da şüphe bulunmamalıdır. Diğer bir ifade ile cezaevlerinin kendine has koşulları göz önünde tutulmalı ve cezaevi idaresi, herhangi bir baskının varlığını hissettiği an açlık grevine müdahale etmemeli, Malta Bildirgesi'nin 5. maddesi kapsamında açlık grevcilerinin ayrı yerlerde eylemlerine devam etmelerini sağlamak için gerekli koşulları yaratmalıdır. Son olarak, 101. maddenin son cümlesine, hükümlünün kendi serbest iradesiyle müdahaleyi reddetme kararı alması durumunda, bu karar neticesinde ortaya çıkması muhtemel tehlike ve zararlardan kendisinin sorumlu olacağına ilişkin bir eklemenin yapılması gerektiği de savunulmuştur⁸².

78 Johannes Müller/Wolfgang Riekenbrauck, **a.g.e.**, Rn. 10, s.718.

79 Albrecht Brühl/Joachim Walter, **a.g.e.**, Rn. 16, s.497.

80 **ibid.**

81 Johannes Müller/Wolfgang Riekenbrauck, **a.g.e.**, Rn. 19, s.719.

82 Jan-Hinnerk Husen, **a.g.e.**, s.292.

4. Avusturya’da Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Avusturya’da, açlık grevlerine yapılacak müdahalede esas alınacak hüküm, Avusturya Ceza İnfaz Kanununun “*Zorunlu Tetkik, Tedavi ve Besleme*” başlıklı 69. maddesidir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre: “*Mahkûm, tıbbi tetkikin veya tedavinin somut olayın koşullarına göre mutlaka gerçekleştirilmesi hususunda aydınlatılmış olmasına rağmen, bu müdahaleleri reddederse, kendisi için bir yaşam tehlikesi bulunmadığı ve beklenebilir olduğu müddetçe, bu tür müdahaleler kendisine uygulanır. Ceza Kanununun 84. maddesinin 1. fıkrasında hüküm altına alınan ağır müessir fiil şartlarını karşılayan her tür müdahale beklenmedik tıbbi tetkik veya tedavi olarak kabul edilecektir. Derhal müdahale edilmezse tehlikenin ortaya çıkacağı haller istisna olmak üzere, zorla tetkik veya tedaviden önce Adalet Bakanlığı’ndan izin alınması gerekmektedir.*” Maddenin ikinci fıkrası ise, mahkûmların zorla beslenmesine ilişkin düzenlemeyi içermektedir. 2. fıkraya göre: “*Mahkûm, besin almayı ısrarla reddederse, bekim nezaretinde bulundurulur. Gereklilik varsa, bekimin kararı ve gözetimi altında mahkûmun zorla beslenmesi gerçekleştirilir.*”

Madde kapsamında dikkat çeken ilk husus, zorla muayene veya tedavinin kural olarak Adalet Bakanlığı’nın iznine bağlı olmasıdır. Bu durumun mahkûmların rızaları hilafına vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleler için güvence teşkil ettiği konusunda şüphe yoktur. Zira Adalet Bakanlığı’ndan izin alınması hükümlülere karşı yapılacak keyfi müdahalelerin önüne geçecektir. Ancak 69. maddenin 2. fıkrasındaki “*gereklilik*” kavramının son derece muğlâk olduğu ifade edilmelidir. Eğer bu kavram, akut yaşam tehlikesi anlamında kullanılmışsa, daha önce belirtildiği üzere, müdahalede bulunmak için bu süreyi beklemek mahkûmun sağlığına kavuşmasını imkânsız kılacaktır. Bu nedenle, kavramın daha açık düzenlenmesi gerekir. Böyle bir düzenleme, müdahalenin öngörülebilirliğini sağlayacağından mahkûmların hak ve özgürlükleri için de güvence teşkil edecektir.

5. Uluslararası Metinlerde Açlık Grevlerine Müdahale Sorunu

Açlık grevlerine ilişkin düzenlemenin yer aldığı ilk uluslararası metin, 1975’de Dünya Tabipler Odası tarafından hazırlanan Tokyo Bildirge-

si'dir⁸³. Bildirgenin 5. maddesine göre, mahkûm besin almayı reddetmişse ve hekim de hükümlünün, kararın neden olacağı sonuçlar hakkında sağlıklı bir yargıya varacağı fikrindeyse, kişi damardan beslenmeyecektir. Ancak bu aşamada mahkûmun sağlıklı karar verme yeteneğinin bulunduğu başka bir hekim tarafından da onaylanmalıdır. Ayrıca, hekim, hükümlüyü detaylı olarak beslenmenin reddi halinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar hakkında aydınlatmalıdır.

Konuyla ilgili diğer bir temel belge Malta Bildirgesi'dir⁸⁴. Doğrudan açlık grevcilerine müdahalelere ilişkin kurallar içeren bu metin 1991 yılında 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilmiştir. Metnin "*Giriş Bölümü*"nün birinci maddesine göre, hekim hastaya müdahale etmeden önce onu aydınlatmalı ve onamını almalıdır. Bu durumun istisnası acil durumlardır. Acil durumlarda hekim, hastanın menfaatlerini gözeterek, hasta için en doğru hareketi seçmek zorundadır. Bildirgenin "*Açlık Grevcilerinin Yönetilmesiyle İlgili Rehber Kurallar*" kısmında bir yandan hekimin açlık grevcisi hakkında kapsamlı bilgi sahibi olmasını sağlamak amacıyla, hastanın geçmiş sağlık durumu hakkında araştırma yapması (md. 2/fıkra 1)emredilirken, diğer yandan açlık grevcisinin başka bir hekimden görüş almasına ve tedavinin bu hekim tarafından da gerçekleştirilmesine imkân verilmektedir (md. 2/fıkra 5). Bildirgenin 4. maddesinde, açlık grevcisinin bilincinin kaybı durumunda hekimin, hastanın kaderiyle ilgili kararını, eylemciye uyguladığı bakım sırasında alınan bir önceki karar da göz önünde tutularak, serbest iradesiyle vereceği hükme bağlanmaktadır.

İşte görüldüğü üzere; Tokyo Bildirgesi'nin aksine, Malta Bildirgesi'nde açlık grevine müdahalede etkin rol hekime aittir. Hekim, vicdani kanaatiyle hareket edecektir. Ancak bunu yaparken hekimin tam olarak bağımsız olduğundan bahsedilemez. Gerçekten, hekim, özellikle bilinç bulanıklığı ya da grevcinin komaya girmesi halleri sonucunda ortaya çıkan eylemcinin karar kabiliyetinin ortadan kalkması durumunda, açlık grevcisinin varsayımsal rızasını tespit etmeye çalışacaktır. Bu yöndeki düzenlemenin, kişi özerkliğine ve kişinin kendi kaderini tayin etme hakkına hizmet ettiği ileri sürülebilir.

83 Tokyo Bildirgesi'nin tam metni için bkz. Britanya Tabipler Odası, **a.g.e.**, s.213 vd.

84 Malta Bildirgesi'nin tam metni için bkz. **İbid.**, s.215 vd.

Açlık grevlerine müdahalede yön gösterici yeteneğe sahip diğer bir uluslararası metin, Avrupa Konseyi üye devletlerinin imzasına açılmış olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'dir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrası açıkça, sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin mutlaka hastanın rızasına dayanması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, açlık grevcisine rızası dışında gerçekleştirilecek tıbbi müdahale veya zorla besleme Sözleşme'ye aykırılık oluşturacaktır. Ancak, CeGTİK'nun 82. maddesi ile Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi aynı konu hakkında farklı düzenlemeler içermektedir. Bu durumda Anayasa md. 90/fıkra son, sorunun çözümünde işlevsel bir rol üstlenir. Gerçekten, bu maddeye göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir antlaşmayla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, söz konusu milletlerarası antlaşmanın ilgili hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Biyotıp Sözleşmesi'nin ortaya çıkış amacı, kişilerin tıbbi uygulamalar neticesinde hak ve özgürlüklerinin zarar görmesini engellemek olduğundan, yani metnin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma yapısı taşıması, bu metnin 9 Aralık 2003 tarihinde 5013 sayılı Kanun ile Meclis tarafından usulüne uygun bulunarak yürürlüğe konması, Biyotıp Sözleşmesi'nin yürürlükte olan ve açlık grevlerinde eylemcilerin zorla beslenmesine imkân veren CeGTİK'nun 82. maddesi karşısında öncelikle uygulanması gerektirir. Ancak Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin, Anayasanın 17. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, 17. madde herkesin, yaşam hakkına sahip olduğunu açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla, yaşam hakkını etkisiz hale getiren veya ciddi tehdit altına sokan açlık grevleri daha önce belirtildiği üzere, anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilir. Biyotıp Sözleşmesi, açlık grevlerine eylemcinin rızası dışında müdahaleyi engellediğinden, bu tür bir düzenleme ister istemez kişinin yaşam hakkını da tehlikeye atacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, milletlerarası antlaşmalar ile anayasanın çatışması durumunda yapılacak iş, antlaşmayı değil, anayasayı uygulamaktır⁸⁵. Gerçekten, anayasanın değiştirilmesi için nitelikli çoğunluğa ihtiyaç duyulması, buna karşılık milletlerarası antlaşmaların Meclis tarafından

85 Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İ.Ü. Basımevi, İstanbul, 1993, s. 60-61.

Anayasa md. 96'da öngörülen basit çoğunlukla kabul edilerek yürürlüğe girmesi, anayasanın milletlerarası antlaşmalar karşısında iç hukukta üstün olduğunu ispat etmektedir. Ancak bu çerçevede ahde vefa ilkesi gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, devletin milletlerarası alanda sorumluluğunun doğmaması ve uluslararası alanda verilmiş olan taahhüdlerin iç hukukta yerine getirilmesi için, derhal anayasa değişikliğine gidilmeli ve milletlerarası antlaşma ile anayasa uyumlu hale getirilmelidir. Ancak bu değişikliğe kadar, anayasa normu milletlerarası antlaşma karşısında üstündür. Bu bilgiler çerçevesinde, açlık grevlerinde yaşam hakkına öncelik tanınmalı, ancak bu yapılırken düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü de gözden kaçırılmamalı, bu iki hak ve özgürlük arasında yukarıda bahsedilen optimal denge kurulmalıdır.

V. SONUÇ

Her ne kadar, hükümlülerin besin almaması durumunda izlenecek yöntem yasal olarak belirlenmiş olsa da, açlık grevlerine ilişkin yapılan tartışmalar konu üzerinde tam bir uzlaşının henüz sağlanmadığını kanıtlar niteliktedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, devletin açlık grevlerine müdahalede bulunurken, kendi gözetimi ve denetimi altında bulundurduğu tutuklu ve hükümlülerin hak ve özgürlükleri arasındaki hassas dengeyi göz önünde bulundurmasıdır. Devletin, kişilerin sağlığının koruması ve geliştirmesi konusunda gösterdiği hassasiyet gayet tabiidir. Aslında yaşam hakkı, devletin kural olarak müdahale yetkisinin bulunmadığı, hakkın icrasında gölge etmemesi gerektiği negatif statü haklarından. Ancak yaşam hakkının bu niteliği, özellikle 20. yüzyılın ilk yarısından sonra anlamını kaybetmeye başlamıştır. Yaşam hakkıyla korunan hukuki değer, kişinin yalnızca yaşamını idame ettirmesi ve bu sırada da devletin müdahale etmemesi olarak algılanmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken, kişinin belirli bir yaşam standardına uygun olarak yaşamına devam edebilmesinin devlet tarafından temin edilmesidir. Böylece, devletin amacı, kişinin sadece yaşamasını sağlamak değil, aynı zamanda yaşamın belirli bir kalitede olmasına da hizmet etmektir. Kaldı ki, devletin burada anayasal yükümlülüğü de vardır. Gerçekten, Anayasa md. 56/fıkra 3: “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak;... amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*” demektedir. Tüm bu bilgiler, dev-

letin açlık grevlerinde müdahil olması konusundaki kararlılığının nedenini anlaşılır kılmaktadır. Ancak, bireyin hak ve özgürlüklerinin teminatının da devletin görevi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kişilerin kendilerini ifade edemedikleri ve düşüncelerini başka kimselere ulaştıramadıkları bir ortam demokratik düzenin gerekleriyle bağdaşmaz. Demokratik devlet, kişilerin yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarını korurken, onların fikirlerine de saygı göstermelidir. Dolayısıyla, devlet açlık grevlerine müdahalede bulunurken, eylemin ilk aşamalarında hareketsiz kalmalı ve sadece fiilin kişi üzerinde yaratacağı semptomlar hakkında aydınlatıcı bilgiler vermelidir. Bu durum, açlık grevcisinin sağlığı bakımından geri dönüşü zor olan ve kurum hekimince de onaylanan ciddi bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimali anına kadar devam etmelidir. Böyle bir durumun söz konusu olmasından sonra ise, devlet artık anayasal yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmeli ve eylemcinin rızasının bulunup bulunmadığına bakmaksızın tıbbi tedaviyi ve zorla beslemeyi insan onuruna yakışır bir biçimde gerçekleştirmelidir. Zira bu yöntem, kişinin hak ve özgürlükleri arasında makul bir dengenin kurulmasının yegâne çözümüdür.

KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bali:** “İspanya’da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar”, Argumentum Dergisi, Şubat 1992, Yıl: 2, Sayı: 19, s.291 vd.
- BAUMANN, Jürgen:** Zwangsweise Lebenserhaltung im Strafvollzug, ZRP 1978, Heft 2, s.35 vd.
- Britanya Tabipler Odası:** İhanete Uğrayan Tıp (Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Katılımı Üzerine Bir Çalışma Grubu), Cep Kitapları Yay., İstanbul, 1996.
- BRÜHL / Albrecht, Walter / Joachim:** Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, herausgegeben v. Dr. Johannes Feest, 5. neue bearbeitete Auflage, Luchterland, 2006, s.493 vd.
- ÇAKMUT (YENERER), Özlem:** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003.
- DEMİRBAŞ, Timur:** İnfaz Hukuku, Seçkin Yay., 2008.
- ERMAN, Barış:** Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yay., Ankara, 2003.
- FEYZİOĞLU, Metin:** “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Dergisi, 1993, C. 43, S. 1–4, s.157 vd.
- GÖREN, Zafer:** Anayasa Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- GÜNDAY, Metin:** İdare Hukuku, İmaj Yay., Ankara, 2006.
- HAKERİ, Hakan:** Tıp Hukuku, Dora Yay., 2007.
- HUSEN, Jan-Hinnerk:** Hungerstreik im Justizvollzug, ZRP 1977, Heft 12, s.289 vd.
- İLAL, Ersan:** “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1987, C. 3, s.61 vd.
- İNCEOĞLU, Sibel:** “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. III, S. 2, s.289 vd.
- LINCK, Joachim:** Zwangsernährung von Untersuchungsgefangenen, NJW 1975, Heft 1/2, s.18 vd.
- MÜLLER / Johannes, RIEKENBRAUCK / Wolfgang:** Strafvollzugsgesetz-Kommentar, herausgegeben v. Hans-Dieter Schwind, Alexander Böhm, Jörg-Martin Jehle, 4. neue bearbeitete Auflage, Berlin, 2005, , s.714 vd.
- SAĞLAM, Fazıl:** Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yay., Ankara, 1982.

- SEVİNÇ, Murat:** “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 2002, Sayı: 57-1, s.112 vd.
- SOYSAL, Mümtaz** “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1986, C. 3, s.39 vd.
- SOYSALAN, Doğan:** “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, Yargıtay Dergisi, C. 16, Temmuz 1990, S. 3, s.268 vd.
- TANÖR / Bülent, YÜZBAŞIOĞLU / Necmi:** 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2002.
- TAŞKIN, Ahmet:** “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti”, Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2003, C. VII, S.3-4, s.513 vd.
- ÜNVER, Yener:** “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 1, Nisan 2007, s.200 vd.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İ.Ü. Basımevi, İstanbul, 1993.

Suç ve Suçluluğun Milletlerarası Etkinliğinin Artmasına Karşı “Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma”*

Av. Candaş Gürol**

I. MİLLETLERARASI CEZA HUKUKU VE CEZA İŞLERİNDE İŞBİRLİĞİ: TARİHİ SÜREÇ VE TEMEL KAVRAMLARA GENEL BİR BAKIŞ

A. Ceza Hukuku ve Egemenlik Kavramları

Ceza Hukuku uzun yıllar boyunca devletlerin iç hukuklarının bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Başka bir ifade ile Ceza Hukuku, Milletlerarası Hukuk sahasından net çizgilerle ayrılmıştır. Çoğu kez cezalandırma erki devleti devlet yapan unsurlar içerisinde telakki edilmiş ve kökleri Milletlerarası Hukuk'a dayanan bazı normların bu alana ithaline ilk zamanlar son derece soğuk yaklaşmıştır. Kıta Avrupasında genel olarak kabul gören bir görüşe göre Ceza Hukuku ve Devlet kavramının doğumları birbirinden ayrılamaz süreçlerdir. Rousseaux'nun “Devletsiz ceza, cezasız Devlet olmaz” şeklindeki görüşü bunu özetler niteliktedir¹. XVIII. yüzyılda Avrupa, milli sülhler üzerinde uygulanabilir nitelikte olan Ceza Kanunları'na tanıklık etmiştir. Bu kanunların temel özellikleri kabul edildikleri ülke sınırları içerisinde uygulanabilir olmalarıdır. Cezalandırma erkinin Devlet'in olmazsa olmaz nitelikleri arasında kabul edildiği bu görüşe göre her Devlet kendi egemenlik coğrafi sınırları dahilinde kendi ceza normlarını uygulayabilmektedir. Beccaria'nın Lombardia'da II. Joseph'in Avusturya Ceza Kanunu'nun uygulanmaya başlanmasına karşı çıkmasındaki neden bu görüşü temellendirir niteliktedir. Beccaria'ya göre bir ülkede farklı etkilerle meydana çıkan bir norm başka bir toplum üzerinde uygulanamaz ve büyük devletlerin diğer devletlerin hukuklarını etkileme hakları olsa dahi kendi kanunlarını aynen ihraç et-

* Bu çalışma, yazarın «Milletlerarası Ceza Hukuku'nda Adli Yardımlaşma» başlıklı yüksek lisans tezi temel alınarak hazırlanmıştır.

** İstanbul Barosu'nda Avukat, Poitiers Üniversitesi Ceza Hukuku ve Suç Bilimleri Doktora Öğrencisi, AIPPI Türkiye üyesi.

1 ROUSSEAU X., LEVY R., Le pénal dans tous les états, in X.ROUSSEAU, R.LEVY, *Le pénal dans tous les Etats, justice et Société en Europe (XIII e-Xxe siècle)*, Bruxelles, FUSL, s.15.

meleri kabul edilemez². Ancak iki yüzyıl sonra ekonomik ve kültürel alışverişin dünyaya hakim olması Ceza Hukuku'nu da etkilemeye başlamış ve hakim olan klasik anlayış da değişmeye başlamıştır. Bu değişimin farklı yansımaları olmuştur. Bunlardan belki de en önemlisi Belçika gibi devletlerin ceza kanunlarının uygulama sahalarını genişletmek suretiyle farklı toplumlara milli normlarını empoze etmeye başlamış olmalarıdır. Belçika Yasası olarak bilinen bu yansıma çerçevesinde Belçika mevzuatı, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde bir temsile dayanmaktadır. Öngörülen bu geniş yetki insancıl hukukun ağır ihlallerinin faillerinin yargılanması amacını taşımaktaysa da, 14.02.2002 tarihli Uluslararası Adalet Divanı kararı ile diplomatik bağışıklıklar ve ayrıcalıklara aykırı bulunmuştur. Bu sorunu çözüme amacı ile 23.04.2003 tarihinde Belçika mevzuatında bir dizi değişikliğe gidilmiştir³.

Bir diğer yansıma ise bazı devletlerin özgür iradeleri ile uluslararası adli kurumlar meydana getirmeye başlamış olmalarıdır. Avrupa Ceza Hukuku, Avrupa Savcılığı ve Europol gibi "Hukuk Kümeleri" bu yansıma örneği olarak verilebilir⁴.

B. Uluslararası Ceza Hukuku Kavramı ve Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma

Günümüzde ise postmodern bir Ceza Hukuku'na doğru gidilip gidilmediği sorusu doktrin tarafından sıkça sorulmakta ve irdelenmektedir. Klasik egemenlik anlayışının oldukça değiştiği ve "güç kaybettiği" bu dönemde Milletlerarası anlaşmalar kanunlaştırma çalışmalarını, mevcut kanunları ve uygulamayı etkilemekte ve milletlerarası yükümlülükler Ceza Hukuku'nda da belirleyici rol oynamaktadır⁵. Oysa Devletler, zorunda olmadıkları sürece, uluslararası niteliği olan bir normun iç hukukta sonuç doğurması fikrine temkinle yaklaşmışlardır.

2 BECCARIA C., Brevi riflessioni intorno al Codice generale sopra I delitti e le pene per Cio che riguarda I delitti politici, in BECCARIA C., *Opere*, a cura di S.ROMAGNOLI, Firenze, 1971, s.713

3 TEZCAN D., *Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği*, Adalet ve Hukuk, Sayı:1, s.77 vd.

4 CARTUYVELS Y., *D'ou vient le code pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes*, Bruxelles, Montréal, Ottawa, Deboeck Université, PUM,POM,1996, s.4

5 CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, Revue de droit public, 1998, No:3, s.660-689

Tarihte Ceza Hukuku'nun uluslararası unsurlarla karşılaşmasına ilk örnek konusu politik suçların iade edilmesi olan iki taraflı sözleşmeler olmuştur ⁶. Bunlar, Milletlerarası Ceza Hukuku içerisinde son derece geniş hacme sahip olan bir kurallar blokunu barındırmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde Ceza Hukuku'nun bir kolu olarak telakki gören Milletlerarası Ceza Hukuku : «*Uluslararası planda Ceza Hukuku'na ait sorunların çözümünü düzenlemektedir*»⁷. Bu tanım Milletlerarası Ceza Hukuku'nun işgal sahasını belirlemek açısından tüm müelliflerce kabul görmeye birlikte uygulamada ortaya çıkan bir takım tanımsal tereddütleri bertaraf etmeye yetkin görülmemiş ve farklı bir tanımsal önerme ortaya çıkmıştır. Global olarak bu tanımdan yola çıkan ancak bir alt ayırım yapan J.Pradel'e göre uygulamada "Milletlerarası Ceza Hukuku" terimi birbirinden farklı hipotezler için kullanılmaktadır⁸. Doktrinde G.Corstens ve M.Massé gibi müelliflerin başını çektikleri bu görüşe göre ilk hipotezde iki ülke arasında meydana çıkan ve Ceza Hukuku'nun klasik problemlerinin tartışma konusu olduğu durumlar akla gelmektedir. Buna en temel örnek ise adi suçlarda yargılama erkinin hangi devlet yargıcına ait olacağıdır. Hangi yargıç yargılama yetkisini haiz kabul edilirse edilsin yetkili yargıç anlaşmazlığa taraf olan devletlerden birinin yargıçı olacaktır. J.Pradel'e göre bu durum Milletlerarası Ceza Hukuku'nun muğlak bir yansımasından ibarettir.

J.Pradel'in Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bir diğer yansıması olarak gördüğü "droit pénal international mondial" kavramı dilimize "Dünya Milletlerarası Ceza Hukuku" olarak çevrilebilir. Yazarın "mondial" ifadesini kullanmasındaki amacı kaynağını Birleşmiş Milletler ve ona bağlı olan teşkilatlardan alan normları vurgulama isteğidir. Bu normlar genel olarak insanlığın temel değerlerini hedef alan suçların tespiti, bu fiillerin faillerinin yargılanması ve bu hususlarda Devletlerin alacağı ortak tutumları ihtiva etmektedir. Uluslararası toplumun güvenlik, sağlık ve esenliğini hedef alan bu milletlerarası suçlar, Barışa Karşı Suçlar, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları'dır ⁹.

6 Bu hususta bkz.BAYRAKTAR K., Siyasal Suç, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983, s.35

7 HUET A.;KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2 éd., 2001, s.1

8 PRADEL J., CORSTENS G., *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2 éd., 2002, s.1

9 HUET A.; KOERING-JOULIN R.,age., s.25

Devletlere ve onların yöneticilerine karşı isnad edilebilir olan bu suçlarla ilintili normlar bloku da Milletlerarası Ceza Hukuku kavramı içerisinde telakki edilmektedir¹⁰.

Pradel tarafından ortaya atılan bu kavram Nuremberg Uluslararası Mahkemesi'ni kuran Statü ile ortaya çıkıp günümüzde Milletlerarası Ceza Divanı'nın kurulmasına kadar devam eden bir süreci kapsamaktadır.

Belirtmek isteriz ki Pradel'in Birleşmiş Milletler'e gönderme yapmak sureti ile bu sahayı irdelemesi de sebepsiz değildir. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ceza Hukuku'nun gelişiminde ve işleyişinde belirleyici bir fonksiyon taşıyagelmıştır. "Devletin Uluslararası Sorumluluğu" fikrine dayanan Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bu sahası uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerin iyiniyetle yerine getirilmesi ilkesine işaret etmektedir. Sorumluluk kavramının uluslararası hukukta ele alınıp düzenlenmesi bir hayli yenidir¹¹. Sözü edilen bu sorumluluk uluslararası hukukun temel konularından birini teşkil etmektedir. Sorumluluğun ne zaman ortaya çıkacağı hususunda doktrinde genel kabul gören görüşe göre bir devletin başka bir devlete karşı giriştiği uluslararası haksız faaliyetler sonucunda ortaya çıkmaktadır¹².

Birleşmiş Milletler tarafından 1998 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'na hazırlatılan rapor çerçevesinde bu sorumluluk, üç temel başlık altında incelenmektedir:Uluslararası Sorumluluğun Kaynağı; Uluslararası Sorumluluğun Ölçüleri, Çeşitleri ve İçeriği; Uyuşmazlığın Çözümü¹³. UHK tarafından hazırlanan bu rapor uluslararası suçun tanımını yapmaktadır. Uluslararası bir suçun işlenmesinden sonra ise yine adli işbirliği ve yardımlaşma kavramlarına atıf yapmaktadır. Şöyle ki anılan rapora göre uluslararası bir suç işleyen devlete karşı diğer devletler aşağıdaki tutumları benimsemekle yükümlüdürler:

¹⁰ PRADEL J., CORSTENS G., age., No: 49

¹¹ AZARKAN E., *Nuremberg 'ten La Haye' ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta, İstanbul, 2003, s.5

¹² E.AZARKAN, age, s.6.

¹³ Metin ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: KAYE D., Introductory note in International Law Commission Draft Articles on State Responsibility, International Legal Materials, Vol.37, 1998, s.35.

- Uluslararası suçun, hukuki bir durum yaratma girişimini tanınamalıdır.

Suç işleyen devletin yarattığı durumun korunması veya meydana gelmesi konusunda yardımda bulunmamalıdır.

Uluslararası yükümlülüklerin uygulanması için diğer devletlerle işbirliğine gitmelidirler.

Suçun yarattığı sonuçların giderilmesi konusunda alınan önlemlerin uygulanması için diğer devletlerle işbirliği yapmalıdırlar.

Görüldüğü üzere anılan metin açıkça devletlerarası gelişecek işbirliğini tavsiye etmekten öte bu tarz bir işbirliğini Uluslararası Hukuk kurallarının işlerliği ve güvencesi için zorunlu saymakta ve devletlere bu yönde bir yükümlülük getirmektedir.

Pradel'in üçüncü yansıma olarak olarak dikkat çektiği Bölgesel Ceza Hukuku kavramı ise coğrafi olarak makul bir birlik taşıyan, en az üç ülkeyi bağlayan ve amacı ceza işlerinde işbirliği olan normlar bütünüdür¹⁴. Bu bütünlüğe örnek olarak Avrupa Ceza Hukuku'nu gösterebiliriz. Avrupa Ceza Hukuku akademik çevrelerde Avrupa Birliği Hukuku ile ilgili olarak en sık tartışılan konuların başında gelmekte, üye ve aday ülke hukukçuları başta ceza işlerinde işbirliği olmak üzere mevzuatın yakınlaştırılması ve ceza kararlarının uluslararası değeri gibi konularda yoğun şekilde çalışmaktadır. Avrupa Ceza Hukuku da Milletlerarası Ceza Hukuku'nun bir görünüm şekli olan Bölgesel Ceza Hukukları kavramının içinde telakki edilmektedir¹⁵. Avrupa Birliği Ceza Hukuku bölgesel bir ceza sistemi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında imzalanan ve adli yardımlaşma konulu sözleşmeler ise son derece geniş bir hacim ihtiva etmektedir. Adli yardımlaşmanın doğrudan doğruya veya daha önceden öngörülen ve sistemli bir bilgi ağı aracılığı ile yapılmasına göre iki farklı grupta da incelendiği görülmektedir. Anlık bilgi taleplerinin nakli, ceza soruşturmasının gerektirdiği durumlarda tanığın ya da uzman kişilerin dinlenmesi, istinabe vs gibi adli yardımlaşma

14 PRADEL J., CORSTENS G, No:2

15 U. SIEBER, 'Union européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen.', RSC, 1993, p.249

şekillerinin kendiliğinden adli yardımlaşmanın içerisinde incelenirken, Schengen Bilgi Ağı gibi sistemler organize ve kurumsallaşmış adli yardımlaşma kavramları içerisinde telakki edilmiştir¹⁶.

Okunabilirliği ve anlaşılabilirliği oldukça kısıtlı bulunan ve bu nedenle sıkça eleştirilen bir dizi sözleşme, ortak pozisyon, çerçeve karar ve karar, Avrupa Ceza Hukuku'nun ceza işlerinde işbirliği blokunu oluşturmaktadır¹⁷. Uluslar arası sahada imzalanan bu sözleşmelerin sayılarının son derece yüksek oluşu kimi çevrelerce temkinle karşılanmış ve normların varlığının yanında uygulanabilirliğinin ve işlevselliğinin de üzerinde önemli durulmuştur¹⁸. Belirtmek isteriz ki Bölgesel Ceza Hukuku sistemleri kümesinin tek elemanı Avrupa Birliği Ceza Hukuku değildir.

Avrupa Birliği'nin dışında 1960 yılından beri faaliyet gösteren, amacı milli mevzuatların yakınlaştırılması ve ceza işlerinde işbirliği olan Kuzey Ülkeleri Birliği Danimarka, İzlanda, Norveç, Finlandiya ve İsveç tarafından kurulmuştur. Bu ülkeler arasında özel bir sınırdışı anlaşması da mevcuttur¹⁹ ve tarihten beri beraberlerinde getirmiş oldukları ortak siyasi ve hukuki geçmişleri sayesinde oldukça uyumlu işleyen bir işbirliği geleneğine sahiptirler. Bölgesel Ceza Hukuku sistemlerine bir diğer örnek ise Hollanda, Belçika ve Lüksemburg arasında imzalanan Benelux Ülkeleri Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek olarak imzalanan Suçluların İadesi sözleşmesidir. Sayılan bu devletler arasında da yüzyıllardır var olan bir hukuk sahasında işbirliği kültürü bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ekonomik seviyeleri ve kültürel renklerinin benzerliği gibi faktörler sayesinde etkin adli yardımlaşma yürütülmektedir.

16 DELMAS-MARTY M., *Rapport Général Introductif, Société Internationale de Défense Sociale, Actes du XI Congrès International de Défense Sociale*, Buenos Aires 1986, s.98.

17 KOERING JOULIN R, *L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne, in Quelle politique pénale pour l'Europe : sous la direction de M.DELMAS-MARTY*, Economica, 1993, Paris, s.170.

18 MASSE M., *La multiplication des conventions internationales*, RSC, 1991.815, s.882. Bununla birlikte Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleşen ceza işlerinde adli yardımlaşmaya dair işlemlerin basitleştirilmesi yolundaki çalışmalar için bkz. KOERING JOULIN R. age. s.182 vd.

19 ROMANDER H., *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques*, in *Droit pénal européen*, Institut d'études européennes, Université libre de Bruxelles, s.557.

Bölgesel Ceza Hukuku sistemlerinin hukuk dünyası dışına çıkararak aktüel hayatta dahi tanınmış hale gelen üyesi Schengen Adli Sahası (espace judiciaire Schengen) başta Schengen Bilgi Ağı olmak üzere vize, içgüvenlik ve polisiye işbirliği konularında ayrı bir Ceza Hukuku Bölgesi olarak telakki edilmektedir. Altını çizmek isteriz ki her ne kadar AB müktesabatının içerisinde telakki ediliyor olsa da, Schengen ve ek protokolleri Avrupa Birliği'nden ayrı bir hukuk sahasını ifade etmektedir.

Birlik üyesi ülkelerden Birleşik Krallık bu anlaşmaya taraf değilken Birlik'in dışında bulunan İsviçre, Norveç ve İzlanda anlaşmaya taraf olmuşlar ve büyük ölçüde Schengen Adli Sahası'nda yer almışlardır. Avrupa Ceza Hukuku'nu Bölgesel Ceza Sistemleri içerisinde incelerken dikkat çekmek istediğimiz bir husus ise "Avrupa" kavramından ne anlaşılması gerekliliğidir. Avrupa Konseyi'ne üye 54 devlet Büyük Avrupa'yı oluştururken, Avrupa Birliği'ne üye 25 devlet Küçük Avrupa olarak adlandırılmaktadır. Avrupa Konseyi ise çalışmamıza konu olan ceza işlerinde adli yardımlaşma konusunda adete bir itici güç olmuştur. Bu konuda atılan ilk adımların neredeyse tamamı Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve üye devletlerin imzalarına açılan anlaşma ve bunlara ek protokoller vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu anlaşmalara ileride ayrıntıları ile girilecek ve ülkemizin bu anlaşmalarla yükümlendiği edimler de dikkate alınarak incelenecektir.

Pradel tarafından ifade edilen ve Milletlerarası Ceza Hukuku'nu üç ayrı görünüm altında açıklayan bu görüş, ceza işlerinde adli yardımlaşmayı her grubun içerisinde var olması gerekli bir unsur olarak belirlemiştir. Milletlerarası Ceza Hukuku kavramından Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma alt başlığına geçecek olursak karşımıza çıkan ilk soru bu kavramın tanımı meselesidir. Bu hususta genel kabul gören görüş doktrinde Aubert tarafından şu şekilde özetlenmiştir: Adli yardımlaşmayı "Bir ülkede soruşturma, karar ve cezalandırma safhalarına ait yargı erkine dahil olan bazı unsurların, talep eden ülkenin adli otoritesine ödünç verilmesi" olarak tanımlayan Aubert'in altını çizdiği bu "ödünç verme" ifadesi²⁰, Ceza

20 AUBERT B., *Entraide judiciaire (en matière pénale)*, Rép. Internat. Dalloz, sept. 2002, No:5

Hukuku'nun temeline işlenmiş bulunan Devletin Egemenliği gerçeği ile ilk bakışta örtüşmemektedir. Demanet tarafında ortaya konan benzer bir tanım ise şu şekildedir: Bir Devlet'in adli merciinin (yardım talep edilen ülke) kendi yetki sahası içersine giren bir dizi işlemi bir diğer Devlet adli merciinin yerine getirmesidir²¹. Yazarların ısrarla "bir diğer merciin adına yerine getirme" ibaresini kullanmadıkları, öncelikle gözlemlendiğimiz bir husustur. Milletlerarası Ceza Hukuku'nda Adli Yardımlaşma kavramının tanımı yapılırken bu ilişkinin devletletlerarası vekalet ya da temsil olduğu fikrinden kaçınılmaktadır.

Doktrinde Pradel ve Corstens yetki delegasyonu teorisi ile dikkat çekmektedir. Müellifler tarafından yapılan tanım içersinde ikili bir ayrımı ihtiva etmektedir. Bu görüşe göre adli yardımlaşma doğası gereği olarak ve teknik hukuk açısından iki farklı grupta toplanır.

Bazı durumlarda yardım talep edilen devlet yardım talep eden devlete sadece adli bir destek verir. İkinci grupta ise adli yardımlaşma bir adli organın yabancı bir Devlet 'in talebi doğrultusunda çalışması ile işlemlenmektedir.

Birinci durumda hiçbir adli otorite yardım istenen devlet tarafından çalıştırılmaz. Basit bilgi değişimleri bu türe verilen temel örneklerdendir. Pradel'e göre adli yardımlaşmanın bu basit türü İkincil Yardımlaşma'dır (*Entraide secondaire*). Ancak adli yardımlaşmanın öyle bazı görünümleleri vardır ki yardım talep edilen devlet basit bir destek vermekten çok daha öteye giderek bir ceza prosesüsünün bir kısmı ya da tamamının meydana getirilmesinde belirleyici rol oynar. Yazarın "Birincil Adli Yardımlaşma" (*Entraide primaire*) olarak tanımladığı bu adli yardımlaşma türünde yardım talep eden devletten yardım talep edilen devlete bir yetki transferi mevcuttur. Müelliflere göre bu durum yardım talep eden devletin egemenlik hakkını yetki delegasyonu sayesinde yardım talep edilen devlete vermesidir²². Diğer yandan "uluslararası suç" kavramının da tanımı doktrinde kimi yazarlarca yapılmış bulunmaktadır. Uluslararası suç (infracation internationale), kural olarak, iki veya daha fazla devle-

21 PRADEL J.- COSTENS G. No:18; DEMANET G., 'Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale.', RDPC 1997, p.809 et s., not. p.811.

22 PRADEL J.- COSTENS G. No:22.

tin sınırları dahilinde işlenen suçlardır²³. Bununla birlikte faili ya da mağdurunun farklı uyruktan oluşunun da bir suçu uluslar arası suç haline dönüştüreceği fikri savunulmaktadır²⁴.

C. Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma ve Polisiye İşbirliği

Ceza İşlerinde İşbirliği ya da Ceza Hukuku Sahasında Adli Yardımlaşma gibi terimler çoğu kez Polisiye İşbirliği kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Oysa doktrinde genel eğilim adli ve polisiye işbirliği kavramları arasında büyük fark olduğunu savunmaktadır. Yukarıda adli yardımlaşma için verilen bazı temel tanımlar incelenecek olunursa bunların polisiye işbirliği müessesesinden çok daha farklı boyutları nitelediği kolaylıkla gözlemlenebilecektir. Ceza işlerinde işbirliği müessesesi klasik polisiye işbirliği şekilleri ile karşılaştırıldığında prosedüral garantiler içermesi ve bu çerçevede insan hakları ile uyumlu, temel hak ve özgürlükleri de muhafaza eden bir yapıya sahiptir. Bu nedenle adil bir yargılanmanın sağlanmasında iki ülke polisinin arasında gerçekleşecek klasik bir işbirliği mekanizması yerine tercihen hakim gözetiminde meydana getirilen delillerin kullanıldığı adli yardımlaşma, demokratik gereksinimler açısından daha tatmin edici görünebilmektedir²⁵. Bununla birlikte sınırötesi suçlulukla mücadelede prosedüral garantiler nedeniyle ağır kalan bir yargılama sistemi de başta medya²⁶ olmak üzere tüm toplum tarafından eleştirilecek ve bu durum toplum içersinde Devlet'e ve onun kurumlarına olan güveni dahi sarsabilecektir.

İşte bu çelişkili ilişki içerisinde çoğu zaman ceza işlerinde işbirliği kavramı ile karıştırılarak kullanılan ancak temelde çok farklı özellikleri bünyesinde barındıran “Polisiye İşbirliği” kavramı üzerinde durmak istiyoruz:

-
- 23 BERNASCONI P., *Les infractions transfrontières : Terrorisme, Trafic de stupéfiants, Délits financiers*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe*. sous la direction de M.DELMAS-MARTY, Economica, 1993, Paris, s.79.
- 24 P.BERNASCONI, age, s.80 vd.
- 25 BOLLE P.H., *La coopération policière dans la lutte contre la criminalité transnationale*, Prof. DR. Çetin Özek Armağını, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, İstanbul, s. 187
- 26 RAMONET I., *Tekelleşen Medya, çeviren Mine Köksal*, Le Monde Diplomatique, Sayı:9,s.3. Yazara göre bu etkinin yaratılmasında en büyük etken çağımızda tekelleşen en önemli hizmet unsuru olan medyadır. Yazara göre medya demokratik toplumlarda konuşma özgürlüğünün bir unsuru olan haber alma hakkının layıkıyla kullanılmasına izin vermeyecek ölçüde taraflı hale gelmiştir.

Bolle'ün “teknik hukuk açısından yasak, yapısal açıdan imkansız, demokrasi açısından ise tehlikeli” olarak yorumladığı polisiye işbirliği, suçlulukla mücadele ve güvenlik alanlarında meydana çıkan toplumsal zorunluluklar nedeniyle günümüzde kaçınılmaz hale gelmiştir. Yazara göre polisiye işbirliği iki ana mekanizma vasıtasıyla işlemektedir. Bunlardan ilki “pragmatik yol” olarak nitelen ve teknolojik ve bilimsel açıdan temellendirilmiş ve özellikle siyasi yönden her zaman savunulmuş olan yoldur. Medya ve toplumun daha az bilgi sahibi olduğu bu yol sayesinde son derece etkili sonuçlara ulaşılabilmekte ise de bu durumu demokratik bir toplum açısından kabul edilemez bulanlar da vardır. Nitekim bu yolla elde edilen bilgiler Meclis ya da Parlamento ya da bağımsız bir Mahkeme tarafından kontrol edilmemektedir. Unutulmaması gereken bir husus ise özellikle polisiye işbirliği kurumunun devletlerin ceza siyasetlerine olan sıkı bağlarıdır. Bu açıdan polisiye sahada işbirliği çoğu zaman hükümetler tarafından yönlendirilmekte ve bu bağlamda kimi ülkelerle kuvvetlenirken, kimileriyle ise adeta atıl hale getirilebilmektedir²⁷.

Yazarın pragmatik yol olarak nitelediği bu yol dahilinde meydana çıkan yapılanmaların bazıları şunlardır²⁸:

Cross Chanel Intelligence Konferansı 1963 yılında Birleşik Krallık'ın çabalarıyla ortaya çıkan tamamen gizli bir polisiye işbirliği örgütüdür. Birleşik Krallık, Fransa, Hollanda ve Belçika tarafından yılda bir kez toplanan bu konferansta üye devletler üst düzey emniyet yetkilileri tarafından temsil edilmişlerdir. Yıl boyunca ise polislerin eğitimi ve bilgi değişimi gibi konularda operasyonel bir birim faaliyet göstermiştir.

NEBEDEACPOL olarak adlandırılan ve Hollanda, Belçika, Almanya polis teşkilatları arasında faaliyetlerini sürdüren bu teşkilat 1969 yılında Almanya'da kurulmuştur. 1979 yılında hukuki olarak Alman özel hukukunun bir parçası haline gelen bu teşkilatın da temel amacı, bilgi değişimi yoluyla suçlulukla mücadeleyi kuvvetlendirmektir.

Yasadışı Uyuşturucu Trafiki ile mücadele amacı ile kurulan teşkilatlardan biri olan STAR kimi 1967 yılında kurulmuştur. Belçika, Danimar-

²⁷ POTOCKI A., Coopération policière, Coopération judiciaire., *in* Quelle politique pénale pour l'Europe : sous la direction de DELMAS-MARTY M., Economica, 1993, Paris, s.187.

²⁸ BOLLE P-H, age, s.189-193

ka, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, İsviçre, Polonya, Çekoslovakya ve Amerikan Uyuşturucu ile mücadele bürosu DEA'na da üye olduğu bu grup fikir alışverişi yapılan bir toplantıdan ileri gidememiştir.

Güney Batı Çalışma Grubu (*Groupe de Travail Sud-Ouest*) ise Federal Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa ve İtalya tarafından 1979 yılında kurulmuş ve aynı yıl çalışmalarına başlamıştır. Grubun temel amacı uyuşturucu ile mücadelede deneyim ve bilgilerin değişimini sağlamak olmuştur.

Hollanda, Belçika ve Fransa tarafından gönderilen savcı ve polisler tarafından oluşturulan Hazeldonk Grubu ise 1994 senesinde Hollanda'da kurulmuştur. Anvers-Rotterdam otoyolunda yapılan uyuşturucu sevkiyatının önlenmesi gibi bölgesel hedefleri olan bu grup Hollanda hükümeti tarafından uygulanan uyuşturucu politikasının farklı boyutlara ulaşmamasını hedeflemektedir.

Terörizm sahasında polisiye işbirliği amacı ile kurulan grupların başında ise Bern Kulübü gelmektedir. 1971 yılında kurulan bu grubun üyeleri Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Almanya, Lüksemburg, Belçika, Hollanda, Fransa, İtalya, Birleşik Krallık, Danimarka ve İsviçre olmuştur. Güvenlik ve istihbarat servislerinin üst düzey yöneticilerinin katıldığı toplantılar sayesinde terörle mücadelede daha etkin bir işbirliğinin yolları aranmıştır.

1978 yılında kurulduğu kabul edilen Viyana Klübü ise terörle mücadele ile ilgili birimlerin üst düzey idarecileri tarafından oluşturulmuştur. Fransa, İtalya Avusturya, Almanya ve İsviçre'nin üye olduğu bu oluşumun bir diğer amacı yasadışı göçe karşı mücadeledir.

Terörle mücadelede polisiye işbirliği amacı ile meydana getirilen ve bu sahada Amerika Birleşik Devletleri'nin önderliğinde kurulan ilk örgüt olan QUANTICO daha çok bir çalışma grubu niteliğindedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, İsveç, Kanada ve Avustralya çalışma grubunca temsil edilmişlerdir. Bu ülkelerin yanı sıra üzerinde çalışılan konunun gerektirdiği derecede özellikle Doğu Bloku ülkelerinden de temsilciler toplantılara davet edilmiştir. Amerikan Federal Soruşturma Bürosu (FBI)'nun QUANTICO'ya büyük önem verdiği de bilinmektedir.

Polisiye işbirliğinin sınırları sadece uyuşturucu, organize suçluluk ve terörle sınırlandırılmış değildir²⁹. Mali suçlarla mücadelede de benzeri oluşumlara rastlanmaktadır. Egmont Grubu 1995 yılında 58 ülkenin istihbarat birimlerinin katılımı ile oluşturulmuştur. 2002 yılı itibariyle 70 ülkenin üye olduğu bu oluşumun başlıca amacı uluslararası nitelikteki karapara aklama suçu ile mücadeledir. Hakkında son derece az bilgiye sahip olduğumuz bu yapılanma şüpheli parasal hareketleri takip metodu ile çalışmaktadır. Tüm bu yapılanmaların temelinde güvenlik alanında toplumsal zorunluluklar ve birlikte çalışmanın kaçınılmazlığı gösterilmektedir³⁰. Tüm bu oluşumların yanısıra klasik polisiye işbirliği konseptini aşarak son derece önemli çalışmalara imza atmış bir diğer yapılanma ise TREVI Grubudur. Schengen Anlaşmaları'nın hazırlık çalışmalarında belirleyici rol oynayan bu grubun kurumsal bir niteliği bulunmamaktadır³¹. Terörizm (*Terrorisme*), Radikalizm (*Radicalisme*), Köktencilik (*Extrémisme*), Uluslararası Şiddet (*Violences Internationales*) faaliyetlerini ifade eden TREVI, uluslararası terörün ulaştığı boyut ve INTERPOL'ün bu husustaki yetersizliği gibi nedenlerle kurulmuştur. Kuruluşunda İngiliz ve alman etkisi ise yadsınamaz boyutta olmuştur³². Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu oluşturan ülkelerin İçişleri ve/veya Adalet bakanlarının katılımı ile çalışmalarını sürdüren TREVI Grubu'nun varlığı herhangi bir metin ile temellendirilmiş değildir. Parlamento, Avrupa Adalet Divanı veya Avrupa Komisyonu'nun denetim sahasına da girmemektedir. 1976 ile 1985 yılları arasında sadece yedi kez toplanan TREVI Grubu'nun en büyük özelliği bu yapılanma sayesinde ilk kez polisiye işbirliği kavramının diğer hukuki başlıklar gibi irdelenmiş oluşudur. TREVI Grubu'nun günümüz polisiye işbirliğine kazandırdığı en önemli unsurlar üye ülkeler arasında görevli değişimleri ile dört farklı sahada tutulan veritabanı sistemleri olmuştur.

Polisiye işbirliğine dair bu kilometre taşlarının yanında başta vergi, gümrük, finans piyasaları ve tarım ürünlerinde kalite gibi konu ile ilgili

29 DESESSARD L., *Mobilisation contre la criminalité organisée*, in "Dix ans après la réforme de 1994: quels repères dans le code pénal?", Travaux de l'Institut de Sciences criminelles de Poitiers, vol. XXIV, éd. Cujas.

30 BOLLE P-H, age., s.191

31 BOLLE P-H, age., s.191

32 SABATIER M., *La Coopération policière européenne*, L'Harmattan, 2001 Paris s.59.

olmak üzere devletler arasında var olan bir işbirliği türü de idari işbirliğidir³³.

Bu hususta oldukça geniş olan normatif düzenlemelere girmemeyi konu başlığımızdan ayrılmamak için tercih etmiyoruz.

D. Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşmanın Tarihçesi

Klasik Ceza Hukuku öğretisinde Devlet'in yargılama erki kısmen dahi olsa başka bir ülke yargılama erkine terkedilemez. Bu durum karşısında Adli Yardımlaşma'nın gerekliliğini ve güçlendirilmesini savunan görüş egemenliğin kısmen başka bir ülkeye devrinin suçlulukla mücadelede verilen küçük ödünlere ibaretten olduğunu ileri sürmektedir. Devlet'in egemenlik erki ile her zaman örtüşmesi de adli yardımlaşma için bu yetki-den verilen küçük ödünlere uluslararası suçluluk ile mücadele için ödenmesi gereken bedeller olarak nitelendirilmiştir³⁴. Suçluların iadesi konulu sözleşmeleri "Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardımlaşma Hususunda" imzalanan iki taraflı sözleşmeler takip etmiştir. Günümüzdeyse gerek iki devlet arasında imzalanan sözleşmeler, gerekse çok taraflı sözleşmeler ile devletler, ceza işlerinde yardımlaşma ve işbirliği konularında karşılıklı taahhütlerin altına imza atmakta ve Milletlerarası Ceza Hukuku'nun adli yardımlaşmaya dair hükümleri milli mevzuatlara da aktarılmaktadır. Milli Ceza Hukukları ve Milletlerarası Hukuk arasındaki bu ilişki ve etkileşimi açmakta fayda görüyoruz. Çağdaş Ceza Hukuku Öğretisi'nde hakim olan görüş bu etkileşimi birbiriyle uyumlu olarak gelişen iki farklı boyutla açıklamaktadır.

Bu boyutlardan ilki Milletlerarası Hukuk ile Ceza Hukuku'nun tanışması olmuştur. Tarihte uluslar arası bir ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin istemlerin başlangıcı XIX. yy.'a değin uzanmaktadır. 1870/1871 Prusya-Fransa savaşındaki insanlık dışı fiillerin faillerinin yargılanması 1872 yılında Gustave Moynier tarafından önerilmiş ve bu hususta ilk yazılı kural taslakları ortaya konulmuştur³⁵. Ulusal devletlerin kuruluşu dö-

33 Avrupa Birliği bünyesinde bu hususta yapılan çalışmalar için bkz..SCHUTTE J.S, *La coopération administrative, in Quelle politique pénale pour l'Europe* : sous la direction de M.DELMAS-MARTY, Economica, 1993, Paris, S.194-210.

34 PRADEL J., CORSTENS G., No: 26- 56

35 KURAL B. ÖĞRENCİ İ.D, *Uluslararası Ceza Hukuku ve Irak Savaşı*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt No :79, Sayı :2005//3, s.843 vd.

nemine denk gelen bu öneri dönemin devletlerince ulusal egemenlik kavramı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası galip devletler tarafından geçmişe etkili olarak kurulan Nuremberg ve Tokyo Savaş Suçları Mahkemelerini kuran tüzükler (réglement) Devletler Hukuku ile Ceza kurallarının bütünleşmesinde önemli yapı taşları olmuşlardır. Bu tüzükler ile ihdas edilen suç kalıpları günümüz Uluslararası Ceza Hukuku suç kataloğunda yer almaktadır. İkinci boyut ise Ceza Hukuku'nun "uluslararasılaştırılması" olarak ifade edebileceğimiz ve kaynağını Milletlerarası Hukuk'tan alan kuralların milli hukuklarda yer alması sürecidir. Bu süreç milli hukukun milletlerarası normlardan etkilenmesi olarak da açıklanabilir³⁶.

Buna en çarpıcı örnek ise ceza yargıcının yargılama esnasında milletlerarası hukukun bir objesi olan uluslararası sözleşmelere yaptığı atıflardır. Bu tarz atıflara günümüzde yargılamanın ilk safhasında ve hatta yüksek mahkeme kararlarında dahi rahatlıkla rastlayabiliyoruz³⁷. Milli hukukun uluslararası normlardan etkileşiminin bir diğer alan ise yasa metinleridir. Türk Hukuku son yıllarda Avrupa Birliği ile uyum süreci süresince kaynağı uluslararası olan birçok düzenlemeye yer vermiştir. Buna en son örnek ise Yeni Türk Ceza Yasası'nın 76. maddesi ile düzenlenen "Soykırım", 77.maddesi ile düzenlenen "İnsanlığa Karşı Cürümler" ve 79 ile 80. maddeler ile ihdas edilen "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti" başlıklı suçlardır³⁸.

Yeni Fransız Ceza Kanunu'nun (CP) 211-1 ila 221-1 maddeleri arasında düzenlenen İnsanlığa Karşı Cürümler ve Soykırım suçları ile ilgili olan bir dizi düzenlemede Fransız Ceza Hukuku'nun Milletlerarası Hukuk'tan ne denli etkilendiği rahatlıkla gözlemlenebilmektedir.

Şöyle ki: Milletlerarası İnsancıl Hukuk'un konusu olan bu suç grubuna ait hükümlerin başta Birleşmiş Milletler Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü (bilhassa bu sözleşmenin 6.maddesi) ve 8

³⁶ KURAL B- ÖĞRENCİ İ.D, age., s.845.

³⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 2005-05-11, N° de pourvoi :05-81111,(Publié au bulletin) Cour de Cassation, Chambre criminelle, 2005-11-01, N° de pourvoi : 04-86071,(Publié au bulletin)

³⁸ DESPORTES - LE GUNEHCEC, JCP. I 3615, DE GOUTTES R., RSC.2000. 133 *Droit pénal et droits de l'homme*.

Ağustos 1945 tarihli Londra Sözleşmesi bu Statü'ye eklenen protokoller olmak üzere Rwanda, Tokyo ve Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemeleri Statüleri'nin hükümleri Fransız hukukunda neredeyse aynen yer almıştır. Bunun en dikkat çekici örneği ise iç hukuka ait “İnsanlığa Karşı Suç” ve “Soykırım” tanımlarının bu metin üzerinden alınmış oluşudur.

Öte yandan Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (CPPF) Ceza İşlerinde Milletlerarası Yardımlaşma'ya dair hükümlerinin düzenlendiği 694 ila 696-2 maddeleri gerek Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşmaya Dair Sözleşme hükümlerinin, gerekse de Avrupa Birliği çatısı altında imzalanan ve konusu ceza işlerinde üye ülkeler arasındaki uyumu ve işbirliğini kuvvetlendirmek olan sözleşmelere atıfta bulunmuş ve özellikle şekli tüm şartların bu anlaşmalar çerçevesinde yerine getireceğini belirtmiştir³⁹. Çalışmamızın konusunu teşkil eden “Adli Yardımlaşma”, Milletlerarası Ceza Hukuku'nun, genellikle son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan, bir alt başlığından ibarettir. Kuşkusuz Milletlerarası Hukuk'taki bu devrimin temel nedeni günümüzdeki suçluluk kavramının uluslararası boyutudur. Ceza Kanunları sadece ülkelerin sınırları dahilinde uygulanabilmektedir. Oysa suçluluk devletlerin sınırlarında sona ermemekte aksine son derece iyi örgütlenen suç grupları birden çok ülkede faaliyet göstermektedir. Suçluluğun organize ve sınır ötesi nitelik göstermeye başlaması devletleri de bu noktada tedbir almaya ve aralarında suça ve suçluluğa karşı işbirliğine yönelmeye iten en önemli faktör olmuştur⁴⁰. Günümüzde haberleşme ve ulaşım ve bankacılık sahalarındaki hızlı gelişim gündelik hayatı kolaylaştırmış ancak suçun işlenebilirliğini kolaylaştırmış ve etki sahalarını da genişletmiştir.

E. Günümüzde suçluluğun ulaştığı boyutlar ve Türkiye

Çalışmamızın henüz başında da belirttiğimiz üzere devletlerin ceza işlerinde uluslararası yardımlaşma ve bu kuruma ait kaynaklara karşı olan tereddüt ve hassasiyetinin değişiminde örgütlü suçluluğun günümüzde ulaştığı boyutların Devlet'in egemenliğini ve çağdaş demokrasiyi tehdit etmeye başlamasının rolü son derece önemlidir⁴¹.

39 GASSIN R., RSC,1996. S.443.

40 BORRICAND J., *De quelques stratégies de réponses à la mafia.*, RGN, No:171/1993, s 88 vd.

41 GÜROL C., *Tanığın Korunması ve Adil Yargılanma Hakkı*, TBBD, Sayı:60, s.44.

Örneğin İtalya'nın güney şehirlerinde doğan *mafia* tipi örgütlenmelerin günümüzde Kuzey İtalya'da bulunan ve Avrupa finans merkezleri içersinde gösterilen Milano'ya kaymış olması, 1990'lı yıllardan itibaren İber yarımadasının Kolombiya kökenli uyuşturucu kartellerince adeta işgal edilmesi gibi olaylar, Avrupa'daki organize suçluluğun boyutlarını ve bununla mücadelenin tek bir devletin işi olmadığını kanıtlamaları açısından dikkat çekicidir. Avrupa'da birden çok devlet, sınırları içersinde örgütlü bir şekilde suç işleyen gruplara karşı yapılan ve adli/polisiye işbirliği neticesinde gerçekleştirilen en büyük operasyon olması sıfatıyla son derece tanınmış hale gelen Green Ice⁴² operasyonu sonrasında, özellikle Avrupa'da adli işbirliğinin önemi her geçen gün daha da artmıştır.

Hollanda Servis ve Araştırma Merkezi (CRI) tarafından 1993 tarihinde hazırlatılan rapor organize suçluluğun Avrupa'nın en önemli ülkelerinden biri olan Hollanda'da aldığı boyutları ortaya koymaktadır. Rapora göre Hollanda'da çoğunluğu birbiriyle rekabet halinde olan 600'e yakın uyuşturucu çetesi bulunmaktadır. Fas üzerinden ülkeye sokulan 1 ton haşhaşın piyasa fiyatının 600.000 Amerikan Doları olduğu buna karşın satışından elde edilen tutarın yaklaşık 2 milyon dolara yaklaştığı raporda göze çarpan unsurlardandır⁴³.

Ceza Hukuku doktrini de bu gerçeği görmezden gelmemiş ve özellikle organize suçlulukla mücadeleye dair çözümler içersinde adli yardımlaşmanın olmazsa olmaz niteliğini vurgulamıştır⁴⁴. Hiç kuşkusuz pozitif hukuk ekonomik, sosyal ve politik hayatın bir yansımasından ibarettir.

42 Green Ice Operasyonu olarak anılan bu operasyon 20 eylül 1992 tarihinde Cali karteli ve Sicilya Mafyası arasında ortaklaşa yürütülen bir uyuşturucu trafiğinin çökertilmesini ile sonuçlanmıştır. Green Ice operasyonunda 42 milyon dolar tutarında nakit para ve Londra'da 500 kilogramdan fazla kokain İngiliz, Fransız ve İtalyan ve Amerika Birleşik Devletlerinde savcı ve mali polislerinin eş zamanlı operasyonları ile geçirilmiştir.

Ayrıntılı bilgi için bkz bkz. <http://www.sisde.it/sito/Supplemento.nsf/servnavig/44>.

43 La criminalité organisée a le vent en poupe, http://www.voltairenet.org/article5838.html?var_recherche=criminalit%C3%A9+organis%C3%A9?var_recherche=criminalit%C3%A9

44 LECLERC, L. *la criminalité sans frontières : aspects juridiques, La criminalité organisée, sous la direction de M. LECLERC*, La documentation Française, Paris, 1997; Rapport d'information déposé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, A.N No:2832, 25.06.1992.

Ancak bu yansıma kimi zaman ani bir şekilde kimi zaman ise uzun bir süreçte meydana gelmektedir. Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın da modern Ceza Hukuku için kaçınılmaz ve son derece olumlu sonuçlar doğuran bir araç olmasına rağmen pozitif hukuka geç yansıması bu şekilde açıklanabilir.

Günümüzde suçun aldığı boyut düşünüldüğünde suçluluğun devletlerin coğrafi sınırlarında bitmediği rahatlıkla söylenebilir. Aksine organize suçluluk birden fazla devlet coğrafyasında örgütlenmekte ve hukuka aykırı faaliyetlerin farklı ülkelerde hazırlanıp icraya konulması çoğu zaman yerel yargı sistemlerinin gücünü ve etkinliğini zayıflatmaktadır⁴⁵. Organize suçluluk içerisinde bulunduğumuz dönemde Devlet ve toplum için yeni bir tehlike, suçluluğa karşı mücadele ise evrensel bir savaş olarak algılanmaktadır⁴⁶.

Suçluluğun uluslararasılaşması hukuk çevrelerinin yanı sıra kriminoloji çevrelerinin de dikkatini çekmektedir. Ekonomik, finansal, ekolojik suçluluk kavramları ortaya koyulmuş bunların yanı sıra yeni teknolojilere bağlı suçlar ihdas edilmiştir. Bilgisayar suçları, bio-medikal suçlar hakkında çalışmalar yapılmaktadır. Çok uluslu şirketlerin çoğalmaları, bunların Uluslararası Hukuk'un sükeleri haline gelmeleri ticaret pazarını uluslararasılaştırmıştır. İşte bu koşullar altında günümüzde evrensel bir suçluluğun varlığı ve buna karşı evrensel bir de ceza siyasetinin bulunması gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Milletlerarası Hukuku'nun temel prensiplerinden olan Egemenlik Prensibi ve Ceza Hukuku'nun klasik metodları ile etkin bir ceza siyasetinin mevcut olamayacağı genel olarak kabul görmektedir⁴⁷. En iyi ceza maddeleri öngörülmüş olsa dahi etkin bir yardımlaşma usulüne işlerlik kazandırılmadığı sürece tatmin edici sonuçlara ulaşılamayacağı da modern ceza hukuku öğretisinde savunulmaktadır⁴⁸.

45 CLERY R., *Le terrorisme, menace de défense*, Défense nationale, mai 1985, s.88.

46 SABATIER M., *La Coopération policière européenne*, L'Harmattan, 2001 Paris, s.17.

47 Societe Internationale de Défense Sociale, *L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale*, Ministerio De Education Y Justicia De La Nacion Argentina, 1986 Buenos Aires, s.71 ve 72

48 HERAIL J.L; RAMAEL P., *Blanchiment d'argent et crime organisé, Criminalité International* PUF, Paris 1996, s.102 ve 103.

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız gibi başta Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılan birçok anlaşmanın temel amacı ceza işlerinde adli yardımlaşmayı güçlendirmek suretiyle organize suçluluk ile mücadele etmektir. Türkiye ise coğrafi ve siyasi konumu gereğince özellikle organize suçluluk açısından önemli bir nokta olarak dünya çevrelerine yansımıştır. Özellikle insan ve uyuşturucu ticareti için adeta bir köprü haline gelen ülkemiz açısından adli yardımlaşma ayrı bir önem taşımaktadır⁴⁹. İşte bu nedenledir ki son yıllarda ceza işlerinde adli yardımlaşmaya dair birçok sözleşmeye taraf olmuştur. Birleşmiş Milletler Organize Suçluluğa Karşı Mücadele Palermo Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye bu bağlamda sözleşmenin 16. Maddesi ile suçluların iadesi, 18. Maddesi ile ise adli yardımlaşmaya dair yükümlülüklerin altına imza atmıştır. Benzer yükümlülükler 1998 yılında yine Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan Uyuşturucu Madde Trafikine karşı Viyana Sözleşmesi ile de yükümlenilmiştir.

Sınır Aşan Suçları Önleme ve Mücadele Etmeye İlişkin İşbirliği Anlaşması'na 26 Mayıs 1999 senesinde taraf olan Türkiye bu anlaşmayı imzalayan Bosna-Hersek, Arnavutluk, Bulgaristan, Makedonya, Yunanistan, Macaristan ve Romanya ile sınır ötesi suçlarla mücadelede işbirliği yapmayı taahhüt etmiştir⁵⁰. Adli yardımlaşmanın farklı bir şekli olan iki taraflı sözleşmelere gelindiğinde İran İslam Cumhuriyeti, Polonya, Ürdün, Hindistan, Özbekistan gibi ülkelerle uyuşturucu madde trafiği ile mücadele sözleşmelerinin imzalandığı görülmektedir.

Bunun dışında İsrail ve Moldova gibi ülkelerle sadece uyuşturucu madde trafiği ile mücadelenin dışında terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadele konu ikili anlaşmalar da imzalanmıştır⁵¹.

26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabı'nın Birinci Kısmı 'Uluslararası Suçlar'a ayrılmıştır. Kanunun sistematüğinde dört suç tipine yer verilmiştir: soykırım (Md 76), insanlığa karşı suçlar (Md 77), göçmen ka-

49 TEZCAN D., *Entraide judiciaire internationale en Matière de Criminalité transnationale organisée en Turquie*, Digesta Turcica, No:1, 2005, s.57-77

50 Uygun bulma kanunu için bkz. 30.06.2000 tarihli 4589 sayılı kanun, 07/07/2000 tarihli ve 24102 No'lu Resmi Gazete.

51 TEZCAN D.,*age,s.76*

çakçılığı (Md. 79), insan ticareti (Md 80.). Bunlara ilaveten 78. Md'de soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurma –buna üye olma suçu da ihdas edilmiştir. Kaynağını temelde uluslararası hukuktan alan bu suçlar doğaları gereği sadece kanun metninin kabul edildiği ülkede yaşayan toplumu değil, tüm insanlığı tehdit eden fiilleri kapsamaktadır⁵². Bu suçların milli mevzuatımızda yer alıyor oluşunun bir etkisinin de incelemekte olduğumuz ceza işlerinde işbirliği sahasında gözlemleneceğini düşünmekteyiz. Fiil, fail ve mağdur bakımında devletin siyasi sınırlarını aşan bu suçlar ile mücadele ve bu suçların muhakemesi açısından diğer ülkelerle adli yardımlaşma işlerinin yoğunlaşacağı ve bu şekilde Türk hukukunun da bu saha üzerine daha çok eğileceği kanaatini taşımaktayız.

F. Avrupa Hukuku'nun Önemi

Çağımızda “11 Eylül saldırıları” ile dünyanın ciddi bir belirsizlik ile karşı karşıya olduğu ve dünya toplumlarının yeni bir emperyalizm şeklinin etkisi altına girdiği düşüncesi ön plan çıkmıştır⁵³. Afganistan ve Irak savaşlarına direnilmesinin olanaksızlığı, Çeçenistan konusunda süren sessizlik, bu olayların tetiklediği terörizmin adeta bir çıkmaz haline dönüşmesi Türkiye ve tüm dünya ulusları yararına “küresel demokratik kamu düzeni” kavramının ortaya konması sonucunu doğurmuştur. Küresel demokratik kamu düzeninin etkinliğini ve geçerliliğini güçlendirme gücü taşıyan tek siyasi topluluğun Avrupa olduğu da bu noktada ortaya konmuştur⁵⁴.

“Avrupa” kavramı içerisinde Avrupa Birliği’ni, Schengen Adli Sahasını, Avrupa Konseyi’ni içerisinde barındırmakta ve sanıldığından çok daha büyük bir siyasi irade ve güç potansiyeli ile dünya siyaset sahnesinde rol almaktadır. Avrupa her ne kadar ilk bakışta sadece Avrupa Birliği’ne üye ülkeleri kapsayan bir ekonomik ve siyasi birliktelikmiş gibi algılanıyor olsa da, aslında Azerbaycan’dan Portekiz’e, İzlanda’dan Türki-

52 ÖNOK R.M., *5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar*, Hukuk ve Adalet : Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, s.176 vd.

53 CHEMILLIER GENDREAU M., *Küresel Demokratik Kamu Düzeni*, çeviren Kenan Bayraktar, Le Monde Diplomatique, Sayı:9, s.25.

54 CHEMILLIER GENDREAU M., age, s.26.

ye'ye kadar geniş bir coğrafyayı içinde bulunduran bir bütündür. Türkiye'nin bir Avrupa ülkesi olduğu bir gerçektir, Avrupa Konseyi üyeliğinin yanında çok sayıda Avrupa Konseyi sözleşmesine taraf olan Türkiye, her geçen gün Avrupa sahnesinde daha da önemli bir ülke haline gelmektedir.

Çalışmamızın konusu olan ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesesi ele alınırken kendimize rehber olarak Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya konan ve Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları almamızın temel nedeni de budur. İşte bu nedenledir ki çalışmamızın şablonunun hazırlanmasında 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli İşbirliği Sözleşmesi hükümleri belirleyici rol oynamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hukukun büyük bir bölümünün Avrupa Konseyi bünyesinde ortaya konmuş metinler olması bu kuruma daha fazla önem vermemizde etkili olmuştur.

II. CEZA İŞLERİNDE ADLİ YARDIMLAŞMAYA DAİR TEMEL KURALLAR

Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın Devlet açısından bir zorunluluk olup olmadığı hususu netlik kazanmış değildir. Bir milletlerarası sözleşmenin bulunmadığı durumlarda dahi suçlulukla mücadele adına adli yardımlaşmanın kabul edilmesi gerekliliğini savunanların yanında böyle bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda dahi talebi alan Devlet'in adli yardımlaşmayı kabul etmek zorunda olmadığını savunanlar da olmuştur⁵⁵. Adli yardımlaşma talebinin red sebepleri, dolaylı olarak kabul şartlarını da belirlemektedir.

A. Adli Yardım Taleplerinin Red Sebepleri

Çalışmamızın temel kavramların irdelenmesine ayırmış olduğumuz giriş bölümünde de belirtildiği gibi ceza işlerinde adli yardımlaşma: Bir ülkede soruşturma, karar ve cezalandırma safhalarına ait yargı erkine dahil olan bazı unsurların, talep eden ülkenin adli otoritesine ödünç verilmesi olarak tanımlanmıştır. Genel olarak benimsenmiş görünen bu tanıma rağmen, adli yardımlaşma sahasında ortaya çıkan birçok mesele-

55 AUBERT B., *Entraide judiciaire (en matière pénale)*, Rép. Internat. Dalloz, sept. 2002.

nin çözümünde, doktrinde ve uygulamada ciddi tereddütler mevcuttur. Adli yardımlaşma her devletin prensipte karşı çıkmadığı ve desteklediği bir müessese olmasının yanında sanıldığı kadar kuvvetli değildir.

Giriş bölümünde ortaya koymaya gayret ettiğimiz bazı temel bilgiler ışığında adli yardımlaşmanın günümüz pozitif hukukunda nasıl düzenlendiğini inceleyeceğimiz Birinci Bölüm'de çok taraflı anlaşmalar olmak üzere, iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarının da üzerinde durmaya gayret ettik. Bu hususta ise başta Türkiye ve Fransa olmak üzere farklı ülkelerin taraf olduğu ikili anlaşmaları da dikkate aldığımızı belirtmek isteriz.

Öncelikle üzerinde durmak istediğimiz husus adli yardımlaşmanın uygulamada en büyük problem yaşanan sahası olan “yardım taleplerinin red nedenleri” dir. Adli yardımlaşma ile ilgili olarak ortaya çıkan tüm uluslararası metinler gerek çok taraflı gerekse iki taraflı olsun adli yardım talebinin red sebeplerini ihtiva etmektedir. Aşağıda ayrıntıları ile vurgulanacak bu sebepler çoğu kez adli yardımlaşmayı işlemez hale dahi getirecek kadar geniş bir takdir hakkını yardım talep edilen devlete vermiştir⁵⁶. Çok taraflı anlaşmalar ele alındığında ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesinin gelişiminde oldukça önemli bir rol oynayan 1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nde öngörülen yardım talebinin red sebepleri bu tarihten sonra imzalanan birçok iki ve çok taraflı sözleşme için de temel metin teşkil etmiştir. Aşağıda sözü edilen bu red sebepleri mutlak red sebepleri ve ihtiyari red sebepleri olarak iki ayrı başlık halinde incelenmiştir.

Adli yardımlaşma müessesesi ile ilgili olarak meydana getirilen kurallar yardım talebinin nispi ve mutlak red sebeplerini de düzenlemiştir. Ancak öyle bazı red sebepleri vardır ki bunlar sözleşmeciler tarafından emredici nitelik arz etmektedir. Oysa giriş bölümünde de ortaya koymaya çalıştığımız gibi Devletler adli yardımlaşma konusunda bir sınır olabileceğini belirtmemekte aksine bu müessesinin son derece geniş ve kapsamlı bir çerçevede var olmasının gerekliliğini vurgulamaktadırlar. Hatta

56 Adli yardım taleplerinin red sebeplerine bazı örnekler için bkz: Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Sözleşmesi md.; Fransa ve İsviçre arasında 28 Ekim 1996 tarihinde imzalanan Ceza İşlerinde Adli Yardım Ek Protokolü md., ww.legifrance.fr décret no:2000-452, JO No:123 27.05.2000 s.8002.

çoğu kez uluslararası metinlere eklenen bazı “niyet beyanları” bu iradenin adeta sembolü olarak gözümüze çarpmaktadır. Örneğin Fransa ve Kanada arasında Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma’ya dair Sözleşme’nin 1. Maddesi iki Devlet’in bu sözleşme hükümleri dairesince mümkün olan en geniş şekilde işbirliği yapma iradelerinin karşılıklı sunumu ile başlamakta, ancak müteakip maddeler işbirliğinin bu iradenin aslında beyan edildiği gibi geniş bir sahada değil oldukça kısıtlı ve dar bir maddede cereyan edeceğini kanıtlarmaktadır⁵⁷.

A.1) Mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına yönelik yardım talepleri

A.1.a) Yakalama ve tutuklama kararlarının adli yardımlaşma haricinde tutulması kuralı ve bu kuralın istisnaları

Adli yardımlaşma ile ilgili sözleşmeler, kural olarak, bir tutuklama ya da mahkumiyet kararının infazı veya bunlarla ilişkili işler için adli yardım talep edilemeyeceği yönünde hükümler içermektedir. Genel olarak kabul görmüş bu kurala Fransa ve Küba arasında imzalan Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Hakkında Sözleşme’nin 2.I. maddesi örnek verilebilir. Anılan bu sözleşme adli yardım sözleşmelerinde mevcut olan bu kuralı taşıyan binlerce sözleşmeden birisidir. Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Yardımlaşma Hakkında Sözleşme ve iki taraflı sözleşmelerin çok büyük bir kısmı bu hususta bir maddeyi içermektedir. Tutuklama ve mahkumiyet kararlarının infazının bu sözleşmelerce mutlak bir red sebebi olarak öngörülmüş oluşunun iki temel nedeni olduğu ileri sürülmüştür: Öncelikle ceza kararlarının bir diğer ülkede geçerliliği ve uygulanabilirliği hususunda adli yardımlaşma bünyesinde telakki edilmeyen bir yapılanma söz konusudur. Ceza kararlarının karşılıklı olarak tanınmasına yönelik farklı bir norm bloku mevcuttur. Bunun dışında Devletler kural olarak bilgi sahibi olmadıkları bir yasa metnine ve yine kural üzerinde geniş bir fikir sahibi olmadıkları bir ceza prosedürü takip edilerek alınmış kararların icrasında belirleyici rol oynamak ve bu suretle sorumluluk almayı çok da tercih etmemektedir.

⁵⁷ Orijinal metnin tamamı için bkz 05.07.1991 tarih ve 91-447 sayılı kararname, www.legifrance.gouv.fr.

Sözü edilen bu mutlak red sebebinin, birçok metinde yer almakla, adeta bir genel kural haline geldiğini kabul etmekle birlikte bunun her sözleşmede bulunması olmazsa olmaz bir düzenleme olmadığını da vurgulamak isteriz. Devletlerin ceza politikaları ve karşılıklı menfaatler çerçevesinde bu kuralı kimi zaman yumuşattıkları da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Örneğim Fransa ve Paraguay arasında imzalan Adli Yardımlaşma Hakkında Sözleşme'nin 2.I. maddesi Sözleşme'nin müsadere ve elkoymaya ilişkin durumlar dışında kalmak kaydıyla yakalama ve mahkumiyet kararlarının icrası hakkında uygulanamayacağını düzenlemektedir⁵⁸. Bu sözleşmenin bir tarafı olan Paraguay dünya uyuşturucu trafiğinde önemli bir kaynak diğer taraf Fransa ise ciddi bir pazardır. Bu iki devlet arasında imzalan adli yardımlaşma sözleşmesinde ise müsadere ve elkoymaya konu olması beklenen suça konu eşya ise uyuşturucudur. O halde Devletlerin elkoyma gerektirecek durumlarda mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına yönelik adli yardım talep edebilecekleri anılan sözleşme hükümlerine göre mümkün görünmektedir.

A.1.b) Yabancı mahkeme kararlarının uluslararası değeri meselesi

Tutuklama ve Ceza Hukuku'na dair kararların uluslararası değeri ise birçok yazar tarafından adli yardımlaşma kavramı içerisinde telakki edilmemekle birlikte modern ceza hukuku doktrininin bir hayli ilgisini çekmesi ve konumuzla ilintili olması nedeniyle üzerine eğilmeyi tercih ettiğimiz bir husustur. Özellikle Avrupa Ceza Hukuku normlar blokunun içerisinde yer alan ceza kararlarının uluslararası değeri meselesi ile ilgili atılan ilk somut adım 28 Mayıs 1970 tarihli Ceza Kararlarının Uluslararası Değeri Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme hükümleri ile öngörülen usul 13 Kasım 1991 tarihinde imzalanan Yabancı Ceza Kararlarının İnfazı Hakkında Sözleşme ile basitleştirilmiştir. Sözleşme taraf olan ülke yargıçlarına, diğer ülke yargıcı tarafından verilen cezaları hükmünde nazara alması imkanını tanıması bakımından önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 56. maddesi uyarınca bir mahkeme kararının yabancı

58 Aynı düzenlemenin mevcut olduğu iki taraflı sözleşmeler açısından bkz. : Fransa ve Tayland Krallığı arasında imzalan CİAY hakkında sözleşme I.4; Paraguay I.2,Kolombiya I.2; Uruguay I.2, ABD I.2 ve Avustralya I.2.b

bir yargıç tarafından nazara alınmasının en önemli şartı mahkumiyet kararının dayandığı muhakemenin karşılıklılık esasına göre sürdürülmüş olmasıdır⁵⁹. Fransız doktrininde “débat contradictoire” olarak adlandırılan bu ilke gereğince delillerin değerlendirilmesi aşamasında yargılamanın tarafları söz sahibi olmakta ve iddia ile savunma makamları arasında bir eşitlik sağlanmaktadır.

Bu müessese ile getirilmiş olan en büyük yenilik yabancı mahkeme kararlarının tekrerrür hükümlerinin uygulanmasına esas teşkil edebilecek oluşudur. Avrupa Konseyi bünyesinde imzalan bu anlaşma Türkiye tarafından 26.06.1974 tarihinde imzalanmış ve 28.11.1979 yılında iç hukuka aktarılmıştır. Bu Sözleşme’ye taraf olmayan Fransa ise Ceza Kanunu’na bu hususta bir açıklık getirmemiştir. Bu boşluk içtihatla doldurulmuştur. Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi’nin 7 Kasım 1968 tarihli bir içtihadına göre Fransız mahkemelerince verilmemiş hiçbir ceza kararı teker-rüre esas teşkil edemez⁶⁰.

A.1.c) Mahkumiyet ve tutuklama kararlarının yabancı bir ülkede infazını öngören özel adli yardım formları ve 1964 tarihli “Hükümlülerin ve Şartla Salverilenlerin İzlenmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi” kapsamında öngörülen benzer müesseseler

Bir mahkumiyet kararının diğer bir ülkede infazı modern ceza hukuku tarafından kabul edilen ve devletler tarafından imzalanan uluslararası sözleşmeler de hukuki zemine oturtulmaya çalışılan bir adli müessesedir. Adli yardımlaşma açısından temel bir metin olarak kabul ettiğimiz Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (AKCİKAYS) ve bu sözleşmeyi adete şablon metin olarak alan birçok adli yardımlaşma öngören iki taraflı sözleşmeler mahkumiyet ve tutuklama kararlarının infazına imkan vermemektedir.

İnfazın nakli müessesesi olarak adlandırılan bu müessese AKCİKAYS ve birçok iki taraflı sözleşmece uygulama sahası dışında bırakılan, mahku-

59 DESESSARD L., *Les compétences criminelles concurrentes nationale et internationale et le principe ne bis in idem*, Rapport français du colloque de Berlin, 1-4 juin 2003, RIDP, 2004 s.367 vd.

60 Cour de Cass. Crim. 7.11.1968 : Bull. crim. No:280.

miyet ve tutuklama kararlarının infazını kapsamaktadır. Bu hususta 30 Kasım 1964 tarihli Avrupa Konseyi Hükümlü ve Şartlı salıverenlerin İzlenmesi Hakkında Sözleşme oldukça önemli bir boşluğu doldurmuştur. 13.9.1965 tarihinde Sözleşme'ye taraf olan Türkiye ise henüz herhangi bir uygun bulma kanunu çıkarmamıştır. Bir mahkumiyet kararının infazı meselesi sözleşmenin III.Bölüm'ünde yer alan 16 ila 21. maddelerinde ele alınmıştır. 16. madde şartlı tahliye edilen bir kişi hakkında, diğer bir ülke topraklarında, hangi koşullar dahilinde yeniden infaza devam edilebileceğini düzenlemektedir⁶¹. Anılan hüküm gereğince infazın yeniden, talepte bulunan ülkede başlayabilmesi için, mahkum olunan fiilin bu ülkede de suç olması gerekmektedir..Bu hususta bir yardım talebi alan Devlet sözleşme şartlarını kontrol ettikten sonra kişinin hürriyet serbestisine son vermeye yönelik yardım talebini uygulayabilir. Bu durumun yardım talep eden Devlet'e bildirilmesi ve bu bildirimle yapılan işleme dair bir de tutanağın eklenmesi gerekmektedir. Bir diğer önemli nokta ise yardım talebinin infazının yardım talep edilen Devlet mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirilecek oluşudur. *Locus Regit Actum* prensibi olarak adlandırılan bu kurala birçok adli yardım şekillerinin tamamında rastlamaktayız.

Sözleşme'ye yönelik belirtilmesi gereken bir diğer husus ise yardım talep eden Devlet ile yardım talep edilen Devlet arasında “af” ve “şartlı salıverme” konularında doğması muhtemel yetki uyuşmazlıklarının nasıl çözüleceği meselesidir. Sözleşme'nin 21. maddesi af hakkını her iki Devlet'e de tanımıştır. Bu nedenle hukuki yanı siyasi niteliğine nazaran daha az önem arz eden af müessesinde doğabilecek bir yetki uyuşmazlığına baştan imkan tanınmamıştır.

Ancak şartlı salıverme müessesesi ülkelerin ceza hukuku politikaları ile yakından ilişkilidir. Doktrinde yardım talep eden Devlet'in cezalandırma hakkından vazgeçmiş sayılacağı ve bu nedenle şartla salıverme konusunda söz sahibi olması gereken Devlet'in yardım talep edilen olduğu vurgulanmıştır⁶².

61 Belirtmek isteriz ki 1965 tarihli bu Sözleşme taraflara birçok gerekçe ile yardım talebini reddetme hakkını tanımaktadır. Sözleşme' nin 7. maddesi yardım talep edilen devletin bu talebi hangi gerekçelerle reddedileceğini toplam 9 bent halinde saymaktadır. Tüm red sebepleri için bkz. *Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnés ou libérés sous condition.* / www.coe.int

62 PRADEL J.; CORSTENS G., age, no : 60.

A.1.d) Askeri suçlarla ilgili adli yardım talepleri

Birçok sözleşme metnine ilham veren ve bu nedenle şablon metin telakki edilen 2..04.1959 tarihinde Stasbourg'ta imzalanan Avrupa Ceza İşlerinde Adli Yardım Sözleşmesi (ACİAYS) (*Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale*)'nin 1. maddesi'nin 2. fıkrası askeri suçlar ile ilgili yardım taleplerinde bu sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemektedir⁶³. Benzer düzenlemeler iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarında da görülmektedir.

Fransa'nın Kolombiya⁶⁴ (Madde No:I.2), Uruguay⁶⁵ (Madde No:I.2), Amerika Birleşik Devletleri⁶⁶ (Madde No: I.2) ve Avustralya⁶⁷ (Madde No:I.2) ile yapmış olduğu iki taraflı ceza işlerinde adli yardım öngören sözleşmeler de bu kalıplaşmış red sebebine vereceğimiz örneklerden bir kısmını teşkil etmektedir⁶⁸.

Doktrinde askeri suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddedilmesi veya kabul dahi edilmemesi başta J.Pradel olmak üzere birçok yazar tarafından savunulmaktadır⁶⁹. Bunlara göre bu nitelikte bir suç ile ilgili olan yardım taleplerinin içeriği dahi tartışma konusu yapılmamalıdır. Suçun niteliğinin askeri olup olmadığının tespiti yardım talep edilen ülke makamlarınca yapılmalıdır⁷⁰. Askeri suçların adli yardımlaşma sahası dışında bırakıldığı bir diğer müessese ise suçluların iadesi (extradition) dir. Bu alanda da lokomotif görevi gören Avrupa Suçluların İadesi Hakkında Sözleşme'nin madde hükmü gereğince bu nitelikteki suçlardan dolayı suçluların iade edilemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğunu görmekteyiz. Askeri suçlarla ilgili yardım talepleri bu suçlar aynı zamanda adi suç teşkil etmedikleri sürece adli yardımlaşma sınırları dışında telak-

⁶³ Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan tüm sözleşmelerin ingilizce ve Fransızca metinleri için bkz.: www.conventions.coe.int.

⁶⁴ Orijinal metin için bkz. : 20.06.2001 tarihli ve 2001-548 sayılı kararname: www.legifrance.gouv.fr

⁶⁵ Orijinal metin bkz. : 05.06.2003 tarihli ve 2003-495 sayılı kararname:www.legifrance.gouv.fr

⁶⁶ Orijinal metin bkz. :03.04.2000 tarihli ve 2000-314 sayılı kararname:www.legifrance.gouv.fr

⁶⁷ Orijinal metin bkz. : 10.05.1994 tarihli ve 1994-385 sayılı kararname:www.legifrance.gouv.fr

⁶⁸ Fransız Askeri Ceza Hukuku'nda hangi suçların askeri suç sayıldığı için bkz. Code de Justice Militaire, III.Kitap, Madde 383 ile Madde 476 arasında bulunan maddeler, www.legifrance.gouv.fr/codes

⁶⁹ PRADEL J; CORSTENS G., age, no :39

⁷⁰ PRADEL J;CORSTENS G, age, no :39

ki edilmektedir. Bu hususta yardım talep edilen Devlet hukukunun farklı bir yorum tarzı getirmiş olabileceği göz önüne alınarak bu istisnanın öngörülmüş olduğunu düşünmekteyiz. Bakaya, firar gibi dar anlamda askeri suçlarla ilgili olarak adli yardım istenemeyeceği genel olarak kabul edilmiş bulunan bir prensip halini almıştır⁷¹. Devletlerin özellikle komşu oldukları diğer bir Devlet'in askeri yargısı ile sorunlarla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilenmek istememesi de kabul edilebilir bir gerekçe olarak görülmüş ve bu şekilde yorumlanmıştır⁷².

B. Adli Yardım Taleplerinin İhtiyari Red Sebepleri

Çalışmamızın “Adli Yardım Taleplerinin İhtiyari Red Sebepleri” başlıklı bu bölümünde çok taraflı ve iki taraflı adli yardımlaşma öngören sözleşmelerde kalıplaşmış hale gelmiş olan bazı red sebeplerini inceleyeceğiz. Bu red gerekçelerinin mutlak red sebeplerinden en önemli farkı ise ihtiyari nitelikleridir. İhtiyari ve mutlak red sebepleri arasında bir ayırım yapmış olmamızın bir sonucunu da bu noktada görmekteyiz. Kuşkusuz bu ayırmadan çıkartabileceğimiz en önemli husus uluslararası adli yardımlaşma metinleri ile Devlet'in ifa sorumluluğu altına girdiği borcun zorlayıcı niteliğinin görülebilmesidir. Kısacası bir adli yardım talebi bu metinlerde öngörülmemiş olan bir gerekçeye dayanılarak reddedilemez. Bir adli yardım talebinin ifası, kural olarak, yardım talep edilen Devlet'in mutlak iradesine bırakılmış değildir. Yardım talebinin ifası, yardım talep edilen Devlet'in salt bir iyiniyet gösterisi değil, suçluluğun önlenmesi ve suçlulukla mücadele saiki ile yükümlenilmiş bir görevin yerine getirilmesinden ibarettir. Kanaatimizce bu ödevin yerine getirilmesi değil getirilmemesi veya teknik bazı nedenlerle getirilememesi dikkat çekici olarak yorumlanmalıdır. Kaldı ki iki ülke arasından herhangi bir adli yardım sözleşmesinin bulunmaması ihtimalinde dahi iki ülke arasında ceza işlerinde işbirliği ve yardımlaşmaya gidilmesi Devlet'i Devlet yapan cezalandırma erkinin çerçevesinde telakki edilmelidir⁷³.

71 KOERING-JOULIN R, *Juris classeur de droit pénal international, Conventions internationales répressives*, fas. : 406-2, mart 1986, No:92.

72 PRADEL J.-CORTENS G, No:109.

73 Farklı bir görüş için bkz. L.DESESSARD, *Le contrôle judiciaire des demandes d'entraide judiciaire et de leur exécution*, R.P.D.P, n°3, 2003, pp. 573-581.

Bir adli yardım talebinin siyasi suç veya siyasi suça murtabit bir suçla ilgili olması, mali nitelikte olan bir suç hakkında talep edilmesi ya da yardım talep edilen hususun yerine getirilmesinin egemenlik, güvenlik, kamu düzeni ve diğer öz çıkarlarına hanel getirecek nitelikte olması gibi nedenler ihtiyari red sebepleri arasından en sık karşılaştıklarımızdandır. Bunun dışında yardım talebine konu olan fiilin hem yardım talep eden hem de yardım talep edilen devlet kanunlarında suç sayılmış olması şartı olarak tanımlayabileceğimiz çifte cezalandırılma (double incrimination) şartı da yardım taleplerinin ihtiyari red sebepleri arasında kullanıldığından bu hususu da çalışmamızın sahasına dahil etmeyi doğru bulduğumuzu belirtmek isteriz.

B.1) Siyasi suçlar ve siyasi suçlara bağlı suçlarla ilgili adli yardım talepleri

B.1.a) Siyasi bir suçla ilişkin yardım talebinin reddi gerekçesine genel bir bakış

1959 tarihli Avrupa Konseyi Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin 2. Maddesi gereğince talebin ilişkin olduğu suçlar, kendisinden yardım istenen tarafça, siyasi suçlarla veya siyasi suçlara murtabit suçlarla veya mali suçlarla ilgili sayılıyorsa reddedilebilir⁷⁴. Siyasi suçlar ve siyasi suçlara murtabit suçlarla ilgili adli yardım taleplerinin yardım talep edilen Devlet tarafından reddedilebileceği şeklindeki düzenlemelere iki taraflı adli yardımlaşma öngören sözleşmelerde de rastlamaktayız. Ceza işlerine dair bir adli yardım talebinin bir siyasi suçla veya buna murtabit bir suçla ilişkin olmasından bahisle reddedilebilmesi imkanı yardım talep edilen Devlet'e tanınan haklardan en sık bilinenidir. Siyasi suç kavramı sanıldığı kadar aksine oldukça karmaşık ve son derece subjektif bir husustur. Yardım talep edilen ülkenin bu suçun niteliği üzerinde yapacağı niteleme de son derece subjektif olacağından bu gerekçe ile yardım talebinin reddi imkanı adli yardımlaşma müessesinin etkinliğine karşı olası bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde siyasi suç kavramını daha detaylı incelemeyi uygun görmekteyiz.

74 Metnin Türkçe tercümesi için bkz. www.avrupakonseyi.org//sozlesmeler.

B.1.b) Siyasi suçun tanımı meselesi

Türk ve Fransız pozitif hukukları incelendiğinde her iki ülke kanun koyucusunun siyasi suça dair herhangi bir tanım maddesine mevzuatlarında yer vermedikleri görülmektedir. Bu yasal boşluğun da bir sonucu olarak doktrin tarafından siyasi suçun tanımı ile ilgili olarak farklı teoriler ortaya konmuştur⁷⁵. Bunları kısaca belirtecek olursak:

Adi suç (Délit naturel) ve siyasi suç (Délit politique) arasındaki ilk ayırım Roma Hukuku tarafından ortaya konulmuştur. *Crimen Magestatis* olarak adlandırılan ve İmparator'un ve Toplum'un varlıklarını tehdit eden fiiller Roma Ceza Hukuku'nda en ağır suçlar arasında sayılmıştır⁷⁶. İlk Çağ'da yaşamış bulunan Mısırlılar, Hintliler, İranlılar ve Çinlilerin siyasi suç kavramı bildiklerini çeşitli bilimsel eserler ortaya koymuştur⁷⁷. Roma Hukuku'ndaki *Crimen Magestatis* kavramının dikkat çekici özelliği ise bu suç ile İmparator ile siyasal suçun birleştirilmiş oluşudur. Bu kural XVIII. yüzyıla kadar geçerliliğini korumuş ve daha sonra Devlet başkanına karşı işlenen suçların iade dışı bırakılması kuralı ile günümüze kadar devam etmiştir⁷⁸. Orta Çağ Avrupa Hukuku'nda ise siyasi suçlar topluma ve düzene karşı sadakatin ihlali olarak yorumlanmış, Kanonik Hukuk siyasi suçları son derece ağır bir şekilde cezalandırmıştır⁷⁹. Siyasi suçluların son derece ağır bir şekilde cezalandırılmaları, topluma ve otoriteye sadakatsiz kişiler olarak algılanmaları hususunda Orta Çağ'da da Roma Hukuku'ndan çok da farklı bir yaklaşım oluşmamış, dönemim düşünürleri ve Kilise'nin sayesinde mevcut yaklaşımdan uzaklaşmamıştır. Örneğin feodal bir düzenle yönetilen Bavyera ve Saksonya'da krala ve ailesine karşı gelen, pusu kuran, ölüm cezasına çarptırılmakta ve tüm malvarlığına da el konulmakta olduğu bilinmektedir⁸⁰.

“Halkların özgürlüğü” kavramının politik söylemlerde sıkça yer aldığı Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkan yeni hukuk düzeninde siyasi suçla

75 Fransız doktrini tarafından siyasi suçun tanımı meselesi ile ilgili ortaya konan teoriler için bkz. GARRAUD, Droit Criminel, Paris,1926 s.90 vd.

76 ERMAN S; DÖNMEZER S.; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, İstanbul, 1997,s.486 vd.

77 BAYRAKTAR K, *Siyasal Suç*, İstanbul, 198, s.1 vd.

78 BAYRAKTAR K., age, s6 vd..

79 ERMAN S.; DÖNMEZER S.; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*,İstanbul,1997,s.486.

80 LOMBROSO-LASHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Torino 1890, s.227 zikreden K.BAYRAKTAR,age., s.10 vd.

ilişkili yeni görüşler ortaya konulmaya başlanmıştır. Fransa'da Devrim'den sonra ülkeyi yöneten siyasi erkin siyasi suç ve siyasi suçlulara karşı ne denli ağır cezalar öngördüğü de altı çizilmesi gereken bir diğer husustur. XIX yüzyılda ise siyasi suç kavramı liberal düşüncenin de etkisi ile farklı bir şekilde yorumlanmaya ve tanımlanmaya başlanmıştır. Bu yeni görüşün en önemli özelliği siyasi suçun hedef aldığı siyasi rejimin meşruiyetini göz önüne almasıdır. Pozitivist Okul politik suçun hedef aldığı siyasi iktidarın meşru olup olmadığını dikkate alan bu yeni yaklaşımdan etkilenmiş bir görüntü sergilemiştir.⁸¹ Meşru olmayan bir iktidarın siyasi otoritesine karşı işlenmiş olan bir suçun faili bu eğilimdeki yazarlara göre temel hak ve özgürlüklerine kavuşmak için mücadele veren bir kişidir.⁸² Devlet'in bütünlüğü ve bölünmezliğini yıkma saikiyle işlenen suçların politik suç olarak kabul edilmemesini savunan bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Fransız Hukuku tarafından ortaya konulan bu teoriye göre politik saiklerle işlenmiş cinayetler veya terör eylemleri politik suç olarak telakki edilmemelidir⁸³. Terör faaliyetleri konusunda çağdaş eğilim de bu nitelikteki suçların politik suç olarak kabul edilmemesi yönündedir⁸⁴.

İki taraflı ve çok taraflı adli yardım anlaşmalarının tamamında bulunan siyasi suçlarla ilgili adli yardım taleplerinin reddedilebileceği hususundaki düzenleme, ceza işlerinde adli yardımlaşma müessesesi önünde duran temel engellerden biridir.

Bu belirleme çoğu kez yardım talep edilen Devlet'in siyasi suçlarla ilgili olarak nasıl bir bakış açısına sahip olduğunun da bir yansıması olacaktır. Siyasi suçun tanımının ve kapsamının tespiti hususunda ortaya konulan teoriler bu noktada önem kazanmaktadır. Bununla birlikte siyasi suç kavramını açıklayan temel görüşler incelendiğinde siyasi suç içerisinde yapılan temel ayırımın tam siyasi suç ve nisbi siyasi suç olduğunu görmekteyiz⁸⁵.

81 LOMBROSO-LASHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Torino 1890, p. 7

82 İtalyan kanunkoyucusunun bu husustaki tercihleri için bkz. *Codice Penale di Zanardelli* 1889

83 VOIUN Manuel de Droit Criminel, Paris, 1949, No:228

84 *Coopération internationale en matiere de poursuite et de répression des actes du terrorisme* (Recommandation No:R.(82) l'adapté par le comité des ministres de l'Europe le 15 janvier 1982, et exposé de motifs, Strasbourg 1983, Affaires juridiques.

85 BAYRAKTAR K., s.70 vd.; Siyasi suçun alt kategorilerinin tespiti hususundaki güçlükler için bkz. FAGONE G., '*Pour une répression efficace du délit politique*', RDP, 1930, p.315.

B.1.b.a) Tam siyasi suç

Tam siyasi suç kavramı üzerinde ortaya konulan teoriler incelendiğinde bunları temelde iki ana düşünce üzerine inşa edildiklerini görmekteyiz. Objektif teoriler olarak isimlendirilen ilk görüşe göre ihlal edilen hakkın niteliği aynı zamanda suçun siyasal suç olarak telakki edilip edilmeyeceği meselesini de belirlemektedir.

Objektif teorilerin en büyük özellikleri suçun manevi unsurunun dikkate alınmış oluşlarıdır. Bu teorilere göre sadece suçla hedef alınan hakkın siyasal nitelik taşıyıp taşıymış oluşu siyasal niteliğın tespitinde önem arz etmektedir. Manevi unsura hiç önem vermeyen ve salt fiilin hedef alınması görüşünü takip eden Bretano ve Sorel gibi yazarlara göre Devlet'e karşı işlenen ve cezai yaptırım gerektiren fiillerin tamamı siyasal suç olarak telakki edilmelidir⁸⁶. Bununla birlikte günümüzde siyasal suçun tanımı ile ilgili olarak bu yaklaşımdan oldukça uzaklaşımış olduğunu görmekteyiz.

Günümüzde, Devlet'e karşı işlenen suçlar ile Devlet'in politik kişiliğine karşı işlenen suçlar arasında ayırım yapılmaktadır⁸⁷.

Siyasal düzeni yıkmak, vatandaşların siyasal haklarını kullanmalarını engellemek veya kamu düzenini bozucu kimi faaliyetler, siyasal suç kabul edilmektedir⁸⁸.

Sözü edilen yaklaşım siyasal suç ile kamu malına zarar verme suçları arasında neredeyse bir bütünleşmeye yol açmış ve birbirinden ayırt edilmesini güçleřtirmiştir⁸⁹. Suçun oluşumunda maddi isnad kabiliyetinin yeterli görülmesi ve suçun manevi unsuru ile ilgili herhangi bir noktanın araştırılmaması sözü edilen görüşün en çok eleştirildiği husus olmuştur. İşte bu noktada sübjektif teoriler olarak adlandırılan ve suçun maddi unsurunun yanı sıra manevi unsurunun dikkate alındığı bir dizi teori ortaya konulmuştur. Suçun manevi unsuruna önem veren bu teorilere göre fiilin Devlet'e karşı işlenmiş oluşunun yanı sıra siyasal hakları

⁸⁶ STRACHUNSKY,No:78 zikrenden. BAYRAKTAR K. s.72 vd.

⁸⁷ VON LISTZ, Lebruch des Deutschen Strafrechts,Berlin 1912, s.114 zikrenden. BAYRAKTAR K. s.72 vd.

⁸⁸ FIORE, Précis de droit pénal international,II, s.522

⁸⁹ GARÇON E., Code pénal annoté, t.I,2.éd. Paris, art.I.No:152

hedef almış olması; failde siyasal otoriteye zarar verme kastının bulunması gerekmektedir⁹⁰.

B.1.b.b) Karma ve bağlı siyasal suç

Bağlı ve karma siyasal suçlar, failin kastına önem vermeksizin, mağdurun Devlet olduğu tüm suçları siyasal suç sayan objektif teorilerce incelenmemektedir. Ancak suçun manevi unsuruna önem veren ve bu çerçevede failin işlediği fiil ile neyi hedef aldığıнын araştırılmasını savunan subjektif teoriler, karma ve bağlı siyasal suçları da siyasal suçlar arasında telakki etmektedir.

Bu suç tipinde suçtan doğrudan mağdur olan kişi Devlet değildir. Ancak failin görünürde bir üçüncü şahsa karşı işlediği suçun altında Devlet'in siyasal gücüne dolaylı olarak zarar verme özel kastı yatmaktadır⁹¹. Doktrinde bir görüşe göre karma siyasal suç yapılan tek fiil ile kanunda siyasal suç olarak düzenlenmiş bir madde ile adi suç olarak belirlenmiş başka bir maddenin aynı zamanda ihlal edilmesidir⁹². Bağlı siyasal suçta ise amacı siyasal bir suç işlemek olan failin bu amacına adi suçlar işleyerek varması durumu mevcuttur. Ülkede bir ihtilal gerçekleştirmek amacı ile çeşitli yerleri kundaklamak veya silah mağazalarının yağmalanması, bağlı siyasi suça verilen örneklerdir. Türkiye'nin İsviçre, Almanya gibi ülkelerle imzalamış olduğu iki taraflı iade anlaşmalarında da siyasal bir suçtan veya siyasal bir suça bağlı bir suçtan dolayı suçlunun iade edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu yönde bir hüküm içeren bir diğer iki taraflı anlaşma ise Yunanistan ile imzalamış bulunduğumuz anlaşmadır⁹³.

Siyasal suçları ve siyasal suçlara murtabit suçların suçluların iadesi dışında tutulmasının yanı sıra adli yardımlaşma anlaşmalarının uygulama sahası dışında da bırakıldığını görmekteyiz.

Belirtmek isteriz ki günümüzde suçluluğun aldığı boyut karşısında yardım talep edilen Devlet'e siyasal suça murtabit suçlarla ilgili yardım

90 HOUSES, *De la non-extradition des délinquants*, p.1958; BLANCE MAULEN, *Des conditions de l'extradition*, Thèse Poitiers 1889, s.88 ;R. VOUIN No: 227; VIDAL;MAGNOL, No:107; DONNEDIEU DE VABRES No:263. zikreden K.BAYRAKTAR. s 70 vd.

91 VOUIN R. No: 227; VIDAL;MAGNOL, No:107;DONNEDIEU DE VABRES No:263.

92 Karma siyasal suçu açıklayan farklı kuramlar için Bkz. K.BAYRAKTAR, s. 111 vd.

93 K.BAYRAKTAR, s.114.

taleplerini reddetme hakkı tanınmış olması, suçlulukla uluslararası çerçevede mücadelenin etkinliğini azaltan önemli bir etkidir.

Özellikle terör faaliyetlerinin toplumların gündelik yaşayışlarını dahi etkileyecek boyut ve şiddete ulaşmış olması neticesinde bu fiillerin murtabit siyasal suç sayılmaması yönündeki düzenlemelerin milli mevzuatlar da yer almaya başladığını görmekteyiz. Buna en somut örnek Terörizmin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir. Türkiye Sözleşme'yi 27.01.1997 tarihinde imzalamış ve 19.05.1998 tarihinde iç hukukuna aktarmıştır. Fransa ise Sözleşme'ye 27.01.1977 tarihinde taraf olmuş ve 87-542 Sayı ve 16 Temmuz 1987 tarihli kanun ile iç hukukuna aktarmıştır. Sözleşme'nin temel amacı, terör suçlarının iade taleplerinin, bu suçların murtabit siyasal suç olmaları nedeniyle reddedilmesinin önüne geçmektir. Zira geçmişte Avrupa'da Fransa başta olmak üzere diğer Avrupa ülkeleri, siyasal suça murtabit olduğundan bahisle birçok iade ve adli yardım talebini reddetmiştir⁹⁴. Anılan bu yasa gereği iadesi reddedilen terör fiilinin faili yardım talep edilen Devlet tarafından yargılanacaktır⁹⁵.

B.2) Mali nitelikteki suçlarla ilgili adli yardım talepleri

Ceza işlerinde adli yardım öngören milletlerarası metinlerin tamamında konusu mali bir suç olan adli yardım taleplerinin yardım talep edilen Devlet tarafından reddedilebileceği düzenlenmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve üye ülkelerce onaylanan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin red sebeplerine ilişkin maddelerini örnek metin olarak kabul eden bir dizi milletlerarası sözleşmede mali nitelikteki suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddedilebileceğini düzenlenmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ve konusu ceza işlerinde adli yardımlaşma olan anlaşmaların tamamında mali nitelikli suçlar açısından yardım talep edilen Devlet'e bu talebi reddetme imkanının tanındığı görülmektedir⁹⁶.

⁹⁴ Rapport "Les fragilités de l'Europe face au terrorisme", Institut des hautes études de la défense nationale, 01.05.1999, www.legifrance.gouv.fr.

⁹⁵ Fransa'da terörle mücadele amacıyla çıkartılan diğer düzenlemeler için bkz. Loi No. 96.1235 du 30.12.1996 ve loi n°93-913 du 19 juillet 1993, www.legifrance.gouv.fr.

⁹⁶ Bu sözleşmelere güncel bir örnek için bkz Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Anlaşması, E.ERGÜL, Suçluların Geri Verilmesi Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.215 vd.

Türkiye'nin 03.03.1994 tarihinde Avustralya ile, 02.11.1992 tarihinde Azerbaycan ile ve 29.06.2001 tarihinde Hindistan ile imzaladığı adli yardımlaşma anlaşmaları mali suçlarla ilgili taleplerin reddedilebileceğini düzenlemektedir.

Aynı yönde düzenlemeler Fransa'nın taraf olduğu ve konusu ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma olan iki taraflı sözleşmelerde de mevcuttur Fransa'nın Avustralya (Madde XVI.1), Mısır (Madde II-a), Kanada (Madde IV.1), Cibuti (Madde I.2) ve Tunus (Madde IV) gibi ülkelerle imzalamış olduğu anlaşmalar anılan nitelikte düzenlemeleri içeren sözleşmelere örnek olarak verilebilir⁹⁷.

Avrupa Hukuku'nda mali suçlara ilişkin adli yardım taleplerinin reddi meselesi ile ilgili içtihatlar incelendiğinde bir bütünlüğün olduğu tespit edilmektedir. Belçika Temyiz Mahkemesi 10 Ekim 2003 tarihli kararında Belçika'nın taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların ve 20 Mayıs 1997 tarihli Milletlerarası Adli İşbirliği Hakkında Kanun'un (La loi belge du 20 mai 1997 sur La Coopération Internationale) mali nitelikteki suçlarla ilgili yardım taleplerinin reddedileceğini düzenlediğini vurgulamıştır⁹⁸. Fransız Yargıtayı'nın da benzeri bir kararında Fransa'nın milletlerarası yükümlülüklerinin mali nitelikte bir adli yardım talebinin reddedilmesi sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir⁹⁹. Mali suçlar ile ilgili bir adli yardım talebinin reddebileceği genel kabul görmüş bir husus olmakla birlikte "mali suç" kavramının içeriği bu sözleşmelerce öngörülmüş değildir. Bir başka deyişle sözleşmeler hangi suçların mali suç sayılacağı meselesini bir bakıma yardım talep edilen Devlet'in iradesine terk etmektedir¹⁰⁰.

Mali nitelikli suçlardan ne anlaşılacağı meselesi ise kesin olarak belirtilmemiş olması nedeniyle tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir.

⁹⁷ Adı geçen anlaşmaların orijinal metinleri için bkz. www.legifrance.gouv.fr

⁹⁸ Cour de Cass. Bel. Section Française 2e Chambre Crim, No:JCO3AM2_1, 22/10/2003

⁹⁹ Cass.Crim. 1986-11-17, 85-93444, PB, www.legifrance.gouv.fr

¹⁰⁰ Bununla birlikte Fransa ve Tunus arasında 28 Haziran 1972 tarihinde imzalan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi bu kuralın dışına çıkmış ve mali suç kavramının içeriğinin tarafların ileride birbirlerine sunacakları niyet mektuplarına bağlı tutmuştur Orijinal metin için bkz. J.O. 17.03. 1974 p.3079. Décret No: 74-249, www.legifrance.gouv.fr. Uygulamada çok rastlanmamakla birlikte bu nitelikteki iki taraflı sözleşmeler taraflara red sebeplerinin içeriği hususunda da karşılıklı olarak anlaşma imkanı tanımaktadır.

Hiç kuşkusuz mali suçlar doğaları gereği ekonomik suçlardandır. Doktrin ise bu hususta kesin bir tanıma gitmek yerine mali nitelikteki suçların iki temel özelliği üzerinde durmuştur. Bu özelliklerden ilki bu suçların yaratılmış suçlardan olduğudur. Doğal suç ve yaratılmış suç ayrımını yapan yazarlar yaratılmış suçlara örnek olarak çoğu kez mali suçları göstermektedir. Bankacılık suçları bu hususta yazarlarca sıkça verilen örnekler arasındadır¹⁰¹. Bu tür suçların ihdası, ticari ilişkilerin evrensel boyutlara ulaştığı, her alandaki teknolojik gelişmenin arttığı bir dünya düzeninin korunması amacına hizmet etmektedir.

Vurgulanan ikinci özellik ise mali suçların yaratılmış suçlardan olmalarının yanında teknik suçlar olduklarıdır. Mali suç sahasına giren suçları oluşturan suçlar ekonomik kavramlarla yakından ilişkilidir.

Bu özelliğin bir sonucu ise mali konularda yetkili olan idari organların değerlendirmelerinin suçun oluşumu ve tespitinde son derece büyük bir öneme sahip olmalarıdır. Birçok milletlerarası metinde bu nitelikteki suçlarla ilgili yardım taleplerinin reddine imkan tanınmış oluşunun altında da mali suçların bu özelliğinin bulunduğunu düşünmekteyiz.

Yardım talep eden Devlet tarafından ihdas edilen ve idari bir işlemle ile tespit edilen bu suçlar ile ilgili olarak yardım talep edilen tarafın kimi çekincelerinin olması kabul edilebilir görünmektedir. Ancak her ne kadar idari bir soruşturma ve tespit var olsa da hükmü verecek olanın bağımsız bir mahkeme olacağı hatırlandığında yardım talebinin sadece mali bir suça ilişkin olması gerekçesi ile reddi çok da ikna edici görünmemektedir¹⁰².

101 ERMAN S., *Ticari Ceza Hukuku Cilt V*, İstanbul 1984, s.11 vd.

102 Bu özellikler dikkate alındığında mali suç ile ne anlaşılması meselesi ile ilgili olarak dolaylı da olsa bize yardımcı olacağını düşündüğümüz Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (CPP) 704. Maddesi üzerinde durmak istiyoruz. Anılan bu madde Ekonomik ve Finansal Nitelikteki Suçların Kovuşturması ve Yargılanması başlıklı 13 Bölümünde düzenlenmiştir. Doğaları gereğince hayli karmaşık bir yapıyı bünyesinde bulandıran bir dizi suç dolaylı olarak ekonomik ve finansal nitelik arz eden suç olarak tespit edilmiştir. Fransız Ceza Usul Kanunu'na 94-89 sayılı ve 01.02.1994 tarihli kanun ile eklenen bu maddede sayılan aşağıdaki suçlar Fransız kanun koyucusu tarafından, dolaylı da olsa, ekonomik ve finansal karakter taşıyan suçlardır: Fransız Ceza Kanunu'nun : -228-38, 313-1, 313-2,313-4,314-1,314-2,324-2,432-10 ila 432-15,433-1,433-2,434-9,435-1,435-1 ve -435-2 Maddeleri ile düzenlenen suçlar. -66-537 sayılı ve 24.07.1966 tarihli Ticari Şirketler Hakkında Kanun'da belirtilen suçlar. -85-98 sayılı ve 25.01.1985 tarihli İşyerlerinin Tasfiyesi Hakkında Kanun'da belirtilen suçlar.

B.3) Çifte cezalandırma ilkesi

B.3.a) Suçluların iadesi müessesesinde çifte cezalandırma ilkesi ve Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ile değişen durum

Çifte cezalandırma ilkesi ilk kez temel bir iade şartı olarak, milletlerarası metinlerde yer almıştır. İlke, iade talebine konu fiilin, talep eden ülkenin yanı sıra, talep hakkında karar verecek ülkede de suç sayılması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁰³. Anılan kuralın çok taraflı bir anlaşmaya ilk yansımaları 1957 tarihli Avrupa Konseyi Suçluların İadesi Sözleşmesidir. Sözleşme'nin 2. Maddesi : «İade, talep eden ve edilen taraf kanunlarının her ikisi tarafından cezalandırılan fiiller için gerçekleştirilebilir...» hükmünü düzenlemektedir. Farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı ülkelerin taraf olduğu bu Sözleşme'nin çifte cezalandırma ilkesini barındırmasından dolayı çok etkin bir şekilde uygulanamadığı da savunulmaktadır. Sözleşme'ye taraf bir Devlet'in mevzuatınca, ceza öngörülen bir fiil diğer bir Devlet mevzuatınca suç olarak kabul edilmediğinde suçlunun iadesine gidilememekte ve müessese ile amaçlanan hedefe ulaşılamamaktadır¹⁰⁴.

Türkiye'nin 1957 tarihli Sözleşme'ye taraf olmayan ülkelerle iki taraflı iade sözleşmeleri imzalamıştır. Bu sözleşmelerde de çifte cezalandır-

-İmar ve İnşa Kanunu 'nda bulunan suçlar

-Fikri Haklar Kanunu'nda bulunan suçlar

-Vergi Genel Kanunu'nun 1741 ila 1753 bis A maddeleri arasında düzenlenen suçlar

-Gümrük Kanunu tarafından düzenlenen suçlar

-Ulaştırma Kanunu tarafından düzenlenen suçlar.

-Tüketim Kanunu tarafından öngörülen suçlar

-84-46 sayı ve 24.01.1984 tarihli Kredi Kuruluşlarının Faaliyet ve Kontrolü Hakkında Kanun tarafından düzenlenen suçlar

-67-833 sayı ve 28.09.1967 tarihli Borsa Faaliyetlerini İnceleme Komisyonu Kurulması ve Bazı Borsa Operasyonlarının Yayınlanması Hakkında Kanun tarafından düzenlenen suçlar.

-83-628 sayı ve 12.07.1983 sayılı Talih Oyunları Hakkında Kanun Tarafından Düzenlenen Suçlar

-28.03.1885 tarihli kanunda belirtilen suçlar

-88-1201 sayı ve 23.12.1988 sayılı Kolektif Yerleştirme Kuruluşları Kurulması ve Bu Hususta Fon Oluşturulması Hakkında Kanun tarafından belirtilen suçlar.

-86-897 sayı ve 01.08.1986 tarihli basın hukuku hakkında yenilik yapan kanun tarafından öngörülen suçlar.-86-1243 sayı ve 01.12.1986 tarihli Fiyat Serbestisi ve Rekabet Hakkında Kanun tarafından öngörülen suçlar.

103 Ü. KOCASAKAL, *Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.142.

104 Conseil de l'Europe, Comité européen pour les problèmes criminels, aspects juridiques de l'extradition entre Etat européen, Strasbourg 1970, s.39.

ma prensibine yer verilmiştir. Çifte cezalandırma ilkesinin, suçluların iadesi açısından iadenin olmazsa olmaz şartlarından biri olarak kabul edilmektedir. İki taraflı anlaşmalar açısından çifte cezalandırma prensibinin geçerli olması gerekliliği Fournier tarafından dile getirilmiş ve bu prensibin taraflarca iyiniyetle uygulanması halinde hakkaniyete uygun sonuçlar doğacağı ileri sürülmüştür. Yazar bu görüşünü suçta ve cezada kanunilik prensibine dayandırmış ve bulunduğu ülkede cezalandırılmayan bir fiil için başka bir ülkeye gönderilen kişinin durumunu hakkaniyete ve Ceza Hukuku'nun temel prensiplerine aykırı olduğunu savunmuştur¹⁰⁵. Diğer taraftan özellikle siber suçluluk gibi son derece teknik ve etkin bir şekilde işlenen suçlarla mücadele için Ceza Kanunlarının ahenkileştirilmesi olmazsa olmaz bir koşul olarak gösterilmiştir¹⁰⁶. Pradel ve Corstens gibi yazarların savunduğu bir diğer görüş ise çifte cezalandırma ilkesinin, suçluların iadesi kurumunun ve genel anlamda ceza işlerinde adli yardımlaşmanın etkinliği önünde önemli bir engel olduğunu savunmaktadır¹⁰⁷.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt arasında imzalanan Hususi Hukuk Ticaret ve Ceza Hukuku Konularında Hukuki ve Adli İşbirliği Anlaşması'nın 32. Maddesi.¹⁰⁸; gene Türkiye ile Avustralya arasında imzalanan Suçluların Geri Verilmesi Andlaşması'nın 2/5. Maddesi ¹⁰⁹ ve Türkiye ile Haşimi Ürdün Krallığı arasında imzalanan Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nin 2. Maddesi ¹¹⁰ çifte cezalandırma ilkesine bağlı kalınarak yapılan iki taraflı anlaşmalara verilebilecek örneklerdir¹¹¹.

105 FOURNIER A, *Répertoire de droit pénal*, V.Extradition, Dalloz 1994, No:54.

106 111e Session du Comité des Ministres, Strasbourg, 6-7 novembre 2002, Projet de protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques.

107 PRADEL J.; CORSTENS G.,No:98.

108 ERGÜL E, age. s.318.

109 ERGÜL E, age., s.311.

110 ERGÜL E, age., s.299.

111 Türkiye'nin Tunus,Suriye Arap Cumhuriyeti,Pakistan İslam Cumhuriyeti, Özbekistan, Mısır Arap Cumhuriyeti, Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi, ile imzaladığı ve suçluların iadesi konulu iki taraflı sözleşmelerde de benzer hükümlere yer verilmektedir.

Çifte cezalandırma ilkesinin suçluların iadesi müessesinde Avrupa'daki etkinliğinin azalması Avrupa Tutuklama Müzekkeresi sisteminin ortaya çıkması ile olmuştur. "Avrupa Tutuklama Müzekkeresi ve Üye Devletler Arasında Teslim Usullerine Dair Çerçeve Karar", Avrupa Birliği Konseyi tarafından, 13 Haziran 2002 tarihinde 2002/584/JAI sayılı karar ile kabul edilmiştir¹¹². Üye devletler arasında klasik iade mekanizmasının yerine bir tutuklama müzekkeresine dayalı olarak çalışan bu kurum, adli kararların karşılıklı tanınması ilkesinin bir yansıması telakki edilmiştir¹¹³.

Adli kararların karşılıklı tanınması ise Avrupa içerisinde yaratılmak istenen adli bir ceza sahası için olmazsa olmaz nitelikteki bir aşama olarak görülmektedir.

XIX. yy'dan beri uygulanmakta olan iade sisteminde oldukça önemli değişiklikler öngören Avrupa Tutuklama Müzekkeresi, çifte cezalandırma prensibi ile ilgili yeni hükümler getirmiştir. Doğrudan etkisi bulunmayan ve her üye Devlet'e iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü veren Çerçeve Kararı'nın 2/2. Maddesinde belirtilen 32 adet suç biçiminden birisi söz konusu olduğunda müzekkerenin çıkartıldığı ülkede bu fiil için öngörülen ceza veya emniyet tedbirinin üst sınırının en az üç yıl olması durumunda çifte cezalandırma denetimi yapılmaktadır¹¹⁴. Sayılan bu suçluluk türleri dışında kalanlar için ise çifte cezalandırma prensibinin varlığının denetlenmemesi öngörülmüştür.

¹¹² JOUE, 18.07.2002, l 190, S.1

¹¹³ FLORE D., *le mandat d'arrêt européen : Première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, Journal des tribunaux, 13 Avril 2002, no:6050, s273 zikreden Ü.KOCASAKAL, age. s.139

¹¹⁴ KOCASAKAL Ü., age. s.142, "Bu suçluluk tipleri şunlardır: bir suç örgütüne üye olmak,terörizm,insan ticareti, çocukların cinsel sömürüsü ve çocuk pornografisi, yasadışı uyuşturucu ve sersemletici madde ticareti, yasadışı silah,cephane ve patlayıcı ticareti, rüşvet, Avrupa Topluluğu'nun mali çıkarlarına zarar verenler dahilihileli hareketler, suç gelirlerinin aklanması, Euro kalpazanlığı dahil paraların taklidi, siber suçluluk, türü tükenme tehlikesinde olan hayvan ve bitkilerin yasadışı ticareti,ülkeye yasa dışı girme ve burda kalmaya yardım, kasten adam öldürme, ağır darp ve yaralama, yasadışı organ ve doku ticareti, adam kaldırma, hürriyeti tahdit, rehin alma, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı, organize hırsızlık ve yağma,antika sanat yapıtı dahil yasadışı tarihi eser ticareti, dolandırıcılık, şantaj, taklit veya korsan mal üretimi, idari evraklarda sahtekarlık ve bunun ticareti, ödeme araçlarında sahtekarlık, hormonal maddelerin ve gelişme ile ilgili diğer faktörlerin yasadışı ticareti, yasadışı nükleer ve radyoaktif madde ticareti, çalıntı otomobil ticareti, ırza geçme, kasten yangın çıkarma, sabotaj.

B.3.b) Ceza işlerinde karşılıklı adli yardım öngören sözleşmeler

1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi adli yardım taleplerinin yerine getirilmesinde çifte cezalandırma şartının aranmasını öngörmektedir.

İki Devlet arasında, ortak tarih, sosyal ve kültürel özellikler de dikkate alınarak yapılan adli yardımlaşma sözleşmeleri incelendiğinde ise bu metinlerin çifte cezalandırma ilkesi açısından iki grupta toplandığı görülmektedir. Çifte cezalandırmayı ceza işlerinde karşılıklı adli yardımlaşma için bir şart veya red sebebi olarak görmeyen birinci grup sözleşmeler adli yardım talebinin yerine getirilmesi için sadece talep eden Devlet mevzuatının fiil için bir ceza öngömrüyor oluşunu yeterli görmektedir¹¹⁵.

Birinci grup sözleşmeler içersinde telakki edilmekle birlikte bazı sözleşmeler adli yardımlaşma talebinin yerine getirilmesi için çifte cezalandırma denetiminin sadece bazı emniyet tedbirlerinin uygulanması açısından zorunlu kılırlar. Örneğin Fransa ve Uruguay arasında imzalana Ceza İşlerinde Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın 4.Maddesine uyarınca adli yardım talebinin karşılıklı cezalandırma ilkesi gereğince reddedilmesi talebin bir arama, elkoyma ve muhafaza altına alma işlemi gerektiriyor olmasına bağlıdır. Madde hükmü uyarınca bu emniyet tedbirlerinin uygulanmasını gerektirmeyen durumlarda çifte cezalandırma denetiminin yapılmasına gerek yoktur¹¹⁶. Fransa ve Kanada arasında imzalanan adli yardımlaşma konulu bir diğer sözleşme ise arama, elkoyma ve muhafa altına alma durumlarında çifte cezalandırma denetiminin yapılması ancak fiilin 2 yıldan çok hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi halinde ise buna gerek olmadığını düzenlemektedir¹¹⁷.

115 Bu tür sözleşmelere Fransa ve Tayland arasında imzalanmış olan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Sözleşme'nin 1.3.maddesi adli yardımlaşmaya konu fiil yardım talep edilen ülke mevzuatı açısından suç teşkil etmiyor olsa dahi istemin yerine getirileceğini düzenlemektedir: Sözleşme'nin orijinal metni için bkz. 11 septembre 1997, J.O., 23.06. 2000, s.9442, Décret no: 2000-553.

116 Fransa ve Paraguay arasında imzalanan 16.03.1997 tarihli, Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi J.O. 19.02.2003,s. 2967-2969.

117 Kanada ve Fransa arasında 15.12.1989 tarihinde imzalanan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi J.O.16.05 1991, s.6487.

İkinci grup olarak ifade ettiğimiz sözleşme türü ise ceza işlerinde adli yardım taleplerinin yerine getirilmesi için çifte cezalandırma denetiminin yapılmasını öngörmektedir. Bu nitelikteki sözleşmeler açısından yardım talep edilen tarafın mevzuatında o fiil için ceza öngörülmemiş oluşu talebin red sebepleri içerisinde sayılmaktadır ¹¹⁸.

B.3.c) Ceza yargılamasının nakli ve çifte cezalandırma ilkesi

Bunun yanı sıra birçok adli yardımlaşma formu açısından çifte cezalandırma ilkesinin öngörülmüş olduğu da gözlenmektedir¹¹⁹. Avrupa Hukuku'nda birçok çok taraflı metin çifte cezalandırma koşulunu öngörmüştür. Bunları kısaca özetlersek:

Kovuşturmanın nakli amacı ile Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan 1972 tarihinde Ceza Yargılamasının Nakli Sözleşmesi (Convention Sur La Transmission des Procédures Répressives)'nin 2-1 Maddesi uyarınca: “*Taraf Devletler diğer taraf Devlet kanunlarına göre suç sayılan bir fiili kendi kanunları çerçevesinde kovuşturabilir*”¹²⁰. Bu madde hükmü incelendiğinde Sözleşme'nin, dolaylı olarak, çifte cezalandırma ilkesini benimsediği söylenebilir. “Kendi kanunları çerçevesinde” maddi ceza hukukunun yanı sıra ceza yargılaması hukuku kurallarını da kapsayan bir ibaredir¹²¹.

B.3.d) Şartla mahkum edilen veya şartla salıverilen suçluların gözetimi meselesi ve çifte cezalandırma ilkesi

Çifte cezalandırma ilkesi diğer çok taraflı Avrupa anlaşmalarında da görülmektedir. 30 Kasım 1964 tarihli Şartla Mahkum Edilen veya Şartla Salıverilen Suçluların Gözetimi Hakkında Avrupa Sözleşmesi (Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition) taraf devletlerden birinde ikamet eden ancak diğer bir taraf Devlet sınırları içerisinde bulunan hükümlülerin şartlı salıverilme müessesesinden faydalanmaları amacıyla imzaya açılmıştır.

118 Bu türdeki sözleşme hükümleri için bkz. : Fransa ve Cibuti arasında imzalanan Ceza İşlerinde Karşılıklı İşbirliği Sözleşmesi, J.O.16.05 1991,s.6487.

119 PRADEL J.; CORSTENS G, No:98.

120 Metnin tamamı için bkz. <http://conventions.coe.int>.

121 PRADEL J; CORSTENS G., No33.

Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca adli yardımlaşmaya konu olacak suç iki taraf Devlet mevzuatı uyarınca da cezalandırılmış olmalıdır. Öngörülmiş cezaların ağırlık ya da niteliklerinin aynı olması ise olmazsa olmaz bir şart olarak öngörülmiş değildir¹²².

B.3.e) Hükümlünün nakli ve çifte cezalandırma ilkesi

Çifte cezalandırma ilkesinin ceza işlerinde adli yardım taleplerinin reddi sebeplerinin içerisinde telakki edildiği bir diğer müessese ise hükümlülerin naklidir. Belçika, Fransa, Hollanda, Almanya ve İsveç gibi ülkelerin hapishanelerinde yabancı uyruklu hükümlülerin sayılarının son derece yüksek olması hükümlülerin cezasının vatandaşı oldukları ülkelerde infazı taleplerini de beraberinde getirmiştir¹²³.

Hükümlünün cezasının infaz edildiği ülke ile vatandaşı olduğu ülke arasındaki sosyal, kültürel ve iklim farklılıklarından doğan sorunlar, göç alan Avrupa ülkelerinde iki taraflı anlaşmalar ile çözümlenmeye çalışılmıştır¹²⁴. Hükümlülerin Nakli Hakkında Avrupa Sözleşmesi (HNHAS) ise Avrupa Konseyi bünyesinde taraf ülke vatandaşlarının bu haktan yararlanmalarını sağlamak amacıyla hazırlanmış ve 21 Mart 1983 tarihinde imzaya açılmıştır¹²⁵. Sözleşme'nin 3.1 d maddesi hükümlünün işlediği fiilin nakledilen ülkede de ceza müeyyidesini gerektirmesini nakil için gerekli saymıştır.

IV. SONUÇ

Modern dünyanın ekonomik, sosyal ve teknolojik alanlardaki gereklilikleri dünya milletleri arasındaki ilişkileri arttırmakta ve bu durum Devlet'in sınırlarını geçilmez ve ulaşılmaz olmaktan çıkartmaktadır. Günümüzde ekonomi, ticaret, bilim ve hatta spor bir uluslararasılaşma sü-

¹²² PRADEL J.; CORSTENS G., No 56.

¹²³ Bulletin d'information pénologique, no:19 ve 20, 1994-1995, Conseil de l'Europe, s.81. Bahse konu bülteneye göre 1994 yılı itibari sayılan bu ülkelerin hapishanelerinde bulunan hükümlülerin %20 ila 30'u yabancı ülke vatandaşıdır.

¹²⁴ Fransa Fransızca konuşan Afrika ülkeleri ile bu gibi iki taraflı sözleşmeler imzalayarak soruna çözüm getirmeye çalışmıştır.

¹²⁵ HARREMOES H., *Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe : le transfèrement des personnes condamnées*, RSC. 1983,s.235.

reci yaşamaktadır. Gelişen teknoloji, ulaşımdaki kolaylıklar, bilişim sektöründeki etkileyici gelişmeler suçun ve suçluluğun da uluslar arası nitelik arz etmesine neden olmuştur. Özellikle organize suçluluk karşısında Devletlerin klasik ceza hukuku mekanizmaları etkisiz kalmakta ve çözüm olarak bazı özel usuller ön plana çıkmaktadır. Ceza işlerinde karşılıklı yardımlaşma veya işbirliği sınır ötesi suçlarla mücadelede etkin bir çözüm olarak ortaya konulmuştur. Diğer yandan yargılama ve cezalandırma yetkisi tarih boyunca Devletler açısından oldukça nazik ve taviz verilemez konular arasında yer almıştır. Günümüzde yabancı bir adli makamın bilgi talep etmesi veya bu makamdan bir ceza yargılaması işlemini yapmasının istenmesi klasik anlamıyla egemenlik kavramı açısından kabul edilebilir hale gelmeye başlamıştır. Bu noktada adli yardımlaşmanın etkin bir şekilde kullanılması, işleyişlerinin pratik hale getirilmesi ve yeni uygulamalarla suça karşı mücadelelenin kuvvetlendirilmesi hayati rol oynamaktadır.

Ceza işlerinde adli yardımlaşma konulu ikili ve çok taraflı sözleşmelerde bugün dahi oldukça fazla sayıda red sebebi bulunmaktadır. Bunun en temel nedeni birçok Devlet'in eski bazı tereddüt ve çekincelerden tam anlamıyla kurtulamamış olmasıdır. Bununla birlikte bölgesel adli yardım sistemlerinde Devletler arası adli işbirliğinin daha pratik ve etkin bir şekilde uygulandığı gözlemlenmektedir. Örneğin Avrupa Birliği bünyesinde öngörülen birçok adli yardımlaşma şekli klasik kuralların sorgulanmasına dahi yol açmıştır. Vatandaşın iade edilemeyeceği prensibinin dahi gelecek on yıllarda tamamen yok olabileceği dahi düşünülmelidir. Nitekim Yeni Türk Ceza Kanunu, Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın doğuracağı yükümlülüklerin, bir Türk vatandaşının iadesine neden olabileceği yönünde bir hüküm içermektedir. Sözleşmeler, ortak tutumlar, kararlar veya çerçeve kararların sayısı ve nitelikleri ne olursa olsun önemli olan ceza işlerinde adli yardımlaşmanın uygulanıyor olmasıdır.

Uygulama açısından hayati önem taşıyan nokta ise Devletlerin işbirliği iradeleridir. Günümüzde bazı ülkeler işbirliğini kendi varlık nedenini tehdit eden bir unsur gibi algılamaktadır. Oysa ki suç ve suçtan elde edilen gelir uzun vadede bu ülkeler açısından da ciddi bir tehlike olmaya başlayacaktır. Ceza işlerinde adli yardımlaşmanın sadece suçluların ia-

desinden ibaret sayıldığı da bir gerçektir. İşte bu nedenledir ki suçluların iadesine ait birçok prensip ceza işlerinde adli yardımlaşma ile ilgili metinlerde de yer almıştır. Oysa suçlunun iadesi adli yardımlaşmanın bir alt kümesi olduğu unutulmamalıdır. Her sistemin kendine has bazı özellikler arz ettiği gerçeği dikkatten kaçırılmamalıdır. Delilden faile gitmenin bir usuli zorunluluk olduğu ve delilin kimi zaman ülke sınırları dışında da bulunabileceği kovuşturma makamları tarafından yadsınmamalıdır. Devletler ise yargılama hukukundan doğan garantileri ihlal etme kuşkusu ile adli yardımlaşma sistemlerini kullanma hususunda tereddütte düşmemelidir. Unutulmamalıdır ki suçlunun iadesi dışında hiçbir adli yardımlaşma sistemi kişinin hürriyeti üzerinde doğrudan sonuç doğurabilecek bir etki taşımamaktadır.

10. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 29 Eylül - 5 Ekim 1969)

Çeviren Stj. Av. Burak Candan*

Konular:

- 1. Tehlike Suçları.**
- 2. Ceza davasının iki bölüme ayrılması.**
- 3. Cezanın belirlenmesi ve uygulanmasında hâkimin rolü.**
- 4. Suçluların ülkelerine iade edilmeleriyle ilgili güncel problemler**

I. Bölüm Tehlike Suçları

Teknolojik ilerlemeler ve sosyal hayatın gereksinimlerinin değişmesi neticesinde kişiler arasındaki ilişkilerin uluslararası hale gelmesi, ceza mevzuatında tehlike suçlarının sayısı ve öneminin artmasına neden olmuştur.

Tehlikelerin artması, kanun koyucunun, kişilere veya malvarlığına karşı ihlalleri engellemek için hukuk sistemini değiştirmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Bütün insanlar arasında dayanışma oluşturulmaya çalışılırken, insan eşitliğinin sağlanması bireyselliğin artmasına neden olmuştur.

Kabul Edilenler:

Tehlikeli suçların cezalandırılması ceza hukukunun genel prensiplerine aykırı değildir. Ancak cezalandırma, kanunilik ilkesine uygun olmalı ve özellikle çok genel, soyut veya belirsiz kavramlar kullanılmamalı;

Tehlike suçlarının cezalandırılması sadece ceza niteliğinde olmayan önleyici tedbirlerin yetersiz olması halinde kabul edilmeli;

“Varsayılan tehlike” sistemi ölçülü olmalı ve karinenin ortadan kaldırılması için delil sunma olanağı olmalı;

* İstanbul Barosu'nda Stajyer Avukat

Öneriler:

Cezai koruma, barışa ve insanlığa karşı suçlar gibi kişisel değerleri veya toplumsal temelleri koruyucu nitelikte olmalı;

Suç sayılan fiillerin belirlenmesinde kanunilik ilkesi katı bir şekilde uygulanmalı, mesleki olarak sorumlu tutulacak kişilerin veya tehlike şekillerininin açık bir şekilde belirlenmeli;

Tehlike suçlarının cezalandırılmasında hâkime en etkili olabilecek cezayı, güvenlik tedbirleri veya toplumsal müdahaleyi belirleme yetkisi verilmeli.

II. Bölüm**Ceza Davasının İki Bölüme Ayrılması:****Giriş**

Kongrede temsil edilen ülkelerde çok sayıda ve farklı ceza sistemlerinin uygulanması, belirli bir metot önermeyi imkânsız kılmaktadır. olmasını önermek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, belirtilecek olan öneriler genel niteliktedir.

Her ceza sisteminde yapılacak uyum çalışmalarında, hukuki düzenlemelerin “corpus juris” ve genel amacına uygun davranılmalıdır.

Kararlar

1. Hâkim, en azından tehlikeli suçlarda, kusurluluk ve maddi olay açısından delilleri inceleme ve ilk bölümde tartışma hakkına sahip olmalıdır. Diğer bir deyişle delilleri suçun objektif ve subjectif unsurları açısından değerlendirebilmelidir.

Böyle bir durumda, mahkeme bu bölümde uygun yaptırımını belirlemek adına sanığın kişiliğini irdelememelidir, sadece belirli durumlarda bu incelemeyi yapabilir. (örneğin zihinsel bir hastalık kusurluluğu ciddi şekilde etkilediğinde, ilk aşamada bu durumun incelenmesi gerekebilir.)

2. Davanın iki bölüme ayrılması, delillerin incelenmesinin ve itirazların incelenmesi ya da ikinci bölümün yargıç tarafından belirlenecek olan ileri bir tarihe bırakılmasıyla gerçekleşir.

Davanın ertelenmesi, mümkün olan en yakın zamana olmalıdır. Bazı sistemlerde, yaptırıma ilişkin sorunların incelenmesi için şüphelinin rızasının alınması aranmaktadır.

3. Yaptırımın belirlenmesi amacıyla toplanan bilgiler (şüphelinin kişisel ve ailevi durumu kastedilmektedir) mümkün olduğu ölçüde ortaya çıkarılmamalıdır. Bu bilgiler suçun işlendiğinin kabul edilmesinde önce hakime bile açık olmamalı ve bilgilerin herkes tarafından bilinmesi, şüpheli için zedeleyici ve zarar verici ise bu bilgiler kamu ile paylaşılmamalıdır. Sanığın kişiliği göz önünde bulundurularak gerçekleştirilen araştırmalar ve sonuçları, daha sonra savunma avukatı ve savcının gerektiğinde başvurabileceği şekilde, gizlice dosyalanmalıdır.
4. Ceza davaları iki ayrı bölüme ayrıldığında, ikinci bölüm, aynı hukuki otorite tarafından yürütülebileceği gibi, yaptırımı belirlemeye yetkili başka bir hukuki otorite önünde de yapılabilir. İkinci durum söz konusu ise, özel yeterliliğe sahip kriminoloji uzmanlarının suçlunun kişiliğinin adli makamlar önünde değerlendirilmesinden sonra bu aşamayı gerçekleştirmeleri gerekir. (Büyük bir çoğunluk ilk seçeneği tercih etmektedir.)
5. İkinci bölümde, sanığın kusurluluğuna dair şüpheleri artıran yeni delillerin ortaya çıkması durumunda, hüküm bu deliller ışığında yeniden ele alınacaktır.
6. Eğer dava iki bölüme ayrılırsa, öngörülen yasal bütün garantilerin ikinci bölüm sırasında da dikkate alınmalı ve yaptırım gerekçeli olmalıdır.

III. Bölüm

Cezanın Belirlenmesi ve Uygulanmasında Hakimin Rolü

1. Cezanın ve güvenlik tedbirlerinin belirlenmesinde hakimin dikkate alması gereken unsurlar, en azından genel bir şekilde kanunla belirlenmelidir.
2. Masumiyet karinesi, insan şahsına ve İnsan Hakları Sözleşmesi'ne saygı göstererek hâkim, bir durumu suç olarak nitelendirmek ve suçlunun kişiliğini açıklamak için, sosyal ve fen bilimlerini dikkate almalıdır.

3. Cezanın ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması için kullanılan metotlar kanunla düzenlenmelidir. Bir ve ikinci bölümlerin sonuçlarına göre, hakim, gerekçeli karar vermelidir.
4. Hakim, cezanın ve güvenlik tedbirlerini uygulanmasında, savcı ve savunma avukatına danışmalıdır.
5. Hakimin kararını belirleyen cezanın ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının gerekçeleri belirlenmelidir.

Ceza yargılamasının sorumlulukları, konusunda böyle bir sorumluluğu alan hakime gerekli eğitimin verilmesi gerekir.

IV. Bölüm

Suçluların İade Edilmeleriyle İlgili Güncel Problemler

Suçluların iadesi, suç ile mücadelede dünyaca kabul edilen bir kurum olduğu kabul edilerek;

İade hukukunun gelişimi, sadece iade hukukunun teknik gelişimini değil, aynı zamanda uluslararası hukukun genel prensiplerindeki değişiklikleri, uluslararası ceza hukukundaki yenilikleri, adli politikadaki ve insan haklarının tanınmasındaki yeni prensipleri de göz önünde bulundurması gerektiği kabul edilerek;

Öneriler sıralanmıştır:

I

İadeyi düzenleyen esaslar bütünüyle ulusal düzeyde değerlendirilmemeli ve uygulanmamalıdır.

II

Arzu edildiği takdirde devletler, uluslararası sözleşmelerin olmadığı durumlarda bile iade için başvuru yapabilmelidir.

III

Mütekabiliyet (karşılıklı olma) durumları, adalet talebiyle kanuna bağlanmamış olup, bunun iade kanunu içerisinde katı bir kuralmış gibi ileri sürülmemesi istenilmektedir.

IV

1. Genel olarak, “çifte suçluluk” prensibi, suçluyu ülkesine iade etmeye zorunluluğu oluşturan bir durum olarak kabul edilecektir.
2. Bununla birlikte, eğer talep eden Devlet’in belirli koşulları baskıyı gerektiriyorsa ve talebin yöneltildiği Devlet’in kamu düzeni buna karşı çıkmıyorsa, bu prensip göz ardı edilebilir.
3. Aynı zamanda, iade için elverişli olayların talep edilen ifade içerisinde (in concreto şeklinde) cezalandırılabilir olma zorunluluğu anlaşılmalıdır.
4. a) İade talebinin altında yatan suçlayıcı unsurların, talep edilen ifadenin kanunu doğrultusunda (in abstracto şeklinde) cezalandırılabilir olduğunu bildirmek memnuniyet verici olabilir.

Sadece güvenlikle ve eğitimle ilgili tedbirlerin göz önünde bulundurulması durumu dışında, eğer ortada savunmanın kişinin olayı gerçekleştirmediğine dair apaçık haklı nedenleri mevcutsa, iade talebini geri çevirmek mümkündür.

b) Talebin altında yatan suçun sadece talebin yöneltildiği Devlet’in kanunları altındaki suç duyurusuyla cezalandırılabilir olması, iade için fark yaratmayacaktır.

c) Talebin yöneltildiği Devlet ve bu Devlet’in kanun yönergeleri doğrultusunda tanınan genel affın - suç, talep edilen ifadenin yetki alanına farklı bir başlıkta sebebiyet vermediği sürece- iade açısından bir önemi bulunmayacaktır.

V

1. Talebin yöneltildiği ülkenin kanunları altında, suç siyasi bir suç teşkil ediyorsa, iadenin reddine izin verilecektir.
2. Eğer ilgili suç insanlığa karşı bir suç, savaş suçu ya da 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde geçen önemli ağır suçlardan birini teşkil ediyorsa, kimse bu reddin kabulü zeminine itimat etmemelidir.
3. Eğer ortada, aranan kişiye ilişkin olan prosedürün, cezai sürecin, insan haklarını koruyucu bir görüşle, uluslararası seviyede kabul gören minimum standartlarını karşılayan hukuki teminatını ver-

mediğine dair korkuları doğrulayan inkar edilemez olgular mevcut ise ya da aranan birey cezasını insani olmayan koşullar altında çekecek ise, siyasi suç istisnası, talebin yöneltildiği ülkenin talebi reddetmesine izin veren genel kurallar altından düzenlenecektir.

4. Savaş suçları durumunda, iade reddedilemeyecek ve zamanaşımı ileri sürülemeyecektir.

VI

1. Mali, ekonomik ve askeri suçlar iadenin dışında bırakılmayacaktır.
2. Bu suçlar için, iadenin, özellikle askeri pakta mensup olan ya da ekonomik sistemi belirgin olan ülkeler arasında düzenlenmesi istenilmektedir.

VII

1. *a)* Talebin yöneltildiği devletlerarası suçun iade edilmemesi kuralını korumak isteyen ülke, yetkilisini kullanmalı ya da talepte bulunan ülkenin kararını uygulamalıdır. Başka bir deyişle, ülkesinde, bir seviyede gerekli yasal önlemleri benimsemelidir.

b) Mütekabiliyetin olmamasından dolayı iadenin kabul edilmemesi hususunda, ülkeler her suç için cezai yargılamasını gerçekleştirmelidir.
2. Talebin yöneltildiği ülkenin, yukarıda de bahsedilen suçlardan dolayı, kendi vatandaşını iadesine izin verilecektir.
3. Kendi vatandaşının devletlerarası suçtan dolayı iade edilmemesi prensibi geri çekilmeli, böylece kendi vatandaşı, yargılanmak üzere suçun işlendiği ülkeye gönderilmeli ancak, böyle durumlarda yaptırımın uygulanması hakkı ulusal devlette saklı tutulmalıdır.

VII

1. Yargılamada bu tarz bir değerlendirme yapılması bildirilmemiş ise, talebin, suçlayıcı unsurların değeri üzerinde çözümlenmeler yapan iade talebinde bulunan ülkenin son kararını temel aldığı durumlarda, cezai işlem amacı güden iade talepleri reddedilecektir.

2. Suçun esası konusunda, talebin yöneltildiği ülke ya da üçüncü bir ülke tarafından önceden karara bağlanmış olması durumunda iade reddedilecektir. Mahkumiyet durumunda iade, ceza infaz edilmişse, cezanın infazı devam ediyorsa, genel af ya da zamanaşımı ile ortadan kaldırılmışsa ya da iptal edilmişse reddedilecektir.

IX

1. Eğer istek gönüllü olarak dile getirilmiş ve hükümden önce ve bağımsız olarak seçilmiş bir müdafinin huzurunda belirtilmiş ise, sanık talepte bulunan ülkeye geri dönmek isteyebilir.
2. Gönüllü iade mecburi iade ile benzerlik gösterebilir.

X

İadeyi kolaylaştırmak adına, talepte bulunan ülkenin talebini doğrulayacak şekilde, topladığı delillere bağlı olarak iadenin koşullarını açıkça belirtmesi gereklidir. Eğer suçlamalar yeterliyse ve tutuklama ülkenin kendi kanunları altında iyi şekilde temellendirilmiş ise, inceleme sınırlı yapılmalıdır. Her anlamda iade talebinde bulunulan kişi, herhangi bir sınır olmaksızın, suçlamanın yanlışlığını beyan etmesine olanak tanıyan deliller getirme hakkına sahiptir.

XI

1. İade prosedüründe, insan haklarına saygı gösterilmelidir. İadesi istenilen kişinin, ilgili tüm ülkelere karşı kendisini müdafaa edebilme zorunluluğu vardır.
2. Eğer iadesi istenilen şahıs, ilgili ülkede, kendi insan haklarına saygı gösterilmediğini düşünüyorsa, bağımsız bir mahkemeye müracaat etme hakkına sahiptir.

Bu hakları garanti altına almak adına, iadesi talep edilen şahsın insan haklarının ihlal edilip edilmediğini belirleyecek olan uluslararası bir mahkemenin kurulması planlanmaktadır.

XII

1. Suçlanan ya da mahkum edilen kişinin iadesi, iade prosedürünün kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmek zorundadır. İadesi

talep edilen kişinin, talepte bulunan ülkeye iadesinde zor kullanmaya ve hileye başvurmaktan kaçınılmalıdır. Aynı şekilde, iadesi talep edilen şahsı, kendisini cezalandırmak amacıyla arayan ülkeye doğrudan ya da dolaylı olarak yönlendirmesi uygun ise, prosedüre bağlı olarak gerçekleştirilen iadeye ya da şahsın sınır dışı edilmesine izin verilmemektedir. Bu son kural, suçun işlendiği ülkenin sınırları içerisindeki sınır dışı etme hakkını bağlamamaktadır/ilgilendirmemektedir.

2. Sanık, sınır dışı edildiği için ya da iadenin bertaraf edilmesi amacıyla dava açmak istediği takdirde, kaldığı ülkedeki ya da kendisine karşı dava yürüten ülkedeki hakime başvuru yapmalıdır.
3. İade talebinde bulunulan ülke, kişinin kaçması, güç kullanması gibi durumlarda cezalandırma hakkını kullanabilir.
4. Örneğin ilgili ülkelerin adli mercileri arasındaki yazışmalar kabul edilerek ve iadesi talep edilen kişinin, Art. IX.1.'de öngörülen koşulları kabul etmesine izin verilerek, iade prosedürlerini feshetmek için olan eğilimler hassas bir sadeleştirmeye azaltılmalıdır.

XIII

1. Yargılamayı yapan devlet talep ettiğinde, mahkum edilen kişinin kendi sınırları içerisinde kalması durumunda, kökenin bağlı olduğu ya da ikamet edilen ülkede kararın uygulanmasıyla, bu şekilde, uluslararası işbirliğinin belirli kurallara bağlı olması ve iade kurallarına aykırı bile olsa kabul edilebilir olması sağlanmalıdır.
2. Eğer suçlu bulunan kişi, yargılama yapan devletinden başka bir ülkede ikamet ederse ve bu devlet, eğer belirtilen durum için aldığı tedbirlerin uygun olduğuna kanaat getirirse, hükmün uygulanması için iadeyi talep edebilir.
3. Tam tersi bir durumda, ikamet edilen ülke tarafından da hükmün uygulanması talep edilebilir.

XIV

İadesi talep edilen kişinin iade edilmeyeceği durumlarda, özellikle, bu kişinin uyruğu ve ikamet durumu ya da suçunun cezası iadeye uy-

gun değilse, uluslararası görüşmeler sayesinde ya da iç hukuk çerçevesinde gerekli tedbirlerin alınması yoluyla, ikamet edilen ülkenin ceza davasını sürdürebilmesi için olasılıkları artırmak uygundur.

Tamamlayıcı Kararlar

Suçluların ülkelerine iade edilmeleri konusunda, insanlık tarafından çok arzu edilen, uluslararası ceza kanununun bir parçası olacak uluslararası ceza yönetmeliği oluşturulmasında, aşağıdaki maddeler arzu edilmektedir:

- Devlet içinde aynı ideolojik görüşe ve kanun koyma eğilimine sahip olan gruplar iade konusunda yapılan çok taraflı toplantılarda sonuca ulaşmak için makul çabayı göstermelidirler.
- Uluslararası ceza mahkemesine getirilmeden önce, bu görüşmelerin uygulamalarını ilgilendiren davalar zorunlu ya da en azından seçime bağlı olmalıdır.

Evrensel bir iade sözleşmesinin kabulü, ileride evrensel uluslararası ceza mahkemesi sınırları içerisinde nelerin yargılanabileceğini belirleyen bir uygulama elde etmek adına ideal olabilir.

11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 9-14 Eylül 1974)

Çeviren Av. Hüseyin Altaş*

I. Bölüm Ceza Hukukunun Yöntem ve Araçlarının Gelişimi

I

Bastırma ve ödetmeye dayanan geleneksel ceza hukuku gittikçe eleştirilmekte ve yerini kişinin topluma kazandırılması ve yeniden eğitime dayanan bir sisteme bırakmaktadır. Bu yeni ceza siyasetini, araçlarını ve metotları tanımlayarak geliştirmek ve modernleştirmek gerekir.

Bu ceza siyaseti öncelikle şu 3 temel gereksinimi karşılamalıdır:

- 1) Amaca en az baskı, en yüksek etkililik ve yeniden eğitim olanakları ile ulaşma;
- 2) İnsancıl değerler çerçevesinde temel hakları ve insan onurunu koruma;
- 3) Yargılama hakkını ve yargılama sürecini bütün sonuçlarıyla düzenleyen usul yasaları güçlendirme.

Aynı zamanda, suçla mücadele konusunda araçların ve metotların belirlenmesinde sadece hukuk bilimine dayanan bir yaklaşımın ötesinde bütün sosyal bilimlerin uzmanları ile işbirliği içinde olunmalı ve suç önleme politikası konusunda teknik gelişmelerden de yararlanılmalıdır.

II

Suçla mücadele siyasetinin tanımı yapılırken, suçun karmaşık sosyal bir olgu olduğunu dikkate alınmalı ve suçun sadece tek bir çözümün konusu olmadığı, tam tersine suçlu, somut olayı inceleyen ceza hakimini belirlediği ceza veya diğer yaptırımlar göz önünde bulundurulmalıdır.

* Avukat

III

İncelenmesi gereken birinci problem hürriyet bağlayıcı cezalardır; bunlar oybirliğiyle eleştirilmekte ve uygulama alanlarının olabildiğince daraltılması önerilmektedir. Günümüzde en azından bazı suçlar için hürriyeti bağlayıcı cezalar, yeni bir ceza sistemi düzenlenene kadar uygulanmaktadır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar hukukunda yaptırım olarak yerini korurken, şu konuları sistemli bir şekilde incelemek uygun olacaktır:

- Günümüzde hürriyeti bağlayıcı cezaların önemi ve amacı nedir? (bastırma ve yeniden eğitim süreci nasıl birleştirilebilir?)
- İnsancılık ve kanunilik prensiplerini koruyan pratik araçlar (tutuklunun durumu ve asgari kurallar problemi)
- Modern ve hümanist bir suçla mücadele sisteminde kesin yeri (uygulanacak başka bir yaptırım veya tedbir olmadığında son çare olarak uygulanmalı mıdır?)

IV

Temel çaba, hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar yerine farklı önlemler aramak olmalıdır.

- Var olan bazı yaptırımlar uygulanarak (hakkın kısıtlanması veya haktan yoksun bırakılması, tazminatlar veya disiplin cezaları)
- Suça karşı yeni yaptırım şekillerinin oluşturulması: özellikle bazı hafif suçlar veya belirli suçlu tipleri için;
- Denetim ve koruma tedbirlerinin uygulama alanının genişletilmesi;
 - Bireyselleştirme, denetimli serbestlik gibi
 - Sosyal veya kolektif özellik, bazı koruma merkezlerinin yardımı ile

Değişik şekillerde uygulanan bu önlemlere, bazı modern ülkeler, özellikle sosyalist ülkeler önem vermelidirler.

V

Ceza siyasetinin incelenmesi yenilenmesi, özellikle düzenli bir suçla mücadelenin detaylı incelenmesi:

- 1) Cezanın (veya cezai yaptırımların) uygulanmasının öngörüldüğü durumlarda: suçlama problemi,
- 2) Veya tersi durumlarda:
 - * hukuka aykırı davranışın ortadan kaldırılması (cezai yaptırımın prensip olarak kabul edilmemesi)
 - * var olan yaptırımların değiştirilmeli veya iyileştirilmesi (ceza-landırmama problemi)

Problemler zor ve karmaşık olduğundan, Kongre, değişik hukuk sistemlerindeki gelişmeler, edinilen deneyimler ve varılan sonuçlar hakkında bilgi alışverişinin derinleştirmeyi gerekli görmektedir.

II. Bölüm

Uyuşturucu Kullanımı ve Trafığı: Önlenmesi ve Bastırılması

Giriş

1. Ceza adaleti politikalarının belirleyicileri ve akademisyenler, bu genel raporun arkasındaki araştırma sonucunda elde edilen deneyim ve konferanslara katılan katılımcılarla yapılan çalışmalar sonucunda, pek çok ülkede uyuşturucu kullanımının önlenmesine yönelik yapılan düzenlemelerin geçici ve yeterli bilimsel temeli olmayan çok geniş bir alana yayıldığını tespit etmişlerdir.

A.I.D.P bünyesindeki bütün dünyadan gelen ceza sistemi belirleyicileri, uyuşturucu kullanımının önlenmesi konusunda üzerlerine düşen görevleri gayretle yerine getireceklerini ve bu sorunun çözümünde başrol oynayacaklarını beyan etmişlerdir. Bu anlamda, AIDP Kongresi'nin bütün üyeleri bu sorunla ilgili olarak kendi hükümetleriyle yaptıkları gibi uluslararası ve ülkesel bazda da bu sorunun çözümü için çaba sarf edeceklerini taahhüt etmişlerdir.

Sıradaki öneriler ve seçenekler bu amaç doğrultusunda birinci ve tamamlanmamış bir yardımı şekillendirmektedirler.

I. Uyuşturucu kullanımının yapısı

1. Bir sosyal sorunun yasal düzenlemelerle veya toplumsal kurullarla çözüme kavuşturulması geniş tabanlı somut bilgi gerektirir. Dünya çapında bir sosyal sorunu çözmek için de dünya çapında geniş bir bilgi ağı bulunmalıdır. Böylece, bütün ülkeler BM Uyuşturucu Maddeler Komisyonu'nun beyan ettiği şartlara öncelikli olarak uyacağını temin ederek çözüm bulunmuştur.
2. Maliyetli araştırmaların çoğalmasından kaçınılırken, bu olaylar karşısında alkol ve uyuşturucu kullanımını içeren madde kullanımı nedenleri hakkında az şey bilinmektedir. Bu nedenle yapılan çalışmalar yarım kalmakta ve sonuçları yayılmaktadır.
3. Uyuşturucu kullanımının engellenmesi alanındaki zararların çoğu eksik sınıflandırma sistemi ve terminolojisinden kaynaklanmakta bu yüzden yeni kavramlaştırma ve sınıflandırma sistemi gerekli gözükmektedir. Hazırlık ve tartışma aşamasında kongrede şu terminolojiler kanıtlanmış ve yararlı bulunmuştur.
 - a) "madde kullanımı" terimi gözden geçirilmekte olan alanı işaret eder.
 - b) Madde kullanımı 2 farklı tür içerebilir:
 - 1) Önemli sosyal işlevsizliğe neden olan ya da buna etki eden yasal ya da yasa dışı madde kullanımı
 - 2) Bu şartları yerine getirmeyen madde kullanımı
 - c) kullanım terim, b) 1 altında belirtilen şartları yerine getirmekle kısıtlanarak kullanılabilir.

II- Uyuşturucu kullanımının kontrolünü amaçlayan mevzuat

1. Ülke raporları uyuşturucu suçlarına yüklenen cezalar arasında büyük bir farklılık olduğunu göstermektedir. Kültürel farklılıkların bu ayırım üzerinde etkili olup olmadığı fikri kuşkuludur, ülkelerin cezalandırma şemasının yeniden gözden geçirilmesi gereklidir. Hukuki düzenlemede, hukuka uygun hareket edenler ve hukuka aykırı üretenler, imal edenler ve ticareti yapanlar ile bireysel kullanıcılar arasında ayırım yapılmalıdır. Uyuşturucu madde

kullanıcılarını suçlu veya anormal olarak damgalamak sorunları çözmekten çok sorun yaratır.

Bu nedenle çözüm bekleyen:

- a) Bütün ulusal uyuşturucu yasaları gözden geçirilebilir ve değiştirilebilir
 - b) Bazı belirli ürünlerin uyuşturuculara nazaran cezalandırılması ya da suç olmaktan çıkarılması yoluna başvurulması mümkündür. Bu tecrübenin alkolle ilgisi dikkate alınmalıdır.
2. Uyuşturucu ile ilgili yasalar, belirli bir ülkede bulunabilir ya da geliştirilebilir, bu tarz yasaların sosyal politika meseleleri son derece duyarlıdır ve yarar ile bu tür yasalardan ortaya çıkan zarar çok önemlidir. Her ülke kendi bünyesinde bu tür yasaların etkinliğini ve bu yasalarla kurulan kurumları ve önerilen yasaları denetlemekle görevli kamusal bir kurum kurularak bu sorunu çözmelidir.

III- Yasanın Uygulanması

1. Birçok ülkenin de belirttiği gibi-örneğin ABD, Fransa, Bulgaristan- yasanın verimli olması görevlilere sıkı sıkıya bağlıdır. Sonuç olarak, ulusal ve uluslararası yasa uygulamasında eğitimcilerin bu konuda görevlendirilmesi yoluyla çözüme ulaşılmıştır. Sonuç olarak ulusal ve uluslararası uyuşturucu yasalarını uygulama programının görevli personelinin eğitilmesi ve uyuşturucu kullanımı konusunda başka çalışanlar oluşturulması, mümkün olduğunca bu alanın genişletilmesi yoluyla çözüm sağlanır.
2. Uyuşturucu ile ilgili yasaların etkinliği, dünyanın madde kullanımı sorunlarını çözmektedir. Şu anda, uyuşturucu kullanımının çözümlü konusunda üzerinde anlaşmaya varılan herhangi bir başarı kriteri bulunmamaktadır. Bir konudaki başarı başka bir konuda başarısızlık anlamına gelebilir. Sonuç olarak, amaca ulaşmak için, yasanın uygulanmasını kapsayacak şekilde ulusal çabaların başarı kriteri yaratılması, bu kriterin uyuşturucu kullanımının sonucu olan insanın işlevsizliğinin olduğunca önlenmesine ve ulusal kaynakların en az harcanmasına yöneltmesi önerilmektedir.

3. Bütün mümkün kriterler ışığında, madde kullanımının engellenmesi yerine zararlı nitelikteki maddelerin üretimi, imali ve dağıtımının kontrol edilmesi daha uygun bir yol olacaktır. Sonuç olarak, bağlantılı yasaların, özellikle amfitamin ve diğer psiko trop maddeler konusunda, bütün ülkelerde güçlendirilmesi gerekir.

IV- Uyuşturucu suçlarının tedavisi ve rehabilitasyonu

1. Uyuşturucu bağımlısı suçluların tedavisi ve rehabilite edilmesi cezalandırılmasından daha önemlidir. Sonuç olarak, devletlerin uyuşturucu bağımlıları için cezalandırma yerine alternatif bulması ya da cezayla bağlantılı olarak rehabilite edilebilir şartlar koyması gerekir. Bununla beraber, rehabilite şartları toplumun suçlu tarafından ortaya çıkabilecek tehlikelerden koruma amacıyla sadece suçlunun işlevsizliğini sona erdirmek için uygulanmalıdır.
2. Tedavi usulleri bir sorunun yanlış anlaşılması, bireysel karmaşa ve gereksiz ve ulaşılamaz amaçlara ulaşma üzerinde sık sık durur. Birçok madde kullanıcısı için, tıbbi tedavi olmaksızın yapılan rehabilitasyon çalışmalarından daha iyi bir yöntem belirlenmemiştir. Uyuşturucu bağımlıları için uygulanan bütün tedavi programları amaç, metod ve başarı oranı konusunda gayretle gözden geçirilmelidir.
3. Araştırmalar gösteriyor ki, tedavi yaklaşımlarının büyük bir bölümü çok sayıda uyuşturucu bağımlısının sorunlarının temelini inmeyi amaçlamaktadır. Devletler, uyuşturucu bağımlılığını engellemek konusunda daha etkin olabilmek için, farklı yöntemler uygulamak konusunda cesaretli olmalıdır.
4. Madde bağımlılığı büyük ölçüde sosyal bir problem, ara sıra da akıl sağlığıyla ilgili bir problemdir. Büyük ölçüde mümkün olduğunca madde bağımlıları için düzenlenen tedavi hizmetleri Adalet Dairesi ya da Bakanlığından Sağlık Bakanlığına veya Dairesine aktarılmalı.
5. Madde bağımlısı gençlerin eğitimi bazen korumanın istenen sonucu karşısında ters etki yaratabilir. En iyi yöntem, plan ve madde bağımlıları eğitim programlarının icrası çerçevesinde uygulanmalıdır.

6. Şu şekilde çözümlenmelidir ki; dünya genelinde elde edilen kolektif tecrübeyi temel alarak, bütün sistemlerin çabası, madde bağımlılarının sorununu çözmeye yardım etmeye ve toplumu madde bağımlılarından kaynaklanan tehlikelerden korumaya yönelik olmalıdır. Bu önemli ölçüde toplumun katılımını gerektirir.

V- Uluslararası uyuşturucu kontrolü

1. Bütün ülkeler, üretim, imal, ticaret, narkotik uyuşturucu ve psikotropik maddelerin ticareti veya tüketimi konularında bazı yollarla doğrudan ve buna ek olarak, buna bağlı problemlerin ikincil yönleriyle etkilenirler.
2. Uyuşturucu problemi bütün dünyayla ilgilidir ve bütün ülkeler ve ilgili uluslararası kuruluşlar ve organların artan işbirliğini gerektirir.
3. Ülkeler arasında işbirliği öncelikle şu şekilde ortaya koyulmalıdır:
 - a) 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Birleşmiş Milletler Tek Sözleşmesi ve 1972 Protokolüne katılım ya da bu sözleşmesinin onaylanması
 - b) 1972 tarihli Psikotrop Maddeler Hakkında Sözleşmeye katılım veya bu sözleşmenin onaylanması
 - c) Yasa uygulaması, adli görevler, bilimsel araştırmalar, tedavi-rehabilitasyon ve uyuşturucu bağımlılığını engelleyen diğer koruyucu uygun önlemler konusunda uluslar arası, bölgesel ve ikili düzeyde işbirliğinin artırılması
4. Uluslararası ve ülkesel bazda uyuşturucu madde kontrol planı baskıcı bir düzeyden sosyal bir düzeyeye getirilebilir.
5. Birleşmiş Milletler organizasyonlarının, onun uzmanlaşmış organlarının ve diğer uluslararası organ ve organizasyonların çeşitli çabaları karşısında, Birleşmiş Milletler' in garantörlüğünde işin temeli etkin bir koordinasyona bağlanmalıdır. Uluslararası organlar ve kuruluşların narkotik uyuşturucu ve psikotropik madde konusunda kontrolünde son aşamadaki etkin başarısı ile birlikte diğer uluslararası kontrol planı-mevcut sistemin güçlendirilmesi yanında- dikkate alınmalıdır. Örneğin bu doğrudan bir uluslararası kontrol planıyla gerçekleştirilebilir. Hesaba katılması gereken bir

diğer konu ise uluslararası kontrol planı ölçütlerinin daha geniş sosyal ve insani koruma sistemleri ile bütünleştirilmesidir.

6. Birleşmiş Milletler, uluslararası kuruluşlar ve bu konuyla ilgili kuruluşların özellikle psikotropik maddeler ve etkilerinin kamuda ve devletin büyük bir bölümünde potansiyel tehlike yaratması ve bu maddelerin acilen etkin ve güncel bir kontrol altında tutulması konularında eğitimi geliştirmeleri gerekir.
7. Bütün devletler uyuşturucu sorunu için tüm yönleriyle daha fazla veri ve bilgi paylaşımı sağlamak için teşvik edilmelidir bu şekilde kontrol sistemi bilimsel ve somut temellere dayandırılabilir.
8. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Maddelerin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi Fonu(UNFDAC) kaynaklarını tedavi müdahalelerine tahsis etmelidir. Bu nedenle UNFDAC' a bu amaca ulaşmak için bunların yanında kaynak artırımı tavsiye edilmektedir.

VI- AIDP Kongresi'nin hazırlanması konusunda tavsiye

Çoğunlukla, uluslararası karşılaştırma için sınıflandırılmış-sistematikleştirilmiş rapor yazımına yaklaşım bilinmemekle beraber, ulusal rapor-törlerin birçoğu anket tipi için dikkate değer bir heyecan yaratmışlardır; sınıflandırılmış-sistematikleştirilmiş yaklaşım burada kullanılmış ve gelecekteki bütün AIDP Kongresi'nin konuları, sosyal ve davranışsal bilim-ler ve ceza adaleti ve suçtan koruma konusunda ilerlemeler ile birlikte bilgilerin en üst düzeyde etkin problem çözümü için dünya çapında karşılaştırılabilir olmasını garanti edecek şekilde bu kapsamda hazırlanmıştır.

III. Bölüm

Mağdurların Suç Fiili Sonucunda Zararlarının Tazmini

Kongre ikna etmiştir ki,

Modern ceza politikasını ele alarak suç fiili sonucunda meydana gelen yasal ve sosyal eşitsizliğin düzeltilmesi anlamına gelen mağdurun zararının tazmini failin yeniden sosyalleşmesi hakkına belirli bir saygı çerçevesinde cezai müeyyideleri etkin bir biçimde desteklemektedir; ayrıca yine Kongre ikna etmiştir ki, özellikle faili meçhul davalarda, her-

hangi bir ceza prosedürü kapsamında olmayan ya da belirlenmiş ama çözülmemiş, etkin bir tazmin sosyal dayanışmanın modern kriterler temelli bir kamu görevi olarak karşımıza çıkar ve aşağıdaki çözümleri kabul eder:

A) Kamu fonlarından mağdurunun zararının giderimi

- I. Kongre katılımcılarının büyük bir çoğunluğu ilk etapta suç mağdurunun zarar tazminini Devlet ya da diğer bazı kamu kurumlarınca karşılanmasını tavsiye etmektedir. Kararın, zarar tazmini yasal bağımsız bir fon tarafından ya da özel bir kurul tarafından yönetilip yönetilmeyeceği, sosyal refah ya da sosyal sigorta kurumu varlığıyla farklı yasa koyuculara bırakılmalıdır.

Katılımcıların azınlığı kamu fonlarından zarar tazmini savunmakla beraber zarar tazmininin sadece tali yükümlülük olarak suçlunun birincil sorumluluğunu bıraktığı durumlarda olmasını tavsiye etmektedir.

Bazı katılımcılar kamusal tazminat düzenlemelerinin yapılmasını tercih etmemekte, mevcut kurumların uygun veya kamusal tazminatın ceza politikası açısından hedefini kaybettiğine inanmaktadırlar.

- II. Zararın kamu fonları tarafından karşılanmasını savunanlar, oluşturulan yeni kurumların yasa koyucuları tarafından aşağıdaki ilkelerin dikkate alınması gerektiğini tavsiye etmektedir:

1. Zarar tazmininin en azından, kasıtlı olarak hayata karşı işlenmiş suç fiili sonucunda meydana gelen zararı karşılaması gerekir. Mala karşı işlenen suç fiili karşısında zarar tazmini sadece suçlunun zararı karşılamasının katlanılmaz olduğu bazı belirli ciddi davalarda olmalıdır.
2. Hâlihazırdaki mağdurun zararının tazmin edilmesi gerekir. Buna ek olarak, suç fiilinden zarar gören ve mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişilerin de zararları tazmin edilmelidir.
3. Zarar tazmini yasal bir yükümlülük olmaksızın iyi niyetle yapılan bir iş değil yasal bir hak olmalıdır.

4. Eğer zarar tazmini devlet organı ya da kamu kuruluşu tarafından karşılanırsa, talep bir sonrakine aktarılır(cessio legis). Suçluya karşı bu ceza politikalarının uygulanmasında modern ceza hukuku ilkelerinin de dikkate alınması gerekir (mahkûmun yeniden sosyalleştirilmesi, ekonomik yönden zayıf failin korunması).
5. Diğer kaynaklar bir yana zarar tazmini için oluşturulan kamu fonu vergi gelirleriyle de oluşturulmalıdır.
6. Zarar tazmininin yargısal ya da yönetsel bir kararla mı verileceği ülkenin kendi yasa koyucusuna bırakılmalıdır. Benzer olarak, ulusal yasa koyucunun mağdura kamu fonundan tazminata hak kazanmasının bir olanak olarak mı yoksa bir gereklilik olarak mı düzenlenmesi gerekliliği yine ulusal yasa koyucuya bırakılmalıdır. Son olarak, savcının kamu fonundan bu tazminatın ödenmesini talep etme hakkının varlığını da ulusal yasa koyucuya bırakmak gerekir.
7. Yabancı ülkenin vatandaşları için de, ülke sınırları içinde(ya da o ülkeye ait bir gemi veya uçakta), mağdur olmaları halinde yukarıdaki 1. paragrafta belirtilen ilkeler kapsamında kendi ülkelerinin yasalarında bir karşılık aramaksızın o ülkenin vatandaşı gibi zararları tazmin edilmelidir.

B) Ceza yargılaması içerisinde mağdurun zararının tazmini (hukuk davası)

- I- Katılımcıların çoğunluğu tazmin talep eden mağdurların ceza yargılaması sırasında, her ne kadar sürecin birçok belli dezavantaj yarattığını kabul etsek de, tazminat talep etmeye yetkili kılınabileceği yönünde görüşlerini bildirmişlerdir.
- II- Bu sürecin ulusal yasa koyucu tarafından düzenlenmesinde aşağıdaki ilkeler dikkate alınmalıdır:
 1. Mağdurun hukuk davasını ya da şahsi dava seçme hakkı olmalıdır.
 2. Şahsi dava, sivil ve ceza yargılama usullerini karışım şeklinde içinde barındıran bir yapıda olması gerekmektedir.

3. Şahsi dava ve buna ek olarak mağdurun yerine savcıya bırakılıp bırakılmayacağı kararı ulusal yasama organına bırakılmalıdır. Görevi gereği mağdur olmuş kişilere tazminat ödenip ödenmeyeceği sorunu için de bu durum geçerlidir.
4. Şahsi dava mağdurların usule ilişkin hakları en azından delil ileri sürme hakkı, /yine ceza davasına ilişkin/ ve temyiz etme hakkı/ en azından tazminat talebi üzerine verilecek karar konusunda/ Sanık da şikâyetçi olarak aynı usuli haklara sahip olmalıdır.
5. Ceza mahkemesinin özel hukuk taleplerine karar verme yükümlülüğü tartışılmaya devam edilmektedir. Bununla birlikte, karar tazminat miktarı olarak uygun hukuk mahkemesine ya da sonraki özel ceza mahkemesine bırakıldığında, talebin haklı olup olmadığı üzerine verilen karar için şahsi hakkın sınırlandırılması gerektiği tavsiye edilmiştir.
6. Karar öncesi tazminat talebinin ifası mağdurun zararını en hızlı ve mümkün mertebede karşılamayı garanti altına almalıdır.
7. Şahsi davada ceza yargılaması sonucunda karara bağlanan tazminat, yabancı uygulama için verilen sivil yargı kararı ile aynı statüde olmalıdır.

C) Diğer araçlar vasıtasıyla mağdura ödenecek tazminatın artırılması
Dolaylı araçlar vasıtasıyla tazminatın artırımı:

1. Ön şart ya da ceza yargılamasının ya da cezanın infazının şartlı erteleme, erteleme ya da şartlı tahliye olarak tazminatla birlikte suçlunun ekonomik durumu da dikkate alınmalıdır.
2. Ceza olarak tüm ya da makul tazminatın dikkate alınması, hoşgörü ya da iyileştirme.

IV. Bölüm

Hava Taşıtlarının Kanuna Aykırı Yolla Ele Geçirilmesinin Engellenmesi

Uluslararası sivil havacılığın kullanılabilirliğini ve bu kapsamda modern toplum ve uluslararası iletişim açısından herkes için çok önemli bir yere sahip olduğunu dikkate aldığımızda, hukuka aykırı olarak uçak kaçırılması halinde ülkeler ve harekât yerinden çıkarılan gruplar arasında çıkan uyuşmazlıklara karşı özel bir koruma sağlamaktadır.

Uçak kaçırma, büyük ölçüde terörizmin bir çeşidi şeklinde tezahür eder; sivil havacılığın güvenliğine karşı eylemlerin engellenmesinin uluslararası düzeyde ele alınması 1970 tarihli Lahey Konvansiyonu ve 1971 tarihli Montreal Konvansiyonu ile olmuştur.

Bu nedenle, AIDP, 11. Kongresinde, bu konvansiyonları ulusal mevzuatlarına etkin bir şekilde almamış olan devletlere, bu konvansiyonların ulusal ve uluslararası düzeyde etkinliğini artırmak için gerekli düzenlemeleri yapmalarını tavsiye eder.

AIDP, Lahey'de ve Montreal'de kabul edilmiş olan bu konvansiyonların, konvansiyonlarda öngörülen suçların ciddi bir şekilde kovuşturulmasının sağlanması konusunda imza koyan ülkeler için bir zorunluluk yarattığını, erken af, genel af ve buna benzer uygulamaların bu konvansiyonların amacına ve ruhuna tam olarak uyulmadığının veya ruhunun ve amacının tam olarak anlaşılmadığının bir kanıtı olduğunu düşünmektedir.

Bu kongrelerde toplanan AIDP, hava taşıtlarının hukuka aykırı müsadereesine karşı olan mücadele de, ülkeler arasında suçlunun ülkesine iadesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi fikri dahil, işbirliğinin sağlanmasına yönelik her türlü yol ve yöntemin geliştirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

12. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Hamburg, 16-22 Eylül 1979)

Çeviren Ar. Gör. Gülşah Kurt Yücekul*

Konular:

- 1. Taksirle işlenen suçlar. Önleme ve suçluların iyileştirilmesi**
- 2. Çevrenin ceza hukuku aracılığıyla korunması.**
- 3. Ceza muhakemesinde insan haklarının korunması**
- 4. Uluslararası ceza hukukunda dokunulmazlık, ülkedışılık ve sığınma hakkı**

I. Bölüm

Taksirle İşlenen Suçlar. Önleme ve Suçluların İyileştirilmesi

Hamburg'da düzenlenen XII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresine Katılanlar,

Çağdaş dünyada, toplumsal değişimin yanı sıra, bilimsel ve teknik ilerleme karşısında ceza hukukunun amaçlarının önemini bilerek,

Taksirle işlenen suçların sonuçlarının, önemli bireysel ve sosyal değerler ve refah bakımından giderek artan bir tehlike oluşturduğunu teyit ederek,

Taksirle işlenen suçların önlenmesi ve sayılarının azaltılmasında uygulanacak mükemmelleştirilmiş biçimlerin ve yöntemlerin, yukarıda belirtilen değerlerin ve refahın korunmasında çok önemli bir unsur olduğunu kabul etmektedir.

Dikkatsizlik ve tedbirsizlikle işlenen suçların önlenmesinin ve azaltılmasının, genel anlamda suçun önlenmesi ve azaltılmasının ayrılmaz bir parçası olduğu göz önüne alınarak,

aşağıdaki kararlar kabul edilmiştir:

* Galatasaray Üniversitesi Ceza Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

1. Çağdaş dünyada taksirli suçların işlenmesini kolaylaştıran sebeplere ve koşullara daha fazla dikkat edilmelidir.

Karayolu trafiği başta olmak üzere, ulaşım alanında ve özellikle iş güvenliği, yeni enerji türlerinin ve malzemelerinin kullanılması ve çevrenin korunması gibi taksirle işlenen suçların giderek daha fazla tehlike oluşturacağı sosyal yaşamın diğer sektörlerinde bu suçların işlendiği koşulların araştırılması yönündeki çalışmalara özel bir önem verilmektedir.

2. Taksirle işlenen suçlarda, suçun işlenmesini kolaylaştıran kriminogen etkenlerle mücadele edilmesi ve bunun yanında, görev ve kuralara bağlılık bilincini artırmak, dikkat standartlarına gereken önemin verilmesini sağlamak amacıyla toplumun eğitilmesi en temel strateji olarak benimsenmelidir.

3. a) Taksirle gerçekleştirilen bir eylemin suç teşkil edip etmeyeceğine karar verilirken, bu yöndeki bir kararın ekonomik, sosyal ve toplumsal gelişime somut etkisi olan bütün unsurlar üzerindeki sonuçları her yönüyle göz önüne alınmalıdır.

b) Toplumsal açıdan, sosyal ve bireysel değerler ve refah için zarar doğuran en ağır derecedeki taksirli fiiller olarak değerlendirilen haller, ceza hukukunun ihlali olarak kabul edilmelidir.

c) Daha hafif derecedeki taksirli fiiller idari veya hukuki yaptırımların konusu olmalıdır. Bu tür daha hafif fiillerin önlenmesi ve caydırma amacıyla bağlantılı olarak toplumsal ve eğitici tedbirler geniş ölçüde uygulanmalıdır.

4. a) Taksirle işlenen fiillerden dolayı cezai sorumluluk, güvenlik ve dikkat yükümlülüğünü ihlal eden davranışla verilen zararın ağırlığı, öngörülmesi veya öngörülebilir olması, bunun gibi kanunda öngörülen hallerde; böyle bir davranışın doğuracağı tehlikenin derecesi de dikkate alınarak yasayla düzenlenmiş, öngörülebilir, subjektif unsuruyla kusurluluk prensibine her zaman uygun olmalıdır.

b) Kişinin, hareketinin neticesini öngördüğü veya öngörebileceği haller hariç olmak üzere; hiç kimse hareketinin neden olduğu, kastedilmeyen neticelerden dolayı cezalandırılmamalıdır.

5. Taksirle işlenen suçlar için yaptırımlar tespit edilirken, suçlunun özelliklerine uygun ve yeterli çeşitlilikte yaptırımlar öngörülmesine dikkat edilmelidir.

Genellikle hapis cezası dışındaki yaptırımlara başvurulmalı ve hapis cezasına hükmedildiği halde de, yarı-serbestlik veya benzeri tedbirler uygulanmalıdır. Bir cezaya hükmedilmeyerek, kamu yararına çalışma ya da bir eğitim kurumuna devam etme yükümlüklerine karar verildiği haller de söz konusu olabilir.

6. Taksirle işlenen suçlar konusunda, bu suçların nedenlerine ve hangi koşullarda ortaya çıktığına ilişkin çalışmalara, suçlu profillerinin oluşturulması ve suçluların sınıflandırılmaları ve önlenmelerine ilişkin yeterli ve çeşitli tedbirlerin geliştirilmesine özel bir önem verilerek, disiplinler arası bir temelde bilimsel araştırma yapılmalıdır.

Taksirle işlenen suçların önlenmesi ve sayılarının azaltılması konusunda, gelecekte, farklı milletlerden uzmanlar ve araştırmacılar arasında uluslararası koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması gerekli olabilecektir.

II. Bölüm

Çevrenin Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması

Başlangıç.

1. Çevrenin korunması, bugünün dünyasında acil çözüm gerektiren bir sorun haline gelmiştir. Bilimsel ve teknik başarılarıyla, kültürel ve eğitime dair gerçekleştirdiği ilerlemelerle övünen insanlık, kendi kendini yok etme tehlikesiyle karşı karşıyadır.
2. Bu nedenle, yaşamı ve yaşamın kalitesini, kendisini tehdit eden unsurlara karşı korumak için etkili tedbirleri almak gereklidir. Bu amaç, ekonomik gelişme ve çevrenin korunması arasında doğabilecek çatışmaların giderilmesini gerektirir. Bu amaç, aynı zamanda hem ulusal hem de uluslararası düzeyde eşgüdüm ve işbirliğini sağlamayı gerekli kılar.

Ulusal düzeyde tavsiyeler

3. Bu çerçevede, herşeyden önce çevreyi muhafaza etmek önemlidir. Başlıca görev, ceza hukuku dışındaki disiplinlerindir. Bununla birlikte, herşeyden önce, idare hukuku ve özel hukuk başta olmak üzere, ceza hukuku dışındaki disiplinlerin etkililiğini güvence altına almak için ceza hukukunun müdahalesi zorunludur. Bu anlamda, ceza hukuku bir taraftan yardımcı bir işleve sahiptir. Diğer taraftan ise; çevreye karşı ağır saldırılar söz konusu olduğunda ceza hukukunun, bağımsız bir görev üstlenerek müdahalede bulunması da gereklidir.
4. Çevrenin etkili bir şekilde korunması için, insan yaşamının ve sağlığının yanında su, hava ya da toprak gibi şu anda ceza hukukunca korunması gereken asgariyi oluşturan değerlerin de tanınması zorunludur. Bu korumayı en kısa sürede, özellikle hayvan ve bitki türlerinin yaşamı gibi değerleri ve aşırı gürültü ve titreşimlerle mücadeleyi de içine alacak şekilde genişletmek gereklidir.
5. Ceza özel hukuku bakımından, geleneksel düzenlemelerle sınırlı kalınmamalıdır, bunun yanında çevre konusunda özel hükümler getirilmesi ya da geliştirilmesi de gereklidir. Bu düzenlemeler, gerek idari hükümlere gerekse özel hukuk kurallarına, idari ve adli emir ve kararlara aykırı hareket edilmesi halinde ya da çevre için tehlike yaratan diğer durumlarda ceza yaptırımlarının uygulanmasını öngörmelidir.
6. Çevreye karşı ağır saldırılar en fazla tüzel ve gerçek kişiler, kamu kuruluşları veya Devlet kuruluşları tarafından gerçekleştirildiğinden, bunların ceza sorumluluğunu kabul etmek yahut hukuki ya da idari yaptırımlar yoluyla çevreye zarar vermeyecek şekilde hareket etmelerini sağlamak gereklidir.
7. Bireyler bakımından, yalnızca ihlal teşkil eden hareketi bizzat gerçekleştiren kişinin değil, aynı zamanda suçun işlenmesi yönünde talimatta bulunan veya buna izin veren idarecilerin ve kamu görevlilerinin de ceza sorumluluğunun düzenlenmesi gereklidir.
8. Etkililiği sağlama konusunda, yalnızca para cezaları ile sınırlı kalınmamalı, ancak hukuk sisteminin elverdiği çeşitlilik ölçüsünde;

üretimin geçici olarak yasaklanması, işyerinin kapatılması, mesleğin icrasının yasaklanması, mahkumiyetin kamuya açıklanması ve en ağır ihlaller için hürriyeti bağlayıcı ceza gibi yaptırım seçenekleri öngörülmelidir.

9. Çevre ceza hukukunu etkili hale getirmek amacıyla, uygun araçlarla suçların önlenmesi, tespiti ve kovuşturulmasını kolaylaştırmak gereklidir. Bir tedbir de, bu tür suçların önemi konusunda kamu vicdanını harekete geçirmektir.

Uluslararası Düzeyde Tavsiyeler

10. Çevrenin ulusal düzeyde korunması yeterli değildir. Gerçekte, çevrenin doğasından ötürü, kirliliğe yol açan fiiller, kaynakların aşırı kullanımı ya da çevreye yapılan diğer herhangi bir saldırı nedeniyle verilen zarar, özellikle açık denizler ya da kozmik alan gibi ulusal topraklar dışındaki yerleri de etkileyebilir.
11. Diğer taraftan, zarar verici fiilleri bir Devlet ya da yabancı bir kuruluş (bir gerçek kişi, tüzel kişi, gemi vb.) bir diğer ülkenin bulunduğu çevre zararına işlediği ya da bu fiillere müsamaha gösterdiğinde, hatta çevreye karşı saldırının uluslararası bir alanda yapılan dikkatsizlik, tedbirsizlik neticesi olması veya bir komşu ülkenin ulusal sınırlarında gerçekleşmesi hallerinde de koruma gerekliliği ortaya çıkar.
12. Bu nedenle ulusal mahkemeler tarafından ortak bir yaklaşım temelinde uygulanacak bir asgari toleransın ilkelerine, normlarına ve sınırlarına dair gelecekte bir uluslararası tanımın geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.
13. Çevreye karşı kasten gerçekleştirilen ve ağır nitelikteki fiillerin uluslararası suçlar olarak sınıflandırılması ve uygun şekilde cezalandırılması zorunludur.
14. Esas gelişmelerin sağlanması, bölgesel ve evrensel sözleşmelerin ve ulusal hukuk sistemleri için bir örnek oluşturacak çevre kanunlarının hazırlanmasına ve uygulanmasına bağlıdır. Bu sözleşmelerle, Taraf Devletlere çevre bakımından tehlike teşkil eden fiillere ceza yaptırımını uygulanması yükümlülüğü getirilmeli ve bu

hallerde iadeyi de içine alacak şekilde uluslararası yardım düzenlenmelidir. Bu sözleşmelerin bulunmadığı halde, ulusal hukukun ülke dışı uygulanması bir çözüm sunabilir.

15. Diğer taraftan, uluslararası toplumu etkileyen çevreye karşı saldırılarla ilgili olarak karşılıklı bilgi değişimi gereklidir. Mevcut kuruluşlar, faaliyet sahalarına çevreye yapılan saldırıları da eklemeleri konusunda teşvik edilmelidir.
16. Aynı zamanda, kanunlar ihtilafı meselelerinin, ulusal hukukların tek taraflı uygulamasından kaynaklanan gerilimleri azaltacak şekilde çözümüne dair ilkelerin belirlenmesi konusunda acil bir ihtiyaç bulunmaktadır.
17. Son olarak, öncelikle bölgesel mahkemelerin ve daha sonra bir uluslararası mahkemenin kuruluşu çerçevesinde Devletler arasında işbirliğini geliştirme ihtiyacı ortaya çıkabilecektir.

Sonuçlar

18. Yukarıda belirtilen tavsiyeler, gelişen ülkeler ve sanayileşmiş ülkelerin ortak çıkarları için çevrenin tek bir biçimde korunmasını sağlamak amacıyla her Devletin uyması gereken asgari koşullardır.
19. Kısa vadeli ekonomik yararlar ile uzun vadeli ekolojik yararlar arasındaki çatışma, bu ikincisi lehine çözülmelidir.

III. Bölüm

Ceza Muhakemesinde İnsan Haklarının Korunması

Başlangıç

AIDP, 16-22 Eylül 1979 tarihlerinde Hamburg'da düzenlenen XII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde,

Ceza muhakemesinde, her insanın doğuştan sahip olduğu haysiyetin korunmasının birincil derecedeki önemini dikkate alarak,

İnsan haklarına dair uluslararası ve bölgesel anlaşma ve sözleşmeleri ve bunlara ilişkin yetkili uluslararası makamlarca yapılan yorumları göz önünde bulundurarak,

Yasal metinlerde belirtilen insan hakları ilkelerinin ceza adaletinin işleyişinde her zaman tam olarak gerçekleştirilmediği gerçeğinin bilincinde olarak,

İnsan haklarının seçilmiş bazı alanlarında, belirli asgari gerekliliklerin açık bir şekilde tanımlanması yoluyla daha fazla güçlendirilmelerine katkıda bulunmaya çaba göstererek,

Temel teorik ilkelerin, hiçbir siyasi, ideolojik ve dini sınır dikkate alınmaksızın ve herhangi bir ayırım söz konusu olmaksızın bütün dünyada uygulamaya geçirilmesini umarak,

aşağıdaki kararları kabul eder:

1. Masumiyet karinesi.

Masumiyet karinesi ceza muhakemesinde temel bir ilkedir. Bu ilke aynı zamanda şu esasları da içerir:

- a) Hiç kimse, hukuka uygun olarak yargılanmadan resmen suçlu ilan edilemez veya mahkum edilemez;
- b) Suçlu olduğu hukuka uygun bir şekilde ispat edilinceye kadar hiç kimseye ceza ya da ceza benzeri bir yaptırım uygulanamaz;
- c) Hiç kimse suçsuzluğunu ispat etmek zorunda bırakılamaz;
- d) Şüpheden sanık yararlanır.

2. Usuli haklar (ya da “silabların eşitliği”)

Usuli işlemlerde savunmaya tam bir eşitlik tanınmalı ve savunma, gerek savcılık tarafından sunulan delilleri tartışmak ve gerekse kendi delillerini ortaya koyabilmek için etkili yollara sahip olmalıdır.

Savunmanın, muhakemenin her safhasında hakları konusunda bilgilendirilmesi zorunludur.

Bir suçla itham edilen herkes, kendisi hakkında verilen mahkumiyetin hükmünün ve yargısal kararın yasal olarak görevli bir üst mahkeme tarafından gözden geçirilmesini isteme hakkına sahiptir.

3. *Seri yargılanma.*

Ceza muhakemesi, sanığa savunmasını hazırlamak için yeterli süre verilmesi esasını ihlal etmemek koşuluyla seri bir şekilde yürütülmelidir. Bu kapsamda;

- a) ceza adaleti sisteminin etkili bir şekilde işlemesi için gerekli yapılar, kurumlar, kaynaklar ve personel sağlanmalıdır;
- b) Muhakemenin her aşaması için süre sınırları getirilmelidir;
- c) Çok sayıda sanık bakımından birçok isnadı içeren karmaşık ceza davalarının ayrılması mümkün olmalı ve bu imkan, makul olan her zaman bulunmalıdır;
- d) Bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki çabalar sürdürülmelidir;
- e) Farklı *ağırlıktaki* davalar için farklı ceza usulleri düzenlenmelidir;
- f) Cezai alanda karşılıklı yardımlaşma daha kolay hale getirilmelidir;
- g) Ceza muhakemesinin herhangi bir aşamasında kasten ya da tak-sirli olarak gereksiz gecikmelere neden olan kamu görevlileri hakkında idari tedbirler ya da disiplin tedbirleri uygulanmalıdır;
- h) Uzun süren muhakemeler nedeniyle mağdur olan kişiler, zararlarının karşılanmasını talep edebilmelidir;
- i) Usul ekonomisinin iyileştirilmesi ve ceza adaleti sisteminin etkinliğinin artırılması için ampirik araştırmalar ve çalışmalar yapılmalıdır.

4. *Delillere ilişkin sorunlar*

Delillerin güvence altına alınması amacıyla uygulanan ve kişi hakları ve özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bütün usuller ve yöntemler yasayla düzenlenmelidir.

Ceza muhakemesinde delillerin kabulünde; yargı sisteminin bütünlüğü, savunmanın hakları, mağdurun ve toplumun menfaati dikkate alınmalıdır.

- a) İşkence, insanlık dışı, onur kırıcı ve aşağılayıcı muamele gibi insan haklarının doğrudan ya da dolaylı ihlali suretiyle elde edilen deliller kabul edilemez.

b) İkrar, başka delillerle desteklenmediği sürece mahkumiyet hükmüne esas alınmaz.

5. *Susma hakkı.*

Bir suçla itham edilen herkes susma hakkına sahiptir ve bu hakkı kendisine bildirilmelidir.

6. *Müdafiden yararlanma*

Bir suçla itham edilen herkesin kendisini savunma ya da ceza muhakemesinin her aşamasında bir yasal temsilci seçme ve bu konuda bilgilendirilme hakkı vardır.

- a) Sanığın, kişisel durumu nedeniyle kendisini savunmaya ya da müdafii seçmeye imkan bulunmaması halinde veya karmaşık ve belli ağırlıktaki suçlara ilişkin davalarda yetkili adli makam tarafından adaletin ve savunmanın yararları için gerekli görülürse re'sen bir müdafii görevlendirilir;
- b) Sanığın yeterli mali imkanı bulunmaması halinde, görevlendirilen müdafiiin masrafları Devlet tarafından karşılanır.
- c) Müdafiiin, muhakemenin bütün önemli aşamalarında hazır bulunarak sanığa yardımda bulunmasına izin verilir.
- d) Müdafii veya sanık, savcılığın elinde bulunan lehte ve aleyhteki bütün delillere en kısa sürede ve en geç soruşturmanın tamamlanmasına kadar ulaşabilmelidir.
- e) Yakalanan ve tutuklanan herkes, müdafiiyle görüşme, yazıyla veya sözlü olarak müdafiiyle iletişimde bulunma hakkına sahiptir. Bu hak, yalnızca makul bir güvenlik gerekçesiyle yargısal bir makamin kararına bağlı olarak kısıtlanabilir.
- f) Ceza muhakemesinde insan haklarının korunmasını sağlamak için yasal araçlara başvuran hiç kimse bu nedenle olumsuz bir durumla karşı karşıya bırakılamaz.

7. *Yakalama ve yargılama öncesi tutuklama*

Hiç kimse keyfi yakalama veya tutuklamaya tabi tutulamaz. Aşağıda belirtilen nedenler ve usuller dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

- a) Suçlu olduğuna inanmak için makul nedenler bulunmaksızın hiç kimse yakalanamaz ve tutuklanamaz.
- b) Yakalama ve tutuklamaya ancak gerekli hallerde başvurulmalı ve bu tedbirlerin uygulanması, asgari hallerle ve asgari sürelerle sınırlandırılmalıdır.
- Suç işlenmesine devam edilmesi riski ancak ağır suçlar bakımından tutuklamayı haklı göstermelidir.
- c) Tutuklama zorunlu olmamalı ve bu tedbire yetkili yargısal makam tarafından karar verilmelidir.
- d) Mümkün olan hallerde tutuklama yerine aşağıdaki tedbirleri içerebilecek seçeneklere başvurulmalıdır:
- kefalet,
 - güvenilir kişiler veya gruplar tarafından güvence verilmesi,
 - hareket özgürlüğünün sınırlandırılması,
 - diğer kısıtlamalara tabi tutma.
- e) Yakalanan ya da tutuklanan kişi derhal, bir hakim yahut yasayla yargısal bir faaliyetin icrasına yetkili kılınmış bir görevlinin önüne çıkarılmalı ve hakkındaki suçlamalar kendisine bildirilmelidir. Yetkili yargı organının önüne çıkarıldıktan sonra, bu kişi yakalamayı gerçekleştiren makama tekrar teslim edilmeyerek, tutukevine gönderilmelidir.
- f) Tutulan kişiler, masumiyet karinesine uygun olarak geliştirici faaliyetlerde bulunma imkanına sahip olmalıdır.
- g) İdari tutuklamaya, hiçbir ceza muhakemesinin bir parçası olarak izin verilemez.
- b) Ceza mahkumiyetinden önce tutuklu kalınan günlerin sayısı, infaz edilecek ceza hesaplanırken dikkate alınır.
- i) Hukuka aykırı ya da haksız tutuklamaya maruz kalan kişiler zararlarının tazminini talep edebilmelidir.

8. Mağdurun hak ve yararları

Bir suçtan mağdur olan kişinin hak ve yararları korunmalı ve ayrıca mağdura aşağıdaki imkanlar tanınmalıdır:

- a) ceza muhakemesine katılma imkanı,
- b) şahsi menfaatini etkin şekilde koruma imkanı.

9. Uluslararası koruma

Hükümetler, insan haklarının korunması için uluslararası anlaşma ve sözleşmeleri onaylamaya, ilgili hükümleri iç hukuklarına geçirmeye ve bireylerin yetkili uluslararası organlara başvuru hakkı da dahil olmak üzere bu sözleşmelerin uygulanmasına dair bütün tedbirleri kabul etmeye davet edilmektedir.

Özel karar

Kongre, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nu aşağıda sayılanları kabul etmeye çağırmaktadır:

- a) İşkencenin Önlenmesi ve Kaldırılmasına Dair A.I.D.P. Sözleşmesi Tasarısı,
- b) İnsanlığın Güvenliği ve Barışa karşı Suçlar Hakkında Yasa Tasarısı olarak Birleşmiş Milletlere sunulan A.I.D.P. Uluslararası Ceza Kanunu Tasarısı,
- c) (Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu tarafından hazırlanan) Her Türlü Hürriyeti Bağlı Tedbir veya Cezaya Tabi Tutulan Kişilere Uygulanacak İlkeler Tasarısı

IV. Bölüm

Uluslararası Ceza Hukukunda Dokunulmazlık, Ülkedışılık (Exterritorialité) ve Sığınma Hakkı

I. Dokunulmazlık

1. Uluslararası hukukta uygulandığı şekliyle dokunulmazlık, devletler umumi hukukunun bir kurumu olmakla birlikte, Devletlerin ceza politikaları üzerinde geniş yansımaları bulunmaktadır. Ceza hukuku açısından bakıldığında, dokunulmazlığın, maddi ceza

hukukundan ya da ceza muhakemesinden bağışık olmayı ifade ettiği kabul edilebilir.

2. Hukuk güvenliği nedeniyle, dokunulmazlığın etki alanının olabildiğince belirlendiği bir tanımın uluslararası sözleşmelerle yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.
3. Ceza politikası düşüncesiyle, kademeli bir dokunulmazlık tercih edilebilir. Bu alanda, bazı suç kategorileri dokunulmazlık dışında tutulabilir. Böylece, genel dokunulmazlığa sahip kişilerin durumu hariç, örneğin trafik ihlallerinin dokunulmazlık kapsamı dışında bırakılması, ceza politikası gereklilikleriyle açıklanabilir.
4. Bir konferansa katılan diplomatlara ancak bazı çekincelerle dokunulmazlık tanınmalıdır. Dokunulmazlığın kapsamı ve kimlerin yararlanacağı; konferansı düzenleyen kuruluşa, katılımcıların sıfat ve dağılımına ve diplomatın konferans sırasında icra ettiği göreve bağlı olmalıdır. Hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla, her konferansın başlangıcından önce dokunulmazlıktan yararlanacak katılımcı sınıflarını ve dokunulmazlığın kapsamını belirlemek önemlidir.
5. Dokunulmazlık, bundan yararlanan kişiyi her türlü ceza muhakemesi tedbirinden bağışık tutacak şekilde uygulanmalıdır. Bununla birlikte, gönderen Devlet tarafından açıkça izin verilmediği hallerde, delillere ilişkin ön araştırmaya, dokunulmazlıktan yararlanan kişinin katılımını gerektirmediği ölçüde devam edilebilir.
Yine de, bu tür bir delil araştırması yapılırken dokunulmazlıktan yararlanan kişiye hazır bulunma hakkı tanınmalıdır.
6. Devletler arasında ceza hukuku bakımından yakın işbirliğinin sağlanması için, dokunulmazlıktan yararlananlara karşı dahi, bu kişilerin kural olarak muaf oldukları işlemlerin uygulanmaması kaydıyla, uluslararası adli yardıma izin verilir.
7. Kabul eden Devletin hukukunda yasal savunmaya izin verildiği sürece, dokunulmazlık bu hakkın kullanılmasını engellemez.
8. Dokunulmazlığa sahip kişinin kabul eden Devlette işlediği suçları, gönderen Devlet, kendi hukukuna göre kovuşturmakla yükü-

kümlüdür. Gönderen Devlet, aynı zamanda, ülke dışında işlenen bir suç bakımından (örneğin, kabul eden Devlette dokunulmazlığa sahip bir kişi tarafından işlenen uyuşturucu ticaretinin cezalandırılması) kendi ceza hukukunun uygulanmasını engelleyen sorunları da ulusal düzeyde çözmelidir.

9. Dokunulmazlık sona erdiğinde, kabul eden Devlet, dokunulmazlıktan yararlanan kişinin, bu dokunulmazlık devam ettiği sırada işlediği suçları, görev sebebiyle işlenenler hariç, kovuşturma hakkına sahiptir.
10. Bir uluslararası ceza mahkemesi kurulduğunda, bu mahkemeye, dokunulmazlıktan yararlanan kişinin, kabul eden Devlette dokunulmazlığı süresince işlediği suçları yargılama yetkisi tanınmalıdır.
11. Kabul eden Devletin talebi üzerine, uluslararası kuruluşlar, ağır suçlar bakımından kovuşturmanın mümkün olabilmesi için üyelerinin dokunulmazlıklarından feragat etmelidir. Bazı hallerde kovuşturma yetkisine sahip bir gönderen Devlet bulunmadığından bu konu çok büyük öneme sahiptir.

Ülkedışılık (exterritorialité)

1. “Ülke dışı” bölgeler, içinde buldukları tamamen Devletin bir parçası kabul edilir. İlgili Devletin egemenliği bu bölgeleri de kapsar ve yalnızca belirli kısıtlamalara tabi olabilir. Bu nedenle, “ülkedışılık” kavramı, bu bölgelerle ilgili olarak bir faraziyeyi ifade etmektedir ve daha ziyade “dokunulmazlık”tan (inviolabilité) söz edilmelidir.
2. Kabul eden Devlet, prensip olarak dokunulmaz bölgelerle ilgili zorlayıcı tedbirlere başvuramaz.
3. Dokunulmaz alanlara müdahale teşkil eden işlemler, kabul eden Devletin hukukuna göre gerekli veya kabul edilebilir ise, bu bölgede yetkili olan organın onayıyla gerçekleştirilebilir. Bu alanın korunması söz konusu olduğunda yetkili organın onayı varsayılır. Ancak, karşı çıkma halinde bütün bu işlemlerin uygulanması derhal durdurulmalıdır.

4. Başka bir yol bulunmadığı takdirde, dokunulmaz alanlara müdahaleyi gerektiren işlemler, bu bölgelerin dışında bulunan ve bu bölgelerden kaynaklanan eylemler nedeniyle zarar gören kişilerin korunması amacıyla gerçekleştiriliyorsa yetkili organın iradesine rağmen kabul edilebilir. Bu kural, kabul eden Devletin hukukuna göre ağır suçlar olarak değerlendirilen fiiller söz konusu olduğunda, dokunulmaz alanlarda gerçekleştirilen eylemlerin mağduru olan kişilerin korunması amacıyla da uygulanır.
5. Siyasi suçlar dışındaki bir suç nedeniyle kovuşturulan kişi dokunulmaz bir bölgeye sığındığında, öncelikle kabul eden Devlet bu kişinin teslim edilmesi talebinde bulunmalıdır. Bu talebe rağmen kişi teslim edilmezse, artık yalnızca siyasi araçlara başvurulabilir.

Sığınma hakkı

1. Sığınma talebi kabul edilenler, kabul eden Devlet tarafından, ceza hukukunun uygulanması bakımından, kural olarak o ülkede yabancı statüsünde bulunan diğer kişilerle aynı muameleye tabi olur.
2. Sığınma hakkının verilmesi, kabul eden Devlette cezai takibatlardan bağışık olunmasını ifade etmez. Sığınılan Devlet, sığınma hakkına sahip kişi hakkında, daha önce işlemiş olduğu ağır suçlardan dolayı kovuşturma yapabilir. Ayrıca bu kişi, sığınma talebiyle ayrıldığı Devlet haricinde başka bir Devlete iade edilebilir. İlgili kişinin sığınma amacıyla çıkışıyla ve kabul eden Devlete girişiyle bağlantılı hafif suçlar (örneğin, sahte pasaport kullanma, bir ülkeye yasadışı yollarla giriş) kovuşturma konusu yapılmaz.
3. Sığınma hakkından yararlanan kişinin yakınlarının (örneğin, eşi ve çocuklarının) iade halinde siyasi nedenlerle kovuşturmaya tabi olmalarından ya da sığınma hakkı tanınan kişinin geldiği Devlete geri dönmesi için dolaylı baskıların yaratılmasından endişe etmek için haklı sebepler bulunduğu takdirde; bu hakkın sonuçları, aile birliğinin korunması amacıyla, haktan yararlanan kişinin yakınlarını da içine alacak şekilde genişletilmelidir.

4. Sığınma talebi reddedildiğinde ya da sığınma mümkün olmadığında, sığınma istenilen ülke kendi hukukuna göre kovuşturma yapmak amacıyla meseleyi yetkili makamlarına havale etmelidir. Bu Devlet aynı zamanda, sınırları dışında işlenen suçlar bakımından kendi ceza yasalarının uygulanmasını engelleyen hukuki sorunları ulusal düzeyde çözmekle yükümlüdür.

13. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Kairo, 1-7 Ekim 1984)*

Çeviren Stj. Av. Ayça Onural

Konular:

1. İhmali suçlar
2. Tüketicinin korunması dahil olmak üzere, ekonomik ve ticari ceza hukukunun genel kavram ve ilkeleri
3. Adliyenin alanından çıkarma (“diversion”, “déjudiciarisation”) ve arabuluculuk
4. Cezai alanda uluslararası ve bölgesel işbirliği yöntemleri ve yapıları

I. Bölüm İhmali Suçlar¹

Çağdaş ceza hukukunun bazı eğilimleri

1. Günümüzdeki şartlar bireyler arasında ve bireyler ile toplum arasında karşılıklı bağımlılığın her geçen gün giderek arttığına dikkat çekmektedir. Sonuç olarak bu durumdan; belirlenmiş davranış kalıplarına dair bir dizi karmaşık beklenti doğmakta ve bunlara paralel olarak ihmal olgusunda artış olmaktadır (hukuki anlamından önce).
2. Son yıllarda bu konular hakkındaki bilimsel çalışmaların gösterdiği üzere, öğretilerde bu durum çok doğru bir şekilde farkedilmiştir.
3. Bu olgunun boyutu toplumdan topluma değişir ve özellikle ceza alanında, hukuki düzenlemesi farklı ideolojilerin, sosyal ekonomik sistemlerin ve kültürel geleneklerin tesiri altında kalır. Ancak şuna işaret etmek gerekir ki, giderek artan bir eğilimle; ya kanun koyucu tarafından - ceza özel hukukunda her geçen gün daha

* RIDP, Cilt 56 3-4, 1985, sh. 485-488; 501-504; 513-520; 539-543 (Fransızca); sh. 489-492; 505-508; 521-527; 545-549 (İngilizce).

1 Birinci bölüm. Asıl metin: Fransızca.

fazla ihmal sureti ile işlenen suç belirtilmesi - ya da yargısal yorum yapılması yoluyla ceza hukukunun müdahale alanının genişletildiği görülmektedir. Bu yorum; ceza kanunlarının bazı hükümlerinin, kesin bir ölçü olmaksızın, ihmali hareketlere uygulanmasına ve giderek artan bir şekilde, ihmallerin, başka bir bireyin icrai hareketine ihmali bir hareketle iştirak olarak cezalandırılmasına neden olmaktadır.

Sonuç olarak uygun bir çerçeve sağlayacak genel ilkeleri öne çıkarmak gerekmektedir. Kanun koyucu, bu çerçeve içinde, farklı çıkarları da göz önünde bulundurarak müdahale edebilecek ve hâkim de ceza sorumluluğunun genel kurallarına uygun, kesin ve belirli bir ölçüt bulabilecektir.

Terminoloji

Öğretide gerçek (“*genuine*”) ihmali suçları gerçek olmayan (“*non-genuine*”) ihmali suçlardan ayıran ölçütün tek tip olmaması karşısında ve gereksiz yere taraflı davranmayı da önlemek için; tipe uygun fiilin yasanada tanımlandığı haller ile tiplikliğin icrai bir suçun yargısal yorumuna bağlı olduğu halleri ayırmanın ceza politikası bakımından daha önemli olduğu gerçeği hesaba katıldığında şu terminolojiyi kabul ediyoruz: “yasada tipik olarak öngörülen ihmali suçlar” (bilindiği üzere gerçek ihmali suçlar) ve “yasada tarif edilmeyen ihmal suretiyle işlenen suçlar” (ve bilindiği üzere ihmal suretiyle işlenen suçlar ya da gerçek olmayan ihmali suçlar).

Yasada tanımlanan ihmali suçlar (ya da gerçek ihmali suçlar)

Çoğu ülkede kanun koyucu tarafından tanımlanmış ihmali suçların (gerçek ihmali suçlar) sayısının, çağdaş ceza politikası gereksinimlerine her zaman uymayan sebeplerden ötürü arttığı görülmüştür.

Ceza hukukuna, bireyin ve toplumun menfaatlerini korumak amacıyla, ancak son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulabilmesi yönündeki kural, aynı zamanda vatandaşın tabi olduğu kurallara uygun hareket etme yükümlülüğü bakımından da uygulanmalıdır.

Bu temelde, kanun koyucuya şunları öneriyoruz:

- a) riayet etme yükümlülüğün ihlalinin cezalandırma kararı alındığında her zaman korunmak istenilen menfaatin asıl önemini hatırla-

mak ve vatandaşların topluma karşı temel sorumluluklarını gözönünde bulundurmak;

- b) daha hafif suçların ceza hukuku kapsamında çıkartılması yönündeki genel eğilimine uygun olarak temelde sırf özel hukuk veya idare hukuku yaptırımlarına başvurmak ve özellikle idari aykırılıklar kapsamında takibatı yapılabilecek, kasten işlenmeyen ihmali suçları sınırlamak;
- c) idari düzenlemelere ve standartlara karşı bazı suçlar bakımından uygulanan “beyaz ceza normlarının” aşırı kullanımından kaçınmak.

Yasada tanımlanmamış ihmali suçlar (ya da ihmal suretiyle işlenen icrai suçlar)

Kovuşturmaya tabi hareketin kanunda yeterli ve açık olarak tanımlanmamış olduğu, ihmal suretiyle işlenen icrai suçların yasal düzenlemesi kanunilik ilkesi açısından önemli sorunlar teşkil etmektedir. Burada özellikle bazı ülkelerde ve bazı siyasi dönemlerde ceza normlarının kontrolsüz ve keyfi bir şekilde genişlemesinden korkulmalıdır. Ceza yasalarının genel kısmında yer alan ihmal suretiyle işlenen icrai suçlara ilişkin hükümlerde, her zaman açık ve kesin olarak yasada tanımlanma ve işlenen fiil ile cezanın orantılı olması kurallarına riyaet edilmediği görülmüştür.

Yine de ulusal yasa koyucuların bu tür suçların unsurlarını daha kesin bir şekilde tanımlamaları umulmaktadır.

Bu amaca ulaşmak için genelde aşağıdaki normatif tekniklere başvurulabilir:

1. bazı yasaların genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerinin iyileştirilmesi;
2. ihmal suçlarının ceza yasasının özel hükümler kısmında ayrıntılı bir şekilde tanımlanmaları.

Eğer bu ikinci çözüm yeterince uygulanabilir görünmüyorsa, o zaman, yasalarda bulunan ya da yasayı yorumlayanlar tarafından geliştirilen genel kuralları aşağıdaki asgari koşulları sağlayarak geliştirmek gereklidir:

- a) belirli bir yönde hareket etme yükümlülüğü: bu yükümlülüğün ihlali, bu ihlali gerçekleştiren kişinin cezai sorumluluğunu içeren bir neticeye yol açar. Bu yükümlülük ahlaki ya da sosyal değil, katı bir biçimde hukuki olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bir yasaya, yönetmeliğe, sözleşmeye ya da hukuken tanınan bir diğer kaynağa dayanmalıdır;
- b) kişinin sorumlu tutulabilmesi için, tipik olgunun gerçekleştirilmesi için temel koşullara hükmedecek gücü elinde bulundurması ve hukuken korunan menfaatin bir anlamda garantörü pozisyonunda olması gereklidir;
- c) garantörün görevlerini belirleyen hukuki yükümlülükler, belirli ve kanun tarafından tanımlanmış bir kişisel pozisyonu olan fail kategorisine yönelik olmalıdır;
- d) ihmal ile, belirli bir fiil aracılığıyla, yasaya aykırı neticenin elde edilmesi arasında illiyet bulunmalıdır;
- e) ihmal suretiyle işlenen suç tiplerini bireylerin ve toplumun kanunen korunan temel menfaatleriyle sınırlamak gerekir.

İhmal suretiyle işlenen suçların, icrai suçlardan daha hafif cezalarla karşılanması gerekip gerekmediği de değerlendirme konusu yapılmalıdır.

Kusurluluk ve kast

Bütün ihmali suçlarda, kast, en azından kanunun riayet etme yükümlülüğünü öngördüğü fiili durumu bilmeyi içerir.

İhmal suretiyle işlenen icrai suçlarda kast, suçun yasal kurucu unsuru olan neticeyi önlememe iradesini kapsar.

Kasten işlenmeyen ihmali suretiyle icrai suçlarda, kusur, aynı zamanda neticeyi öngörme ihtimalini ve yükümlülüğünü de kapsar.

İştirak

Üçüncü kişi tarafından işlenmiş bir suça ihmali suretiyle iştirak, yukarıda yer verilen ihmali suretiyle işlenen icrai suçları düzenleyen ilkelere tabi olmalıdır:

- a) hukuki bir yükümlülüğün varlığı;
- b) ceza kanunu tarafından korunan menfaatin garantörü olan kişinin konumu;
- c) tipik olgunun bir hareket ile meydana getirilmesine eşdeğerde bir ihmâl;
- d) sorumluluğun daha ağır suçlarla sınırlanması.

Gruplar bakımından ihmalden dolayı sorumluluk

Kuruluşlar ve şirketler alanında suçluluk olgusunun büyük öneme sahip olması nedeniyle, kanun koyucuların gruplar içinde ihmalden dolayı sorumluluğun şartlarını ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesi çerçevesinde belirtmeleri gerekir.

II. Bölüm

Tüketicinin Korunması Dahil Olmak Üzere, Ekonomik ve Ticari Ceza Hukukunun Genel Kavram ve İlkeleri

Başlangıç

1. Ekonomik ve ticari suçluluk ekonominin tamamını ya da önemli bir kısmını olumsuz yönde etkiler ve bugün ekonomik sistemlerinden bağımsız olarak çok sayıda ülkede özel bir öneme sahiptir.
2. Genellikle ceza kanunu ekonomik ve ticari hayatı düzenlemek ve bu alandaki kuralların ihlalini cezalandırmak için kullanılan araçlardan sadece biridir. Alışlageldiği gibi, ceza hukuku ikincil bir role sahiptir. Ancak bazı alanlarda ceza hukuku ilk derecede önem taşır ve ekonomik ve ticaret faaliyetlerini düzenlemede daha uygun bir araç oluşturur. Bu alanlarda, ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk düzenlemelerine göre ekonomik ve ticari faaliyetlere daha az müdahale eder.
3. Ekonomik ve ticari suçlardan dolayı bireysel mağdurlara ve mağdur gruplarına uygun şekilde yardım sağlanması ve haklarının korunması gereklidir.

Terminoloji

4. Burada “ekonomik ceza hukuku” terimi ekonomik düzene karşı işlenen suçları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. “Ticari ceza hukuku” terimi ise özel şirketlerin veya kamu kuruluşlarının dahil olduğu suçlara yollama yapmaktadır. Suçlar, ekonomik ve ticari hayatı düzenleyen ve koruyan yasal düzenlemelerin ihlalidir. Bu anlamda, bu iki terim birbiriyle sıkı bir bağlantı içindedir.

Korunan menfaatler

5. Çoğu durumda, bu alanda ceza hukukuna başvurulması, sadece kişisel değil, toplu menfaatlerin korunmasıyla da ilgilidir. Bu toplu menfaatlerin çoğu, özellikle karmaşık ve dağınık olduklarından, tanımlanmaları ve savunulmaları kişisel menfaatlere nazaran daha zordur. Bu yüzden bu toplu menfaatleri özellikle korumak gereği doğmuştur. Cezai yönünden koruma ceza kanununda yer almalıdır.

Ceza hukuku tekniği

6. Ekonomik ve ticari ceza hukukunun özelliklerine rağmen, insan haklarını koruyan ilkeler başta olmak üzere, ceza hukukunun genel ilkeleri uygulanmalıdır. İspat yükü sanığa yüklenmemelidir.
7. Ekonomik ve ticari ceza hukukunda genel hükümlere yer verilmesinden sakınılmalıdır. Genel hükümlerin kullanılması gerekli olduğunda, bu tür düzenlemeler dar yorumlanmalıdır. Yasak olan davranışı belirgin bir şekilde açıklamak gerekir.
8. Suçların tanımlanmasıyla bağlantılı olarak, ceza hukuku dışında düzenlenmiş olan faaliyetlere gönderme yaparak cezalandırmayı ifade eden yollama tekniğinin kullanımı, belirsizlik, yeterince açık olamama ve yasama erkinin idareye geniş bir şekilde devri tehlikesini gösterebilir. Yasak davranışın veya sonucun ceza hukuku tarafından olabildiğince açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekir.
9. Tehlike suçlarının düzenlenmesi (*abstrakte Gefährdungsdelikte, délits-obstacle*); yasaklanan hareket kanunda açık bir şekilde belirtildiği ve yasaklama açıkça tanımlanmış korunan menfaatlerle

doğrudan doğruya ilgili olduğu sürece ekonomik ve ticari suçlarla mücadele için geçerli bir araçtır. Tehlike suçlarına başvurulması yalnızca ispatı kolaylaştırma gerekçesiyle açıklanamaz.

10. Yasanın dolanılmasını engelleme yollarını araştırmak gereklidir.

Suçluluk ve cezai sorumluluk

11. Genel bir ceza hukuku kuralı olarak, kusurluluk prensibi, ekonomik ve ticari suçlar alanında da uygulanmalıdır. Kusursuz sorumluluk bulunduğu halde de en azından imkânsızlık defisi kabul edilmelidir. Kusursuz sorumluluğun en kısa zamanda ortadan kaldırılması için reform çalışmaları yapılmalıdır.

12. Yöneticilerin ve gözetim yetkisine sahip kişilerin, işçilerin işlediği suçlardan dolayı ceza sorumluluğu, ancak bu kişiler tarafından gözetim yükümünün ihlali ve (en azından taksir derecesinde) kişisel kusurlarının bulunması biçimindeki iki şart bir arada gerçekleştiğinde tanınmalıdır. İştirakin genel ilkeleri bu tavsiye ile değiştirilmemiştir.

13. Şirketlerin ve diğer tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, giderek daha fazla sayıda ülkede, ekonomik ve ticari suçları kontrol için başvuru için uygun bir araç olarak kabul edilmektedir. Bu tür bir ceza sorumluluğunu tanımayan ülkeler tüzel kişiler için uygun gördükleri başka tedbirleri düzenleyebilirler.

İdari yaptırımlar ve özel hukuk yaptırımları

14. Genellikle, ekonomik ve ticari hayat için tehlike teşkil edebilecek bazı fiiler veya ihmaller suç olarak düzenlenmeden önce, idare hukukunun ve özel hukukun önerdiği çözümler ele alınmalıdır.

15. İdari usuller, yargısal denetim hakkı dahil adil yargılanma güvencesini sağlamalıdır. İdari birimler ekonomik ve ticari suçlar alanında hapis cezaları verme hakkına sahip olmamalıdır.

Mağdurların korunması

16. Ekonomik ve ticari suçların kişisel ve toplu mağdurlarının idari ve hukuki yollara ulaşma imkanları kolaylaştırılmalıdır. Tüketici dernekleri dahil, bu tür suçların mağdurlarından oluşan dernekle-

rin, ceza davalarına, idari davalara veya özel hukuk davalarına katılmalarına imkan verilmelidir. Ekonomik ve ticari suçların yaptırım sisteminde tazmin olanağı sağlanmalıdır.

Uluslararası hukuk ve usul

17. Ekonomik ve ticari suçların büyük çoğunluğunun sınırötesi niteliklerinden ötürü, bu alanda ulusal hukukların uyumlaştırılmasını teşvik etmek gerekir. Bu uyumlaştırma, ceza hukuku uzmanlarından oluşan organlar veya uluslararası grupların teklifleri üzerine, bir takım çağdaş ceza hukuku düzenlemelerinin geliştirilmesi ile başlatılabilir.
18. Yabancı menfaatlerin ulusal ceza hukuku tarafından korunması teşvik edilmelidir. Nitekim bölgesel ekonomik menfaatler ve kuruluşlar ile ilgili olarak, ekonomik ceza hukukunun yerel hükümlerinin etkilerini uyumlaştırmak ve daha etkin kılmak, ulusal hukuklar arasındaki çatışmayı azaltmak ve uluslararası ilişkilerde ekonomik gücün kötüye kullanılmasına karşı mücadele etmek için çift ve çok taraflı anlaşma ve sözleşmeler imzalanabilir.
19. Vergi suçlarının ve benzer suçların iade ve karşılıklı yardım anlaşmalarından geleneksel olarak hariç tutulması olgusu, uyumlu uluslararası ilişkiler ve insan haklarına saygı ışığında tekrar gözden geçirilmelidir.

III. Bölüm

Adliyenin Alanından Çıkarma

(“*Diversion*”, “*Déjudiciarisation*”) ve Arabuluculuk²

Başlangıç

1. Aslen ceza hukukuna göre suç oluşturabilecek fiiler, doğrudan suçta bulaşmış kişiler tarafından bir suçmuş gibi algılanmıyor veya ceza adaleti kurumlarına bildirilmiyor da olabilir. Bu tip fiilerin resmi olmayan adliyenin alanından çıkarma (“*informal diversion*”) olgusu suçun önlenmesinde ve kontrollünde önemli bir rol oynar.

² Üçüncü bölüm. Asıl metin: İngilizce.

Gerçekci bir analiz böyle durumların genelde fiille bağlantısı olan kişiler tarafından kamu ve özel kurumların aracılığıyla veya doğrudan yardımıyla çözümlendiğini gösteriyor; örneğin bu kişilerin ait oldukları gruplar, sosyal ve sağlık sistemi, disiplin ve idari tedbirlerin uygulamalarından sorumlu olan tüzel kişiler ve emniyet birimleri. Bu hem ağır suçlar yönünden hem daha hafif suçlar için geçerlidir. Resmi olan adliyenin alanından çıkarma (“*formal diversion*”) teşebbüsleri resmi olmayan yöntemler ile çatışmaya girmemeli ve mümkün oldukça onlara uyum sağlamaya çalışmalıdır.

2. Adliyenin alanından çıkarma, geleneklere ve sosyal, siyasi, kültürel, ekonomik ve yasal kavramlara uygun olmak kaydıyla, farklı mahkemeler önünde değişik şekiller ile uygulanabilir. Eğer münasip bir nedenden dolayı (örneğin mesafe veya yol sorunları gibi) kanun yürütme kurumları ceza uyumsuzluğuna hızlı bir şekilde çözüm getiremiyorlar ise, adliyenin alanından çıkarma -özellikle topluma karşı zarar teşkil etmeyen durumlarda- toplumun ellerine veya yöresel ya da etnik liderlere teslim edilebilir.
3. Kararların terminolojisinde:
 - a) Adliyenin alanından çıkarma, hüküm verilinceye kadarki süreçte ceza adaletinin olağan seyrinden herhangi bir şekilde sapmayı ifade eder.
 - b) Adliyenin alanından çıkarmanın basit şekli, hüküm verilmeden önce, ceza takibatına ya da yargılamaya devam etmeme yönünde tek taraflı resmi bir kararı ifade eder. Bu haliyle; (a) ceza adaleti sistemi dışında sosyal denetimi gerçekleştiren kamu organlarının faaliyetlerini, (b) emniyetin ve soruşturma organları tarafından ceza kovuşturmasını engellemek yönünde takdir yetkisinin kullanılmasını, (c) ceza kovuşturması yerine uygulanacak alternatif usulleri ve (d) bir yargısal makam tarafından onaylanmış alternatif usulleri içerir.
 - c) Adliyenin alanından çıkarma müdahale yoluyla yapıldığında; hüküm verilmeden önce ceza takibatına devam edilmemesi yanında, sosyal çatışmaların, rehabilitasyon, tedavi, eğitim veya zararın tazmini, islah gibi ceza dışı yollarla çözülmesine yönelik koşulları da içermektedir.

- d) Arabuluculuk, suçluların, mağdurların, her ikisinin aile üyelerinin, toplum ve hükümet organlarının taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir usuldür. Uyuşmazlığın çözümünde suçluların aktif katılımı amaçlanmaktadır.
 - e) Kararlarda kullanılan “fail” tabiri, şüphelileri ve sanıkları da ifade etmektedir.
4. Kamu davasının zorunluluğu ilkesini benimseyen ülkelerde, eğer böyle bir sistem için gerekli şartlar toplanmış ise, adliyenin alanından çıkarma usullerine yer verilmesi, bu ilke bakımından bir çelişki teşkil etmeyecektir. Bu tür şartların uygulanması için soruşturmaya ya da kovuşturmaya hüküm verilmeksizin son verilmesi yönünde sanığın rızasının bulunması yeterli olmayabilir, aynı zamanda savcılığın ve daha sonra hakimin bu yönde onayı da gerekli olabilir.

Adliyenin alanından çıkarmanın amaçları

1. Çağdaş ceza adaleti sistemleri iki farklı yönde gelişme tanımıştır ve tanımaya da devam etmektedir:
 - a) ceza hukuku, sosyal denetimi için acele bir vasıta olarak kullanılmıştır. Ceza hukuku klasik yetkilerinin çok dışına çıkartılmıştır ve bu da çok aşırı suçluluk tehlikesinin ciddi bir şekilde doğmasına neden olmuştur;
 - b) geleneksel ceza adaletinin etkisi, özellikle cezada, sosyal denetimi açısından işe yarayan bir çare olarak görülmesi git gide şüpheli gözlerle bakılıyor. Rehabilitasyon, suçtan caydırma ve ceza kavramları çok sert eleştiriler alıyor. Bu eleştiriler ceza hukukunun amaçlarının başka yollarla erişilmesi tartışmasını tekrar gündeme getirdi.
2. Ayrıca ceza adaleti bizzat kendisi de eleştirildi. Ceza adaleti süreci bütün taraflar arasında yalnızca tek bir kişinin sorumluluğunun değerlendirmesini öngören uzlaşmada yer alan ilgili taraflar arasındaki karşılıklı etkileşimini azaltma eğilimini gösteriyor. Doğrudan ilgili taraflar, özellikle kendini rencide olduğunu hisedenler, ceza sorununun altında yatan uyuşmazlığı kendi açılarından algıladıkları gibi çözümleyemiyorlar. Bu şartlar altında, ceza adaleti

süreci ilgili taraflar arası barış sağlıyacağına daha çok onu tehlikeye koyuyor.

3. Bu açıdan baktığımızda adliyenin alanından çıkarma, ceza adaleti sisteminin çağdaş sorunlarına en az iki nedenden dolayı arzulanan yeni bir yaklaşım olarak algılanmalıdır:
 - a) adliyenin alanından çıkarma, aşırı suçluluk tehlikesinin önüne çıkabilir. Adliyenin alanından çıkarma ceza hukukunun yetki alanlarını sınırlamıyor fakat onların olumsuz etkilerini hafifletebilir;
 - b) adliyenin alanından çıkarma, cezaların uygun olmadığı düşünüldüğü yerlerde suçlara uygun cevaplar getirerek sözde cezalandırma krizinin üstesinden gelmemizi sağlayabilir.
4. Adliyenin alanından çıkarma, ne ceza hukuku kapsamına giren alanları genişletmeyi ne de şimdiye dek anlaşmazlıkların resmi olmayan veya dolaylı yollardan çözümlenmelerini kurumsallaştırmayı veya daraltmayı gereksinim duymuyor. Ceza tedbirlerinin yerine müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma tedbirlerinin getirilmesi faille karşı tutumun çok daha fazla sertleşmesine bizzat yol açmaması gerekir.

Adliyenin alanından çıkarmanın gerekçeleri

1. Adliyenin alanından çıkarma, kamuoyu ceza adaletinden ceza yargılaması talebinde bulunmadığı zaman uygulanabilir. Önleyici tedbirlerin veya rehabilitasyonun etkisinin bir adlî kararın ve cezanın gösterebileceği etkiden daha önemli olabileceğini düşündüğümüz zaman adliyenin alanından çıkarma yoluna başvurmak daha uygun olabilir. Ancak bu etkinin önemi adliyenin alanından çıkarma özel programın niteliğine bağlıdır. Herkesin bildiği üzere her türlü rehabilitasyon programının başarısını ölçmek mümkün değildir. Sonuç olarak rehabilitasyon programlarının güdüsü ile onların gerçek başarı oranlarını karıştırmamak gerekir.
2. Adliyenin alanından çıkarma, faillerin gereksiz yere damgalanmalarına yardımcı olabilir. Adliyenin alanından çıkarmaya bağlı olan damga ceza uygulamanın damgasından daha hafif olmasına rağmen, adliyenin alanından çıkarmanın hiç bir damgalamaya ra-

iz vermediğini düşünmek yanlış olur. Fakat müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma ceza vermenin neden olduğu damgalayıcı sonuçların azalma yolundaki artan çabaları kolayca destekleyebilir.

3. Eğer ceza yargılaması faille, mağdura, her ikisinin ailesine kamuoyuna açık olan bir yargılamadan ötürü beklenen kârları ile oransız bir şekilde zarar verme riskini taşıyorsa o zaman adliyenin alanından çıkarma daha uygun olabilir.
4. Adliyenin alanından çıkarma, doğrudan ilgili kişiler için bir suçun altında yatan başka bir suç ile daha iyi başa çıkabilir. Bunları adliyenin alanından çıkarma sürecine dahil etmeye de özen göstermek gerekir.
5. Adliyenin alanında çıkarma, bir suçun mağdurları için kârlı olabilir; hele ki adliyenin alanında çıkarma iade veya özür dilemenin beraberinde olursa ve mağdurlara şahsi hislerini ve arzularını ifade etme şansını tanırca. Bu yönünü es geçmemek gerekir çünkü genellikle cezalar mağdurlar için iade veya tazminat ile beraber olmaz. Sonuç olarak, bunlar adliyenin alanından çıkarmayı arzu edebilirler.
6. Genelde adliyenin alanından çıkarmanın kovuşturma dosyalarının azalmasına yol açtığı iddia edilmiştir. Bu iddia şüphelidir çünkü bütün ceza adaleti sistemlerinde görülen yargının aşırı iş yükü basitletirilmiş usuller ile çözümlenebiliyor. Eğer gerekli görünürse, bu tip usullerin adil yargılanma ilkesine uygun olacak bir şekilde uygulanması artırılabilir. Adliyenin alanından çıkarma mı yoksa ceza tedbirleri mi? Bu seçim, dosyaların sayısının azalmasının teknik yönlerine bakılarak yapılmaması gerekir. Bu azaltma adliyenin alanından çıkarmaya ek bir etki oluşturabilir ama asıl amaç olmamalıdır.
7. Adliyenin alanından çıkarma, ceza adaleti idaresinin harcamalarının azaltma yönünde bir araç olarak tavsiye edilebilir. Fakat bu amaç milli ekonomi açısından fani olabilir çünkü genelde müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma sadece ceza sistemi masraflarını diğer kamu veya özel kurumlarına taşıyor.

Adliyenin alanından çıkarmaya uygun olan durumlar

1. Genç failleri bulaştıran durumlar adliyenin alanından çıkarmaya özellikle çok uygundur. Bütün çabalar genç faillerin daha iyi bir sosyal ayara ulaşmak için, eğitim düzeyinin yükselmesine yardım etmeye yönelmelidir.
2. Adliyenin alanından çıkarma, yetişkin failleri bulaştıran bazı durumlarda da gösterilebilir. Müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma kararına başvuru halinde, kişisel durumların ve faillerin özelliklerini göz önünde bulundurması gerekir.
3. Adliyenin alanından çıkarma, fail ve mağdur arasında düzenli ve devamlı bir ilişki bulunuyorsa çok uygun görülebilir; örneğin, aile, iş ilişkisi, çevre/komşuluk ilişkileri, eğitim sistemi veya ev sahibi-kiracı ilişkisi gibi.
4. Bazı özel durumlarda adliyenin alanından çıkarma gerekirse terapötik programlar ile bağdaştırılabilir; örneğin, alkol veya uyuşturucu bağımlısı ile baş etmek gerekirse.
5. Adliyenin alanından çıkarma yolunu tekerrür hallerinde otomatik olarak dışlamamak gerekir. Aksine, tekerrür eden failler için, basit veya müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarmaya gelince, şahsi dosyaları etkileyen haller göz önünde tutulmalı.
6. Adliyenin alanından çıkarma, kamuoyunun ceza adaletinin yönetimine bir failin ceza yargılamasının karar ile sonuçlanmaması halinde güvenini sarsacak bir tehlike teşkil ederse kullanılmamalıdır.

Adliyenin alanından çıkarma usulü

1. İki çelişmeli düşünce adliyenin alanından çıkarma kararları alma nedenini oluşturur. Bunlardan biri adalet önünde eşitlik ilkesidir; şöyle ki, benzer durumlar aynı şekilde incelenmelidir. Diğer sebep ise, kişisel inceleme ilkesidir; yani her dava kendine özel durumlara göre sonuçlandırılmalıdır. Ne o ne bu ilkelerden biri üstün gelmelidir. Örneğin, hafif suçlarda suçun koşullarını ve failin belirtici niteliklerini ayrıntılı şekilde soruşturulmaları zor olduğundan, eşitlik ilkesi baskın çıkabilir. Daha ağır durumlarda, ve

genç failleri de içeren olaylarda, bireysel yaklaşım sergilemek için daha fazla gayret gösterilebilir.

2. Müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma tedbirlerini yürütmeye sokma sorumluluğu adalet sistemi dışındaki kurumlara veya kişilere verilebilir veya belki verilmelidir. Ancak adliyenin alanından çıkartılmış faillerin aşırı zorlayıcı önlemler etkisi altına tabi tutulmalarına dikkat etmek gerekir. Sadece kamu kurumlarının zorunlu tedbirler alma yetkisine sahip olmalarının altını çizmeliyiz. Özgürlüğün kısıtlanması durumlarında yürütülen tedbirler (örneğin sağlık tedbirleri) mahkemelerin izinlerine tabi tutulmalıdırlar.
3. Kamu ve resmi kontrolleri hem adliyenin alanından çıkarmanın iznine hemde yürütmesine yayılmalı.
4. Adliyenin alanından çıkarma kararı bütün mevcut verilerin incelenmesi sonucu alınmalıdır; yargılamada delillerin toplanması ve incelenmesine getirilen sınırlamalara bağlı olmaksızın.
5. Müdahale yoluyla yapılan adliyenin alanından çıkarma normal olarak faillerin serbest ve özgür (ivazsız) iradelerini gerektirir çünkü eğitim ve terapötik amaçlı programlara katılmaları zorlanmaz. Ancak *de facto* iradenin - örneğin eğitim ve terapötik amaçlı programlara katılma- kendisini gösterebileceği bir ihtiyat payı önermek gerekir. Failin dava açma hakkı isteğine saygı göstermek gerekir.
6. Müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma sadece failin yeterli ve açık suçluluğu ispat edilmiş durumlarda uygulanmalıdır. Basit adliye alanından çıkarma, suçluluğun ön açıklamasına dayanması gerekli değildir; suçluluğu failin siciline işlenmemiş ise.
7. Adliyenin alanından çıkarma failin medeni ve anasayal haklarını çiğnememesi gerekir. Eğer özel bir kurum adliyenin alanından çıkarma programının genişletilmesi ve denetlemesinde yetki sahibi ise, bu hakları da korumalıdır. Özellikle failin, müdahale yoluyla veya basit adliyenin alanından çıkarmadan önce müdafisi ile görüşme hakkına; ve ayrıca her türlü müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarmanın izin usulünde avukat tarafından temsil edilme hakkına saygı gösterilmesi gerekir.

8. Adliyenin alanından çıkartılmış faillerin dosyalarının gizliliği korunmalıdır ve bu faillere karşı iddiaların varlığı ve içeriği onlara karşı, özellikle kamu veya özel çıkarların kullanımı veya kabul edilebilirliğinde kullanılmamalıdır.
9. Enformel adliyenin alanından çıkarma davaları genelde kapalı olarak görüşülmelidir. Ancak müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma için açılmış ve süren davalar kamuoyuna açık olabilir.
10. Adliyenin alanından çıkarma davalarına profesyonel olmayan kişilerin katılımları, mağdurlar dahil, istenilmemelidir ancak mahkemenin sosyal ve kültürel gelenekleri bunu arzuluyabilir.
11. Başarılı bir adliyenin alanından çıkarma aynı fiilin sonradan yargılanmasını engellemelidir. Ancak mağdurun dava açma hakkı saklıdır; kendisi adliyenin alanından çıkarma davasını kabul etmedikçe.
12. Yenilenmiş veya devam edilmiş kovuşturmanın cezası, eğer müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkartılmış failer bunun şartlarına saygı duymamış iseler, mevcut olmalıdır. Ancak eski adliyenin alanından çıkartılmış failin yargılama hakları yönünden geçen zamanın aşırı bir zarar oluşturmamasına dikkat edilmelidir. Yeni bir kovuşturmanın da geleneksel ceza adaletinin müdahale yoluyla adliyenin alanından çıkarma şartlarına boyun eymeziğine karşı tipik bir cevabı oluşturmamasına dikkat edilmelidir. Genel kural olarak, adliyenin alanından çıkartılmış bir failin kovuşturmasının yenilenmesi sadece terapötik programdaki hedeflere ulaşamadığından dolayı başlatılmamalıdır.

Arabuluculuk ve benzer uyuşmazlık çözümleri biçimleri

1. Arabuluculuk ve toplu enformel davasına başvuru, örneğin bir suça karışmış veya bir suçtan mağdur olmuş kişiler arasındaki tartışmalar, çoğu mahkeme önünde yeterince kullanılmadı. Bunların kullanılması yaygınlaştırılmalıdır.
2. Arabuluculuk, profesyonel olmayan kişiler tarafından uygun bir şekilde yapılabilir. Arabulucular, cemaatte saygı duyulan, dene-

yimli, özel bir eğitim almış, sosyal ve toplumsal gelenekleri bilen ve insan karakterine duyarlı olmaları gerekir.

3. Arabuluculuk, failin ve mağdurun serbest ve özgür (ivazsız) iradesini gerektirebilir ve bir suçtan zarar görmüş kişilerin de katılımları ile yapılmalıdır. Ancak adliyenin alanından çıkarmayı, uyuşmazlıkları çözümliycek tek bir yöntemmiş gibi gösterip, sonra da mahkemelere başvurmalarını bu sebepten dolayı sınırlandırmış olmamak gerekir.
4. Arabuluculuk yoluyla yapılan yargılamalar normalde kapalı olarak görüşülmelidir.
5. Eğer tahkim, başarısız olmuş bir arabuluculuğun çabalarını takip ediyorsa, arabulucu aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev almamalıdır.
6. Arabuluculuk müzakereleri esnasında ki yapılan kabul ve beyanlar başarısız bir arabuluculuğun akabininden olan ceza yargılamasında delil olarak kullanılmamalıdır.

Tatbikat

Bundan sonra adliyenin alanından çıkarmaya ve arabuluculuğa, adliyenin alanından çıkarma ve arabuluculuk hakkındaki deneysel programlar dahil, daha fazla önem vermek gerekir ve anlaşmazlıkların sebeplerini ve bunların çözüm metodlarını da araştırmak lazım. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği ulusal hükümetlere eğer daha önce yapmadıysalar adliyenin alanından çıkarma ve arabuluculuğu kurumsallaştırmalarını düşünmelerini, ve tabii ki eğer ulusal şartlara ve geleneklere uygun olacağını düşünüyorlarsa, bunların devlet memurları ve vatandaşlar tarafından kabul etmelerini ve yürütmeye koymalarını da yoğunlaştırmalarını sağlamalarını isteginde bulunuyor.

IV. Bölüm

Cezai Alanda Uluslararası ve Bölgesel İşbirliği Yöntemleri ve Yapıları³

Başlangıç

Kongre en önemli suç çeşitlerine karşı git gide artan mücadelede devletlerarası işbirliğinin gereksinimini hatırlatır; bu suçlar ister ulusal kanun tarafından ister uluslararası hukuk tarafından cezalandırılırsalar da. Bu gereksinim son yıllarda uluslararası alanda artan organize suçlarının olgusu, gelişmiş seyahat imkanları, ticari ilişkilerinin büyümesi ve uluslararası turizmin geliştirilmesi ile daha büyük önem kazandı.

Devletleri bu şartlar altında işlenen suçların cezasız kalmaması için hukuki kurallarını uyumlaştırmaya ve birbirine göre ayarlamaya davet ediyor.

İşbirliği failin kişisel haklarının ve özgürlüklerinin korunmasını sağlayacak adil bir yargılanma elde etme amacına ulaşmak için örgütlenmelidir ve ayrıca mahkum edilen kişinin en iyi şekilde topluma yeniden kazandırılmasına yönelik olması gerekir. İşbirliği ceza usulünün her aşamasında açığa çıkması gerekir: soruşturma, kovuşturma, iddia, yargılama ve cezanın infazında. Ayrıca mağdurun hukuki menfaatlerini de öngörmelidir.

İşbirliği zaten genel olarak topluma karşı işlenen bazı suçlar hakkındaki anlaşmaların yapılması ve kimi zaman bu suçların cezalandırılması için öngörülen evrensel yargı yetkisini de kullanılarak görülmüştür.

Kendisini farklı uluslararası işbirliği türlerinde de göstermiştir, örneğin suçluların iadesi (ki bu 1969 yılında Roma'da düzenlenmiş Kongrenin konusu idi), Amerika ülkeleri arası Sözleşmeler'de, Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış sözleşmelerde ve diğer sosyalist ülkelerde alınmış anlaşmalar, Benelux'te, skandinav ülkeler ve Arap Ligi Kuruluşunda öngörülen başka önlemler olarakta göstermiştir.

Sonuç olarak, Kongre

Bu işbirliğinin hem maddi hukuk açısından hem yetki hukuku açısından hem de usul hukuku yönünden genişletilmesinin uygun olduğunu düşünüyor.

3 Dördüncü bölüm. Asıl metin: İngilizce.

Maddi hukuk

1. Oybirliğiyle cezalandırılması kabul edilen fiiler hakkındaki uluslararası sözleşmelerin imzalanmasını destekliyor. Ancak bu sözleşmeler zaruri olarak kapsamlarının açıkca ve şüphe uyandırmayacak şekilde sınırlandırılmış ceza hükümleri içermesi gerekiyor ve bu hükümler ayrıca devletlerin bunları uygulamaya sokacak ulusal infaz kanunlarını da almalarını hatırlatmaları gerekiyor. Devletler ise bu sözleşmelerin hükümlerinin ihlallerini cezalandıran ceza sistemini kurmaları gerekiyor.
2. Maddi ceza hukuk alanındaki düzenlemedeki uluslararası işbirliğinin çağdaş suç şekillerine uzanmasını arzuluyor, özellikle aşağıdaki alanlarda:
 - özel yaşamı etkileyen bilgilerin korunması
 - çevrenin ve kültürel malvarlığının korunması
 - bilgisayar aracılığıyla işlenen suçlar
 - rüşvet ve yöneticilerin yolsuzluğu
 - uluslararası ticari işlemlerinde sahtecilik ve dolandırıcılık
3. Devletleri, mümkün olabildiğince, ulusal ceza hukuklarının uygulamasını bireysel menfaatlerin korunması haricinde - ki onlar mağdurun tabiiyetine bakmaksızın korunuyorlar-, yabancı, komüniter veya uluslarüstü hukuki menfaatlerin korunmasına da uzanmasını davet ediyor. Bunun amacı, cezai takibatı imkansızlaştıran yasal bir boşluğu önlemek.
4. Maddi ceza hukukuna değinen uluslararası sözleşmelerin, aynı fiilerden dolayı sözleşmeye taraf devlette kovuşturulması yapılan bir kişiye karşı "*ne bis in idem*" ilkesini kapsamalarını arzuluyor. Mahkumiyet kararı veya beraat kararı alınırca, aynı fiilerden dolayı ve kararın ve usulün kamu yararına uygun olması halinde yeni bir kovuşturma yapılmasını engelliyecektir. Cezanın tümü yurtdışında infaz edilmemiş ise, "*ne bis in idem*" ilkesi uygulamaya sokulamaz; ancak bu durumda infaz edilmiş ceza verilecek olan cezadan tanzim edilecektir.

Yetki hukuku

5. Kongre, her ne kadar devletlerin ceza alanında ki çeşitli yargı yetkilerini düzenlemek istemese de, yargı yetkisinin çoğalması, ki bu da pozitif yetki çatışmasının doğmasına sebep olabilir, değişik ülkelerde aynı anda veya art arda kovuşturmalarının yer bulması ile sonuçlanmamasını arzuluyor. Bu durumda, devletler kendi aralarında anlaşıp hangi yerde kovuşturmanın yapılması gerektiğini kararlaştırmaları daha uygun görünüyor.
6. Devletleri, iç hukukta en ağır suçlar için evrensel yargı yetkisi ilkesini kabul etmelerine davet ediyor; böylece bu suçların faillerinin cezasız kalmaları önlenabilir. Ancak Uluslararası Ceza Divanı'nın kurulmasının, bölgesel düzeyde de, öncelikli bir hedef olduğunu da hatırlatıyor.

Usul hukuku

7. Kongre, adli yardımlaşma araçlarının kuruluşu ve genişletilmesini arzuluyor ve ayrıca devletleri, yardımlaşma sözleşmelerinin hazırlanmasında veya yürürlüğe girdikleri sırada, her ceza usulü aşamalarında, diğer uluslararası araçlarının da garantilerini, özellikle “*ne bis in idem*”, korumaya davet ediyor; örneğin, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri.
8. Her ne kadar “*locus regit actum*” ilkesi adli yardımlaşmanın temel bir kriterini oluştursa da, talepte bulunan taraf devletin yasası gerektiği takdirde dikkate alınmasını öneriyor. Yabancı adli makamlarının, savcılık ve davalı yetkililerinin hazır bulunmalarına ve aktif katılımlarına izin verilmelidir.
9. Eğer karşılıklı yardımlaşma zorunlu tedbirlerinin alınmasını gerektirmiyorsa, istenen yardımın yerine getirilebilmesi için çift ceza talebinden vazgeçilmesini öneriyor.
10. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki bazı özel hallerini düzenleyen uluslararası anlaşmaların imzalanmasını destekliyor; aynı zamanda devletlerin genel olarak yaban-

cı mahkeme kararlarının tam geçerliliğini sağlayacak en geniş karşılıklı yardımlaşma temin etmelerini arzuluyor.

11. Devletleri, failin vatandaşı olduğu ülkeye veya ikamet ettiği ülkeye transferini amaçlayan anlaşma imzalamalarına davet ediyor. Eğer bu kişi ceza davasının açıldığı ülkede tutuklu ise, ceza yargılamasının transferi ve kişinin transferi, bu kişinin rızasına bağlı olmalıdır.
12. Kişinin topluma yeniden kazandırılmasını sağlamak amacı ile cezanın infazının transferinin ne kadar önemli olduğunun altını çiziyor. Eğer bu kişi ceza aldığı ülkede bulunuyorsa transferi onun rızasına dayanmalıdır.
13. Yabancı mahkeme tarafından verilmiş cezanın infazında bu cezanın infaz edileceği ülkeye bu cezayı kendi ceza sistemine uyarlamak için belli bir ölçüde serbest iradesini kullanmasına hoşgörü sağlamak gerekir; ancak hükümlünün ceza durumunu daha fazla ağırlaştırılmıyacak bir şekilde yapılması gerekir. Cezanın infaz edileceği ülke kişinin ceza aldığı ülkeyi kararından haberdar etmesi gerekir ve bu kararın infazını iyi niyet kuralı çerçevesi altında yapmalıdır. İnfaz şekillerinin cezanın infaz edileceği ülkeye ait olması gerekir; ancak hükümlü her iki ülkenin yasal tedbirlerinden, örneğin af gibi, yararlanması gerekir.
14. Devletleri, hükümlülerin ve şartlı salıverilmiş kişilerin gözetimleri için anlaşma imzalamalarına davet ediyor.
15. İşbirliğinin yeni biçimlerinin uygulaması (kovuşturmanın transferi, cezanın infazı için hükümlülerin transferi, hükümlülerin veya şartlı salıverilmiş kişilerinin gözetimi) bir devletin vatandaşlarına sınırlanmamasını, aksine topluma yeniden kazandırmak için daimi veya sürekli ikametgahı bulunan kişilere de uzanmasını arzuluyor.
16. Devletleri, idam cezasının hükmedilmesi durumunda veya kötü, insan dışı ve onur kırıcı muameleye maruz bırakacak durumlarda bu uluslararası kovuşturma ve infaz transferi araçlarını kullanmamasına davet ediyor. Ayrıca hükümlülerin gizli iadesine yol açacak durumlarda da bu uluslararası araçların kullanılmamasını önemle vurguluyor.

Sonuçlar

17. Adli yardımlaşmanın kolaylaştırılmasının özellikle en yeni biçimlerinde örneğin başka bir devlete kovuşturmanın veya ceza infazının yetkisinin transferi veya hükümlülerin gözetiminin transferi arzu edilebilir olduğuna dair dikkat çekiyor. Bu tedbirleri alırken failin menfaatlerine ve mağdurların hukuki menfaatlerine aykırı gelmiyecek bir şekilde alınmasına dikkat etmek gerekir.
18. Daha sıkı bir işbirliğinin uluslararası, bölgesel ve çift taraflı anlaşmalar çerçevesinde yapılmasını, veya iç hukuk düzenlemeleri ile diğer devletlere, gerekirse karşılıklılık temin ederek, kendi ceza adalet sistemlerini uyguluyabilmek için kolaylık sağlanmasını öneriyor.
19. Devletleri, bölgesel anlaşmaları bu coğrafi bölge alanı dışında kalan devletlere, hatta başka bir bölgeye ait olan devletler grubuna da açmalarını davet ediyor.
20. Bütün devletleri, uluslararası kuruluşları ve özellikle Birleşmiş Milletleri ve sivil toplum kuruluşlarını bu teklifleri gözönünde bulundurmalarını ve bunların prensiplerini uygulamaya davet ediyor.

14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Viyana, 2-7 Ekim 1989)

Çeviren Av. Elif Yarsuvat

Konular:

1. Ceza hukuku ve idari ceza hukuku arasındaki farklardan doğan hukuki ve tatbiki problemler.
2. Ceza hukuku ve modern biyomedikal teknikler.
3. Yargının organizasyonu ile ceza usulü arasındaki ilişki.
4. Uluslararası suçlar ve ulusal ceza hukuku.

I. Bölüm

Ceza Hukuku ve İdari Ceza Hukuku Arasındaki Farklardan Doğan Hukuki ve Tatbiki Problemler

Giriş

1. İdari ceza hukukunun alanı genişlemiştir ve dolayısıyla iki gelişmeden ötürü önemi artmıştır: Öncelikle, Devletin pek çok alandaki müdahalesi arttığı için, bu durum, çoğunlukla temel kuralların ihlalinin yaptırımlarla cezalandıran eski idari ceza hukuku normlarıyla beraber yer alan idari düzenlemelerin çoğalmasına neden olmuştur. İkinci olarak, sosyal açıdan çok önemi olmayan ihlallerin geleneksel ceza hukukundan ayrılması yönündeki uluslararası akım, kanun koyucuların bu ihlalleri idari ceza hukuku kapsamında değerlendirmelerine neden olmuştur.
2. İhlallerin suç olmaktan çıkarılması ceza hukukunun yerindelik prensibine uygundur ve dolayısıyla kabul görmüştür. İdari ceza hukukunun genişlemesi ise, istenen bir durum değildir; idari cezalar sadece alternatif olarak kullanılmalıdır. Her halükarda kanun koyucular ve hukukçular idari ceza hukukunun sınırlarını tanımlamaya ve bu hususta uygulanacak ilkeleri belirlemeye çalışmalıdırlar.
3. Herhangi bir fiilin ceza hukukuna mı, yoksa idari ceza hukukuna mı göre cezalandırılacağı kesin bir şekilde kategorize edilemez.

Bu nedenle kanunu uygulayanların, önlerine gelen her olayda, fiilin ceza hukukuna mı, idari ceza hukukuna mı göre cezalandırılacağını belirlemeleri gerekir. Bu kararı verirken, uygulayıcının, özellikle suç teşkil eden fiilin toplumdaki yansımaları, toplumsal çıkarı etkileyebilecek olan tehlikenin veya zararın ciddiyeti, failin olaydaki sorumluluğu da dahil olmak üzere pek çok kriteri göz önünde bulundurması gerekir.

4. Ceza hukuku ile idari ceza hukuku arasındaki fark uygulanan cezaların türü ve ağırlığında olduğu kadar, aynı zamanda idari ceza hukukunda bireylerin haklarına uygulanan kısıtlamalarda da görülmektedir.
5. Yaptırım uygulanıyor olmasından dolayı idari ceza hukuku ceza hukukuna benzerlik gösterir. Bu benzerlik idari ceza hukuku usulünde de temel ceza hukuku ilkelerinin uygulanmasını gerekli kılar (Bkz. Uluslararası Politik ve Hukuki Haklar Sözleşmesi, Md. 14; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Md. 6).

Bu tespitler ışığında Kongre aşağıdaki tavsiyelerde bulunmaktadır.

1. *Sınırlamalar*

- a) İdari ceza hukuku kapsamındaki ihlallere karşı verilen cezanın makul olması ve söz konusu ihlalin ciddiyeti ve failin kişisel durumu ile orantılı olması gerekir. Kişinin hürriyetinden mahrum bırakılması veya hürriyetinin kısıtlanması ceza veya tedbir olarak öncelikle uygulanmamalıdır.
- b) Özellikle maddi tazminat cezasının ki olmak üzere, idari cezanın miktarı, aynı olayda ceza hukukunda verilecek olan yaptırımın miktarından daha fazla olmamalıdır.
- c) Bireysel hakların idari ceza hukuku prosedüründe kısıtlanması, işlendiğinden şüphe duyulan fiilin ağırlığı ile orantılı olmalıdır.
- d) Tutukluluk, yazışma ve telefon görüşmelerinin takip edilmesi ve benzer bireysel hakları kısıtlayan uygulamalar, idari ceza hukuku prosedüründe kabul görmemelidir.

2. *Maddi hukuk ilkeleri*

- a) İdari ceza hukuku ihlallerinin ve cezalarının tanımlanması kanunilik prensibi çerçevesinde yapılmalıdır. Cezai suçlar ile idari ceza hukuku ihlallerin arasındaki çizgi kanun koyucu tarafından net bir şekilde konmalıdır. İdari ceza hukuku ilkeleri ve cezaları için belirleyici bir terminolojinin uygulanması tavsiye edilir.
- b) Kişilerin idari ceza sorumlulukları, şahsi kusurları ile orantılı olmalıdır. (Kasıt veya ihmal)
- c) Fakat idari ceza hukuku yaptırımlarının doğası, idari ceza hukukunu ceza hukukuna kıyasla daha fazla şirketlerin sorumluluğuna yönelik hale getirmektedir.
- d) Hukuki vasıfta hata ve hafifletici sebepler de dahil olmak üzere, ceza hukukunda tanınmış olan hukuka uygunluk sebepleri, idari ceza hukukunda da uygulanmalıdır.

3. *Usul ilkeleri*

- a) Masumiyet karinesi ve sanığın ancak suçunun hiç şüphe götürmez bir şekilde ispatlandığı takdirde cezalandırılabilmesi ilkelerine, idari ceza hukuku tarafından riayet edilmelidir.
- b) Basit davalarda usul çabuklaştırılabilir ve çabuklaştırılmalıdır. Fakat, sanığın kendisine atfedilen suçlar ve aleyhine olan deliller hakkında bilgilendirilmesi, dinlenmesi, karşı delil sunabilmesi gerekir. Ayrıca avukat bulundurma hakkının da olması şarttır.
- c) İdari ceza davalarındaki yargılama prosedürü, idari memurlar tarafından veya diğer ceza vermeye yetkili yargı dışı organlar tarafından gerçekleştirilebilir. Fakat, her zaman yargı yolu ve karşı dava açabilme imkanı mevcut olmalıdır.
- d) Şayet bir fiil hem ceza hukuku anlamında suç, hem de idari ceza hukuku anlamında bir ihlal teşkil ediyorsa, fail iki kere cezalandırılmamalıdır. İlerde, aynı suçtan dolayı tekrar ceza alınması halinde, önceden infaz edilmeyen ceza çektirilebilir.

4. *Bilgiye ulaşım ve hukuki ve deneysel araştırmalar*

- a) İdari ceza hukukunda, özel hayata saygı çerçevesinde, vatandaşların her tür bilgiye, veriye ve idari makamların kendileri hakkında verdikleri kararlara ulaşım hakkı olmalıdır.
- b) İdari ceza hukuku alanındaki araştırmalar kolaylaştırılmalı, teşvik edilmeli, bunlar için fon tahsis edilmeli ve bu araştırmalarla idari ceza hukuku için gereken bilgilerin temin edilmesi amacı güdülmeli.

II. Bölüm

Ceza Hukuku ve Modern Biyomedikal Teknikler

1. *Genel olarak*

- 1.1 Hastalıklarla savaşta ve insan sağlığını geliştirmekte modern tıpta ve biyoteknolojide çok büyük bir başarı gösterildi. Tüm bunlar aynı zamanda istenmeyen bir takım yan etkiler ve insanlığına karşı tehlikeler yarattı. Söz konusu bireysel ve sosyal sorunları çözmek için geleneksel etik ilkelerinin bir kere daha değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, yeni kuralların da uygulamaya konulması gerekecektir.
- 1.2 Yeni sorunlar yaratan ve dolayısıyla yeni kurallar bekleyen en önemli alanlar, insanlar üzerinde yapılan araştırmalar (doğmuş veya doğmamış), organ nakli, suni dölllenme ve gen teknolojisidir. Bu alanlarda çakışan çıkarlar geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerindekiyle daha çoktur.
- 1.3 Bir yandan, özellikle insan üstünde yapılan araştırmalar söz konusu olduğunda, deney öznesinin “bilgilendirilmesi ve onayı” ile korunması gerekmektedir. Ayrıca, bu kişinin hayatının ve vücut bütünlüğünün haksız tehlikelere karşı korunması ve, bazı durumlarda, insanlık onurunu aşağılayıcı araştırmalar ile kişinin zayıf noktalarından faydalanılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Modern reproduktif tıp hem doğması muhtemel çocuğun haklarını görmemezlikten gelebilir, hem de aile ve evlilik müesseselerini tehlikeye atabilir. Modern gen taraması teknolojisi de işe alımlarda ve sigorta-

larda ayrımcılık yapılması sonucunu doğurabilir ve çevreye zarar verebilir.

- 1.4 Öte yandan, hem kişiliğin özgürce gelişmesi hakkı (prokreasyon hakkı dahil olmak üzere), hem de bilimin ve araştırmanın özgürlüğü, her bir araştırmacının bireysel menfaatlerin ötesinde insanlığın refahı için tıbbın daha ileri götürülmesindeki genel menfaat, gözetilmelidir.
- 1.5 Birbiriyle çakışan bu menfaatlerin dengelenmesine çalışılırken, farklı dinlerden, farklı hukuki kültürlerden ve sosyal düzenlerden gelen değişik etik ve politik inançlardan ortaya çıkan görüşlerin ve sonuçların olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür sorunların ülke sınırı tanımaması ve pek çok ülke arasındaki bağımlılığın artmış olması nedenlerinden ötürü, bu hususlarda uluslararası bir takım standartların, kuralların, hatta bağlayıcı kanunların hazırlanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.
- 1.6 Tüm bu farklı menfaatleri gözetebilmek için, yüksek bir tıbbi etik standart yakalayabilme amaçlayan mesleki ilkelerden, değişik infaz ve cezalandırma metodları içeren hukuki kuralara kadar, pek çok yöntem uygulanmalıdır. Özel hukukta yer alan tazminata düzenlemelerini, idari işlemler ve cezalar ile birleştiren bir strateji bu durum için en uygunu olacaktır.
- 1.7 Biyomedikal prosedürler için olan kontrol mekanizmalarının uygunluğu, aynı zamanda ulusal hukuklarda genel olarak sağlık politikasının ve araştırmacıların nasıl denetlendiğine bağlıdır. Bu aynı zamanda cezai ve sadece idari olan yaptırımlar arasındaki farkı da gösterir. Bir başka alternatif ise, bu alanda çalışan bir lisans mercii ile bağlantılı olarak ve o mercinin kendi yarattığı kurallar ve gereken uygulama tedbirlerininin sıra, kanun koyucunun salt düzenleyici bir çerçeve belirlemesi olabilir.
- 1.8 Ceza hukukunun bu konuda bir kontrol mekanizması olarak kullanılması rasyonel bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Tıbbi eylemlerin cezai sonuçlara bağlanması ve korkutan yaptırım-

lar her zaman “son çare” (*ultima ratio*) olmalıdır. İlk koşul tehlike altında olan şeyin değeri ve tehlike yaratan fiilin suçlanabilirliğidir (*Strafwürdigkeit*). Buna ek olarak bir takım metodları ekonomik açıdan birbirleriyle kıyasladığımız zaman, cezai yaptırımların uygulanmasının hem gerekli (*Strafbedürftigkeit*), hem de uygun (*Straftauglichkeit*) olması gerekmektedir.

2. *Tıbbi gelişim, tıbbi araştırma gerektirir*

- 2.1 Yeni ve daha iyi tedavi metodlarının ve ilaçların bulunması, piyasaya sürülmeden önce insanlar üzerinde test yapılmadan gerçekleşemez. Elbette ulusal ve uluslararası ilke ve yönetmelikler; özellikle Nurenberg Code, Helsinki Deklarasyonu, (Dünya Tabipler Birliği tarafından 1964 senesinde kabul edildiği ve Tokyo’da 1975 senesinde gözden geçirildiği şekliyle) ve Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) ve Uluslararası Tıp Örgütleri Konseyi’nin (CIOMS), 1982, insanı özne olarak kullanan biyomedikal araştırmalar hakkında uluslararası tavsiye kararı mevcuttur. Fakat bu deklarasyonlar sadece etik ilkeleri içerdiklerinden, ve mesleki kişisel disipline dayandıklarından, ihlalleri halinde cezai yaptırım uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle deney öznelerinin korunması da kanun tarafından belirlenmeli ve gerekirse ihlallerin ceza hukuku tarafından cezalandırılması gerekir. Bilgisayar simülasyonu veya hayvanlar üzerinde araştırma gibi alternatif araştırma metodları ve deneyler mümkün olduğunda, bunlar tercih edilmelidir.
- 2.2 Tedavi edici araştırmalar kategorisinde -ki bunlar belli bir hastanın durumunun iyileştirilmesi amacını güderler- tıbbi hizmetlerin hukukiliği hakkındaki klasik kurallar uygulanır. Fakat bu kategoride dahi, onay alınmasının ötesinde, deney öznesinin risklerini ve tedavinin faydalarının bir üçüncü şahıs tarafından değerlendirilmesini sağlayan bir kurumun varlığı gibi, daha ciddi korumaların mevcut olması uygun olacaktır.
- 2.3 Böyle bir risk-çıkar değerlendirmesi, özellikle henüz deneme aşamasında olan yeni bir teknik veya ilaç kullanılacağı zaman,

ve deney öznesi için hemen fayda sağlayacak bir durumun olmadığı hallerde, örneğin yeni ilacın sağlıklı bir kişide ilk kez kullanımı veya bir hastanın bir kontrol grubuna dahil edilmesi hallerinde gereklidir. Her ne kadar bu deneyler, tıbbi olarak önleyici, teşhis edici ve tedavi edici amaçlar gütseler de, pek çok ülkede, bir iki istisnai düzenlemenin dışında, deney öznelere için açık hukuki güvencelerin olmadan insan üzerinde deney (tedavi amaçlı olmayan araştırma) yapılmaktadır.

2.4 Tedavi etme amacı gütmeyen araştırmalarda, öngörülen bilimsel gelişim ne olursa olsun, aşağıda sıralanan zorunluluklar açık olarak ceza hukukuna dahil edilmelidirler:

- Araştırmacı sadece bilimsel amaçlarla yola çıkmalıdır ve kişisel eğilimler veya politik amaçlarla deney öznesi karşısında görevini kötüye kullanmamalıdır.
- Hayatı ve vücut bütünlüğünü korumak amacıyla, deney öznesi hiçbir zaman somut bir ölüm tehlikesine veya çok ağır bir sağlık riskine maruz bırakılmamalıdır.
- Özgür iradeyi korumak amacıyla, hiç kimse kendi açık, yazılı ve aydınlatılmış onayı olmadan teknik bir deneye veya ilaç testine maruz kalmamalıdır.
- Araştırma öznesini olası zararlardan korumak amacıyla, zarar görenlerin uygun bir şekilde zararlarının karşılanacağı bir sigorta sistemi mevcut olmalıdır.

2.5 ¹Savunmasız kişiler için (küçükler, hamile kadınlar, zihinsel veya fiziksel özürlüler veya temel anlayış ve karar yetisinden yoksun insanlar) bir takım ek güvencelerin bulunması gerekir. Bu kişiler en azından aşağıdaki şartlar gerçekleştiği takdirde, tedavi amacı gütmeyen araştırmalara katılabilirler.

- Bazı çocuk hastalıkları veya temyiz kudretinden yoksun yetişkinler söz konusu olduğunda, bir tedavinin veya ilacın geliştirilmesinin veya yaratılmasının aynı yaştaki veya

aynı hastalığa sahip başka kişilere uygulanarak yapılmasının mümkün olmaması halinde.

- Ayrıca tedavi amaçlı veya tedavi amacı olmayan pek çok araştırmada vasinin yetkili makam tarafından değerlendirilmiş veya onaylanmış izni gereklidir. Bu iznin alınması esnasında, kişinin kendisine mümkün olduğu oranda danışılmalı. Hiç kimse kendi sarıh rızası dışında tedavi amacı olmayan bir araştırmaya katılmaya zorlanamaz.
- Yukarıdaki şartlara ek olarak, tedavi edici olmayan araştırmalar minimum bir risk tehlikesi yaratıyorsa veya hiçbir risk öngörülüyorsa, küçüklerin ve temyiz kudretinden yoksun yetişkinlerin bu çalışmalara deney öznesi olarak katılmalarına izin verilebilir.

Savaş esirleri de dahil olmak üzere tutuklu veya hükümlülerin tedavi amacı olmayan araştırmalardan muaf tutulması gerekir.

- 2.6 Deney öznelerini korumak ve kapsamlı bir çıkar–risk değerlendirmesi yapmak amacıyla, hukukçular da dahil olmak üzere, farklı disiplinlerden gelen kişilerden oluşan bağımsız etik komiteleri kurulmalıdır.
- 2.7 Öngörülen tüm şartların yerine getirildiği detaylı bir şekilde belgelendirilmelidir.
- 2.8 Tedavi amaçlı olmayan araştırmalara katılım için ödenen ücretler, masraflarla ve şayet oluştuysa meydana gelen zararın tazmini ile sınırlandırılmalıdır; risk gözetilerek belirlenmiş mali çıkarlar olmamalıdır.
- 2.9 Bir araştırmacının veya araştırma kurumunun mevcut hukuki kurallar gereği insanlar üzerinde kendi ülkesinde gerçekleştiremeyeceği deneyleri, başka ülkelerde gerçekleştirmesinin önüne geçebilmek için bu konuda uluslararası düzenlemeler getirilmesine çalışılmalıdır.
 - Ulusal standartlar en azından uluslararası olarak kabul görmüş deklarasyon, yönetmelik ve sözleşmelerde belirtilen ilkeler ışığında şekillendirilmelidir.

- Araştırma öznelerinin haklarının ihlal edilmesi, evrensellik prensibi uyarınca uluslararası suç haline getirilmelidir.

3. *Organ nakli ve suni organlar*

3.1 Geleneksel ceza hukuku, organ nakli ve insan dokusunun kullanımıyla ilgili sorunları ve ihtiyaçları yeterince nazarı itibara almamaktadır.

- Müessir fiil, vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen ihlaller arasında ilk sırada sayılmakta iken, yaşayan bir donör tarafından yapılan organ nakli, sadece donörün gönüllü olarak organlarını verdiği durumları kapsamaktadır: Şu ana kadar hemen hemen tüm ceza kanunları hür irade gerektiren ve kişiyi uygunsuz risklere karşı koruyan açık kurallardan yoksundur.
- Ceza hukuku cansız bedeni korumadığından, yeni ölmüş birinin vücut dokusunun herhangi bir amaca tahsis edilme riski her zaman mevcuttur.
- Öte yandan, cansız beden müdahalelere karşı korunursa, veya ölenin ailesine veya vekiline bu beden üzerinde tamamıyla söz hakkı verilirse, başka bir hastanın yaşamını kurtarmak için yapılabilecek olan organ nakli fırsatı oldukça sınırlanacak veya tamamen ortadan kalkacaktır.

3.2 Bu tür aksaklıkların veya açık olmayan hususların giderilmesi ve konuyu düzenleyici yeni kurallar konması hem ihtiyacı olanlar için organ sağlanabilmesi hem de donörlerin ve doktorların korunması için gereklidir. Bu konuda yeni kanunlar yapılırken, yaşayan donörler ile cansız bedenler arasında bir fark yaratılması şarttır.

3.3 Yaşayan donörlerden alınarak yapılan organ nakillerinde aşağıdaki koşulların mevcudiyeti özellikle önemlidir:

- Donör, riskler ve izlenecek prosedür hakkında tam olarak bilgilendirilmeli ve açıkça rıza göstermelidir.
- Kendi kendine tekrar oluşamayacak ve/veya kaybı hayati tehlike oluşturacak veya sağlığa ciddi bir zarar verecek or-

gan ve doku nakillerinde özel bir risk-çıkara değerlendirilmesi yapılmalıdır.

- Çocuklar ve temyiz kudreti sınırlı kişiler söz konusu ise, bu sınırlandırmalara özellikle önem verilmesi gerekir. Yasal vasinin izninin mevcut olduğu hallerde dahi, bu kişilerin organ nakli yapmalarına ancak yakın bir akraba veya arkadaşı kurtarmak amacıyla gerekli olduğunda ve tıbben uygun bir başka donörün mevcut olmadığı hallerde izin verilebilir. Aynı mantıkla, bu kural hükümlülere de uygulanmalıdır. Yasal vasinin izni, yetkili makamın değerlendirme ve onayına tabidir. Organ naklinin, yasal vasinin izniyle gerçekleştirildiği hallerde, bu kişi, ilgili prosedürün onaylanması kararı verilirken herhangi bir söz hakkı olmamalıdır.

3.4 Ölmüş bir kişiden organ veya doku nakli yapılması konusunda karar verilirken, bu kişinin sarıh veya zımni olarak önceden bildirilmiş iradesine bakılmalıdır.

- Ölen kişinin iradesi yeterli derecede güvenilir bir kaynak ile veya başka bir şekilde belgelenemiyorsa, en yakın akrabasının karar vermesi beklenmelidir.
- Başka bir alternatif de, kişi ölmeden önce açıkça böyle bir prosedüre itiraz etmediği ve yakın akrabalarının bu konuda karşı görüşlerinin mevcudiyeti hakkında hiçbir bilgi sahibi olunmadığı hallerde organ ve doku nakline izin verilmesidir.

3.5 Organların erken naklini engellemek için, ölümün tespiti konusunda genel bağlayıcı kurallar koymak ve bu tespitin her bir olayda gerçekleştirilmesi için gereken prosedürü kanunlara bağlamak gerekmektedir. Bu düzenlemeler uluslararası standartlar ve uygulamalar gözetilerek yapılmalıdır. Ölümün tespiti, nakil işlemlerini gerçekleştirecek olan her iki ekibin dışındaki bir doktor tarafından gerçekleştirilmelidir.

3.6 Hastanın insan onuruna yaraşır bir şekilde ölme hakkı, uygun bir organ donörü olduğu gerekçesiyle ihlal edilemez.

- 3.7 Organ nakli veya suni organların kullanımının tedavi edici olarak algılanması için, öngörülen koşulların (Bkz. 2.2) yerine getirilmesi gereklidir.
- 3.8 Gonadların (testikül veya ovaryum) nakli yasaklanmalıdır.
- 3.9 İzinsiz olarak suni organları yerinden çıkartmak veya yenisinden kullanmak yasaklanmalıdır.
- 3.10 İnsan organ ve dokularının ticareti gerekirse cezai yaptırımlar uygulanarak engellenmelidir. Özellikle, donörlerin veya onların akrabalarının ekonomik ihtiyaçlarından faydalananak elde edilen organ ve dokuların kullanılmasını engellemek için ulusal ve uluslararası kurallar konmalıdır.

4. *Suni dölleme*²

- 4.1 Tıbbi yardım ile üreme (suni dölleme, tüp bebek, embriyo transferi, taşıyıcı annelik) konusuna bağlı olarak ortaya çıkan hukuki sorunlar, pek çok ülkede hala çözülmemiştir. Bunlar aile hukuku (gamet bağışlarda anne-baba-çocuk ilişkisi veya donörlerin ücretlendirilmesi), kişinin kendi soyunu bilme hakkı ve embriyonun (bkz. 5.2) hukuki statüsü konularıyla bağlantılıdır. Bunun bir sonucu olarak, bu durumlarda cezai yaptırımların ne kadar gerekli olduğu konusu, en azından donör yoluyla suni dölleme yapılan sistemlerde, hala pek çok ülkede tartışılmaktadır. Bu problemlerin çözümünde mümkün olduğu kadar uluslararası uzlaşmalara varılmalıdır.
- 4.2 Dölleme hususunda uygulanan biyomedikal teknikler kati bir şekilde yasaklanmış değildir. Biraz tereddütlü yaklaşılması tavsiye edilmekteyse de, bazı tekniklerin cezai yaptırımlara bağlanması gerekebilir. Fakat bu konuda getirilecek olan düzenlemeler, her bir üreme tekniğinin özellikleri göz önünde bulundurulurken yapılmalı ve insan hayatını oluşturan biyolojik gerçeklik göz ardı edilmemelidir.

² Son oturum esnasında, Mısır ulusal grubu, kişinin kocasından başka herhangi bir kişiden çocuk üretmesinin, İslamın temel prensiplerine aykırı olduğu gerekçesiyle, heterolog döllemeyle ilgili bölümlere çekince koymuştur.

- 4.3 R prod ktif tıp alanında eğer cezai yaptırımlar uygulanacaksa, bunlar sadece uygunsuz olduğuna dair geniş bir toplumsal consensus olan fiillere uygulanmalıdır.
- 4.4 Gerekirse, ceza hukukunun getireceği yasaklamalar, bir takım usulü uygulamalara ve belgelendirme zorunluluklarına tabi olmalıdır. Bu kuralların ihlali halinde, etik ve idari yaptırımlar uygulanmalıdır.
- 4.5 Ceza hukuku kapsamında getirilecek olan kurallar ve yaptırımlar, özellikle aşağıda belirtilen konulara değinmelidir.
- R prod ktif tıp tarafından üretilen çocukların, özellikle kendi nesebini bilme hakkından (evlat edinmeye dair olan ulusal kurallarla uyumlu olarak) yoksun bırakılmaması gözetilmelidir.
 - Gamet bağışı söz konusu olduğunda, bir takım minimum güvencelerin, özellikle alıcının sağlığı ve nesebi için gerekebilecek bilgilendirmenin mevcut olması gerekir.
 - Gamet veya embriyoları belirli bir s renin dışında muhafaza etme yasağı.
 - Post-mortal döllenmenin sınırlandırılması.
 - Doğal yollarla, nidasyon aşaması geçildikten sonra embriyonun vücut dışında geliştirilmesinin yasaklanması.
 - Gamet ve embriyoların ticaretinin ve taşıyıcı annelik denilen hamileliğin ticarileştirilmesinin reklamlar da dahil olmak üzere engellenmesi.
 - Doktorun inanç özgürlüğü de dahil olmak üzere, ilgili tüm tarafların (gamet donörleri dahil) h r iradelerinin korunması.
 - İnsanın üremesi amacı dışında bir amaç için insan embriyosu üretmenin yasaklanması.
- 4.6 Hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne tıbbi yardım ile üreme alanında da uyulmalıdır. Çocuğun çıkarları gözönünde bulundurulurken ortaya çıkabilecek herhangi bir ifşa etme hak veya yükümlülüğü açık olarak kanunda düzenlenmelidir.

5. *Yaşayan embriyolar üzerinde ve bu embriyolar ile yapılan araştırmalar*

- 5.1 Pek çok ülkede mevcut olan, kürtaj hakkındaki kapsamlı yasal düzenlemelerin haricinde, ceninin ana rahmine düşmesi ile nidasyon (embriyonun rahimde tam olarak oluştuğu aşamadır) arasındaki dönemde dölleniş yumurtanın korunması hususunda özel hukuki düzenlemeler bulunmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak, araştırmacılar vücut dışında üretilmiş, fakat implante edilmemiş embriyolarla istediklerini yapabilirler. Bunları alabilirler, ölmeye bırakabilirler veya örneğin yıkayıp atarak veya deney amaçlı kullanarak yerlerinden çıkartabilirler. Aynı durum nidasyon aşamasından önce bir kadının vücudundan alınan embriyolar söz konusu olduğunda da mevcuttur. Şayet insan embriyolarına müdahale konusunda etik bir takım ilkeler varsa da, bunlar genellikle tatbik edilemez veya ihlalleri cezalandırılmaz. Bunun kabulü mümkün değildir.
- 5.2 Henüz implante edilmemiş insan embriyosunun hukuki olarak korunmasının kapsamı, bu embriyoya verilen ahlaki statü ile bağlantılıdır. Her ne kadar bu embriyoların ahlaki statüleri konusunda evrensel bir mutabakat yoksa da, ve bu konudaki uluslararası tartışmalar hala devam etmekte ise de, prensip olarak insan hayatının, gametlerin birleşme anından itibaren bu erken dönemdeki embriyonun kişi olarak algılanıp algılanmaması veya temel haklara sahip olup olmadığı hususlarına bakılmaksızın, korunmaya değer olduğu hakkında oy birliği –her ne kısıtlama getirilirse getirilsin– vardır.
- 5.3 Embriyoya müdahale onun kendi iyiliği için, tedavi amaçlı bir uygulama olduğu müddetçe, hukuki olarak herhangi bir itirazda bulunulamaz. Bu durumlarda tedavi amaçlı araştırmalar için düzenlenen kurallar (bkz. yukarıda 2.2) uygulanmalıdır. Diğer ilgili tarafların, özellikle hamile kadının, hak ve çıkarlarına saygı gösterilmelidir.
- 5.4 Öte yandan embriyolar üzerinde yapılan tedavi amaçlı olmayan araştırmalar konusunda çok farklı görüşler mevcuttur.

- Genellikle embriyonun sadece araştırma amacıyla üretilmesinin devlet tarafından yasaklanması ve mümkünse cezai yaptırıma bağlanması tercih edilmektedir.
- Bir vakada ihtiyaç olandan daha fazla yumurta döllenmesi tercih edilir.
- Bunun dışında embriyonun kasti veya önlenemez bir şekilde ölümüne sebebiyet veren bir uygulama sadece; embriyonun implante edilmesi mümkün değilse, eğer araştırmanın amacı sadece çok yüksek faydalar elde etmekse ve bu amaçlara başka yollarla ulaşmak mümkün değilse ve embriyo nidasyon aşamasının ötesine geçmediyse, kabul edilebileceği görüşü çoğunluktadır. Fakat bu bahsi geçenler, bu önkoşulları içeren bir deneyin değerlendirilmesi hususunda hiçbirşey ima etmemektedir.

5.5 Gamet donörlerinin, embriyolar üzerinde ileri sürebilecekleri hiçbir mülkiyet hakkı kabul edilemez. Bu yasak, donörün, ilgili bulunduğu embriyo üzerinde araştırma yapılması için onun izninin alınmasına gerek olmadığı anlamına gelmez.

5.6 Embriyoya yapılan tüm müdahaleler, usul ve koşulları belirleyen özel düzenlemeler ile sınırlandırılmalıdırlar. Bu sınırlandırmanın etik kurallar ve ihlallere karşı uygulanabilecek bazı güvenceler ile (örneğin etik komisyonu tarafından yapılacak önleyici kontroller ile – bkz. yukarıda 2.6) gerçekleştirilememesi halinde ceza hukuku ve infaz mekanizmaları devreye girmelidir.

6. *İnsan genotipine müdahale (genom analizi, gen tedavisi)*

6.1 Kanun genetik mirasın suni müdahalelerle ihlal edilmesini engellemelidir.

6.2 İnsanın genetik mirasına yapılabilecek her türlü müdahalenin sınırı kanun tarafından belirlenmelidir. Tedavi amaçlı olmayan bu tür uygulamalara karşı sadece kişilerin değil, aynı zamanda kamunun sağlığının korunması gerekir. Burada özellikle biyoteknik deneyler sonucu çevrenin kirlenmesinin engellenmesi konusundan bahsedilebilir.

- 6.3 Doğum öncesi gen tespitinin, embriyonun doğum öncesi veya doğum sonrası gelişimi için tehlike oluşturan genetik hastalıkların mevcudiyeti şüphesi durumları ile sınırlandırılması gerekir. Kürtaj yapabilmek için embriyonun cinsiyetini öğrenmek amacıyla doğum öncesi tespit metotlarını kullanmak, tıbbi açıdan kabul göremez ve reddedilmelidir. Doğum öncesi teşhislere dayanılarak verilen tıbbi tavsiyeler, çocuğun sağlığını tehlikeye sokabilecek risklerle sınırlı olmalıdır. Doğum öncesi tespit yapılması için, hamile kadından alınması gereken izin, daha sonra şayet çocukta herhangi bir zarar olduğu ortaya çıkarsa, çocuğun alınmasını istemesine bağlı olmamalıdır.
- 6.4 Genlerde oluşan zararlar üzerinde epidemiyoloji testleri yaparken, kişiye ait olan tıbbi belgeler de dahil olmak üzere, kişinin genetik teşhisi sadece, eğer kullanılması gerekiyorsa, testin açıkça tıbbi bir hedefi olduğu hallerde ve de toplanan genetik bilginin kötüye kullanılmaması için güvenle saklanabildiği hallerde kullanılmalıdır. Bu tarz testler yapılmadan önce mutlaka kişinin tam olarak izninin alınması gerekir. Bu durum genetik bilginin her türlü toplanması, saklanması ve kullanımı için de geçerlidir.
- 6.5 Verilerin gizliliğinin sağlanması için özel hukuki bir koruma sağlanmalı ve genetik tespit veya analize dayanılarak yapılan ayrımcılığın (örneğin işe almalarda ve sigorta söz konusu olduğunda) yasaklanması gerekir. Tüm bu garantiler (gerektiğinde) ceza hukuku tarafından desteklenmelidir.
- 6.6 Genetik teşhis tekniklerinin adli tıp tarafından kullanılması hususu da kanun tarafından düzenlenmelidir.
- 6.7 Tedavi kurallarına riayet edildiği sürece, tedavi amaçlı yapılan somatik hücrelerdeki gen transferlerinin sınırlandırılması için, hiçbir neden yoktur (bkz. yukarıda 2.2).
- 6.8 Tedavi amaçlı olmadan jerminal hücrelere yapılan gen transferleri hiçbir şekilde kabul edilemez. Ayrıca, insan jerminal hücrelerine yapılan gen transferleri, jerminal hücre tedavisi-

nin daha önceden yapılan somatik hücre tedavileri ve hayvanlar üzerinde yapılan testler sonucunda güvenli oldukları ortaya konuncaya kadar kabul edilemez. Bu araştırma moratoryumu profesyonel ilkeler ışığında ve/veya idari izinlerle sınırlandırılmış şekilde gerçekleştirilmelidir.

6.9 İnsanlar üzerinde klonlama deneyleri yapılması ceza hukuku tarafından yasaklanmalıdır.

6.10 İnsan hücrelerinin hayvan hücreleriyle karyogami yoluyla birleştirilmesi suretiyle hibrit ve chimeralar yaratmayı hedefleyen deneyler cezalandırılmalıdır.

III. Bölüm

Yargının Organizasyonu İle Ceza Usul Arasındaki İlişki

Ceza usul ile yargının organizasyonu arasında araştırmacıların hem doktrinal hem de deneysel açıdan özellikle dikkat etmesi gereken bir bağ mevcuttur. Bu ikisinden birinde bir değişiklik yapılması gerektiğinde, kanun koyucunun da bu bağı göz önünde bulundurması şarttır. Değişiklik yapılırken, özellikle temel haklarının korunması ile adalet sisteminin etkili çalışması arasında iyi bir denge kurulması gerekir.

1. *Adalet sisteminin altyapısı*

Adalet sisteminin hedefleri gerçekleştirilirken daha verimli sonuçlar alabilmek için, devletler bu alandaki ekonomik kaynaklarını arttırmalı ve teknik ekipmanlarını modernize etmelidirler. Adalet sistemi için alınacak ekonomik tedbirler, sistemin niteliğini iyileştirmeye yönelik olmalı. Örneğin, ekonomik nedenlerle meslektaşlar arasında işbirliği ilkesinin sınırlandırılmasına imkan verilmemelidir.

2. *Merciiler ve görevleri*

2.1 *Hakimlerin atanması ve eğitimi.* Adalet sisteminin kalitesi, yani adli organların kapasiteleri ve ceza prosedürünün amacına ulaşması için konan usul kuralları, çoğunlukla hakimlerin kişisel durumlarına ve mesleki niteliklerine bağlıdır.

Bu nedenle devletler;

- Hakimlerin seçilmesi, atanması, maaşlarının ödenmesi ve çalışma koşulları hakkında özen göstermeliler ve bu kişilerin mesleki eğitimlerinin devam etmesine çalışmalıdırlar.
- Pek çok şeyin yanı sıra hakimlerin tarafsız ve bağımsızlığı için kurumsal ve usuli bir takım güvenceler (örneğin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Konseyi) ortaya koymalıdırlar.
- Aynı zamanda cinsiyet, kıdem, görüş gibi nedenlere dayanılarak hakimler arasında hiçbir ayırım yapılmamasına gayret göstermelidirler.

2.2 *Adalet sistemine katılım.* Adalet sistemine katılım, farklı ceza sistemlerinde, o sistemin hukuki geleneklerine ve anayasal ve politik yapısına göre farklılık gösterir. Tüm yetki alanlarında, temyiz hakkı gibi, temel yargı kurallarının uygulanıyor olması tercih edilir.

2.3 *Özel mahkemeler.* Özel mahkemelerin³ kurulması, bu mahkemelerin amacının adaleti iyileştirmek olduğu taktirde ve adil yargılama güvencelerinin korunduğu hallerde kabul edilebilir. Özel “ad hoc” mahkemeler yasaklanmıştır.

2.4 *Yüksek mahkeme.* Farklı sistemlerde yüksek mahkemelere bir yandan kanunların doğru uygulandığı hususunda kontrol ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması görevleri yüklenir, bir yandan da kanunların tutarlı bir şekilde yorumlanması ve -eğer mümkünse- hukukun geliştirilmesi sorumluluğu verilir. Yüksek mahkemenin türü ne olursa olsun, -hukuki kontrol için Yargıtay veya son temyiz mercii (Fransız sisteminde üçüncü derece mahkeme)- etkili bir şekilde çalışmalarını etkileyen ciddi iş yükleri, hem güncel hem de tüm yetki bölgeleri için geçerli diyebileceğimiz bir fenomendir. Bu nedenle, kanun koyucunun anayasa sistemindeki değerleri göz önünde bulundurarak ve her zaman yüksek mahkemelerin temel amaçlarına saygı göstererek bu probleme bir çözüm bulmak için çalışmaları gerekmektedir. Usul huku-

3 Bu karar özel durumları nedeniyle, çocuk mahkemeleri için geçerli değildir.

kunda veya maddi hukukta (örneğin, hiçbir şekilde kabul edilemez temyiz taleplerinin resen reddedilmesi veya ceza usuldeki zaman aşımı sürelerinin durdurulması) değişiklikler yapılabilir. Adli yargının organizasyonunda (örneğin, filtre görevi görececek bir daire kurulabilir), baroların çalışmalarında (örneğin, avukatlar belli konularda uzmanlaşabilir) değişiklikler yapılabilir ve hakimlere yardımcı olan kadronun iyileştirilmesi (nitelikle yardımcı personel, örneğin araştırma görevlileri) sağlanabilir.

- 2.5 *İddia makamı*. Tarafsız ve objektif olması gereken iddia makamının, kanunun doğru bir şekilde uygulanmasının kefil ve ceza prosedürünün girişimcisi olarak ikili bir rolü vardır. Buna müsaade edilen ülkelerde, iddia makamı ceza sisteminde genel direktifler alabilir. Fakat, iddia makamı adaletin yerine getirilmesine katkıda bulunurken, tam bir bağımsızlık içinde çalışmalıdır. Yargılanan kişilerin eşit muamele görmeleri için ve iddia makamlarının uygulamalarının uyumlu olması için, bu makamın kendi kurumsal yapısı içinde bazı ilkeler geliştirmesi uygun olacaktır.
- 2.6 *Davanın somut temellere dayandığının değerlendirilmesi*. Yargı, kişilerin haksız ve mesnetsiz sebeplerle yargılanmasına engel olmalıdır. Bu hedef örneğin iddianameleri değerlendiren bir yargı makamı kurarak gerçekleştirilebilir.
- 2.7 *Savunma*. Herkes soruşturmanın ilk başından itibaren ceza prosedürünün her aşamasında etkili bir şekilde avukat yardımından faydalanma hakkına sahiptir. Adaletin yerine gelmesi için ve bu hakkın etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, yeterli ekonomik gücü olmayan sanık veya mağdurlara avukat temini amacıyla adli yardım sağlanmalıdır.
- 2.8 *Soruşturma kurumları ve yargı mercileri*⁴. Ceza yargılamasının niteliği büyük ölçüde suçu araştıran kurumlara ve bu kurumların yaptıkları araştırmaların kalitesine bağlıdır. Bu nedenle, bu kurumlarda çalışacak kişilerin işe alımına ve eği-

⁴ Anglo-Saxon sistemindeki iddia servislerini de kapsar.

timine, bu kurumlara yeterli ekipman tahsis edilmesine ve bu organların ceza yargılamasına dahil olan kişilerin hak ve çıkarlarını koruyarak etkili çalışmalarına devletlerin özel bir çaba sarfetmeleri gerekmektedir. Bu tarz kurumların iddia makamı veya yargıda rolü olan diğer mercilerin denetim ve gözetimi altında çalışmaları gerekir. Temel hakları kısıtlandıran herhangi bir durum yargı merciinin denetimine sunulmalıdır.

3. *Ceza yargılaması prosedüründeki farklılıklar ve uzmanlaşmalar*

Organize suç, ekonomik suçlar, kabahatler, uluslararası ve milletlerüstü suçlar gibi farklı türde suçların önlenmesi ve kontrol altına alınması için ceza hukukunun ve yargı mercileri arasındaki ilişkinin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Temel hak ve hürriyetlerle ve çeşitli ülkelerin anayasalarıyla uyumlu olan bu amaçların gerçekleştirilmesi için aşağıda sıralanan suçlarla etkili bir şekilde başa çıkabilmek için gerekli tüm tedbirlerin alınması tavsiye olunur:

- Organize suçlar: Diğer tüm devlet organlarıyla koordine bir şekilde çalışan “Organize yargı” ile;
- Ekonomik suçlar: İlgili mercilerde uzmanlaşmalar gereklidir.
- Kabahatler: Geleneksel ceza yargılamasında kullanılan metodlara alternatif başka orantılı uygulamalar getirilmelidir.
- Uluslararası ve milletlerüstü suç: Devletler arasındaki işbirliği artırılarak, ulusal yetki sınırlarının çizdiği bariyerleri geçmek ve uluslararası ceza hukuku (civitas maxima) konusunda yeni ilkeler geliştirmek.

IV. Bölüm

Uluslararası Suçlar ve Ulusal Ceza Hukuku

Uluslararası suçların önlenmesi, yargılanması ve bastırılması konularında ve özellikle uluslararası insan hakları sözleşmelerinde formüle edildiği şekliyle usuli teminatların kanunlaştırılması için yapılan Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (A.I.D.P.), Uluslararası Hukuk Derneği (I.L.A.) ve pek çok bireysel akademisyenin çalışmalarına itibar edilmektedir.

Ayrıca aşağıda sıralananlar da dikkate alınmalıdır:

- Uluslararası Hukuk Komisyonu (I.L.C.) tarafından düzenlenmiş Nuremberg ilkeleri,
- Sözleşme Hukuku alanındaki 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu (Madde 60, 64),
- Birleşmiş Milletler'in Suç ve Gücün Kötüye Kullanılmasının Mağdurları İçin Temel Adalet İlkeleri (Genel Toplantı Kararı 40/34),
- I.L.C. tarafından hazırlanmış Kamu Huzuru ve Güvenliğine Karşı Suçlar Hakkında Kanun Taslağı
- Milletler Birliği ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Taslak Yönetmeliği
- "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Vakfı" (Wingspread) tarafından hazırlanmış Uluslararası Ceza Kanunu Taslağı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi için Taslak Yönetmelik,
- A.I.D.P. 1925 ve 1935 tarafından Birleşmiş Milletler'e ve seleflerine sunulmuş Model Uluslararası Kanun
- I.L.A. tarafından hazırlanmış taslak, Uluslararası Ceza Soruşturma Komisyonu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Yönetmeliği (beş adet ek protokol ile)
- Kamu Huzuru ve Güvenliğine Karşı Suçlar Hakkında Kanun Taslağının gözden geçirilmesi için I.L.C.'nin hazırlamış olduğu son raporlar,
- ve uluslararası suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu hakkında özel şahıslar tarafından hazırlanmış taslaklar,

Viyana'da 1989'da toplanan 14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi katılımcıları aşağıdaki kararları almışlardır.

I. Kısım

Uluslararası Suçları Tanıma ve Kanunlaştırma Çabaları

1. Uluslararası ceza hukukunu mümkün olduğu kadar etkili kılmak için, uluslararası suçlar iki kategoriye bölünmelidir.

- a) *Stricto sensu uluslararası suçlar*. Bu tarz suçlar uluslararası camia tarafından uluslararası hukukun yaratılması için kabul edilen genel kurallar çerçevesinde tanınmıştır. Buna göre, kişilerin doğrudan cezai sorumluluğu sadece tanımayla gerçekleşebilir. *Stricto sensu* uluslararası suçlar, sadece uluslararası camianın yüksek değerlerinin ihlali ile sınırlandırılmalıdır. Şayet bu koşullar gerçekleşirse, diğer uluslararası suçlar da ek olarak kabul edilebilir.
- b) *Lato Sensu uluslararası suçlar*. Bu suçlar uluslararası camia tarafından uluslararası hukukun yaratılması için genel olarak kabul edilmeyen ve bir takım değerlerin ihlalini içeren suçlardır. Bu değerlerin korunması için devletlerin işbirliği içinde olması gerekir. Bu tür suçların sorumluluğu iç hukuklarda düzenlenmiştir.
2. Devlet başkanları ve memurları uluslararası suçlar söz konusu olduğunda cezai sorumluluktan muaf tutulamazlar. Ne bir devlet çıkarı, ne de herhangi bir ulusal kanun *stricto sensu* uluslararası suçların gerekçesi olarak kabul edilemez. Bir emrin yerine getirilmesi amacıyla hareket edildiği iddiası, sadece bu emir temelden kanuna aykırı değilse bir gerekçe olarak görülebilir.
3. *Stricto Sensu* uluslararası suçları yargılamak için, uluslararası camia tarafından bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmalıdır. Fakat devletler bu mahkemeden kendi yetki alanlarına giren başka tür uluslararası suçların yargılanmasını talep edebilirler. Bu teklif aynı zamanda bölgesel bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasını da içermektedir.

II. Kısım

Uluslararası Suçların İç Hukukta Düzenlenmesinden Doğan Hukuki Problemler

1. Günümüzde uluslararası suçların yargılanması sadece ulusal mahkemelerde yapılabilir (dolaylı uygulama modeli).
2. Cezai hükümler içeren uluslararası sözleşmelere taraf olan devletler, bu hükümlerin kendi ulusal kanunlarına sokulması için elle-

rinden gelen tüm çabayı göstermelidirler. Şu an itibarıyla uluslararası ceza hukukunun gelişmesi için uluslararası sözleşmelerdeki hükümlerin iç hukuklara belirli bir hüküm vasıtasıyla sokulması en uygun metoddur. Ama, uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilirliği, şayet yeterince açık hükümler içeriyorlarsa, gözardı edilmemelidir.

3. Cezai hükümler içeren uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan en önemli yükümlülük, belli fiilleri iç hukukta da yaptırıma bağlamaktır. Yeni ceza hükümleri ile açıkça yaptırımlara bağlamak, bu yükümlülüğü yerine getirmek için en iyi metottur. Bunu yaparken ve savaş suçları söz konusuysen, en azından Cenevre Konvansiyonu'nun "ağır ihlali" iç hukukta açıkça düzenlenmelidir.
4. Uluslararası suçların özel durumu cezai sorumlulukta yeni farklı ilkeler yaratma neticesi doğurmamalıdır. *Stricto Sensu* uluslararası suçların özel durumu, bunların hiçbir şekilde sınırlandırılmamalarını haklı gösterir.
5. Devletler, uluslararası suçlar konusunda yetki boşlukları olmamasına özen göstermelidirler. Fakat aynı suç için farklı devletlerin ulusal mahkemelerinde birden fazla yargılama yapılmasına uluslararası kabul görmüş *ne bis in idem* ilkesi gereğince engel olunmalıdır.
6. Uluslararası suçlar konusunda gösterilen uluslararası işbirliği geliştirilmelidir. Örneğin, taraflar arasında bir sözleşme olmaması, karşılıklılık olmaması, veya failin tabiyeti bu işbirliği açısından bir engel teşkil etmemelidir.
7. Uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi, sanığın haklarını sınırlandırmamalıdır. Özellikle kişinin insan haklarına dair uluslararası sözleşmelerce korunan haklarına saygı gösterilmelidir.
8. Özellikle gücün kötüye kullanılması yoluyla işlenen uluslararası suçların mağdurlarına, olayı yargıya götürme imkanı verilmelidir. Örneğin, ceza prosedürünü başlatma imkanları olmalıdır.

15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Rio de Janeiro, 4-10 Eylül 1994)

Çeviren Ar. Gör. Güçlü Akyürek*

I. Bölüm

Çevreye Karşı Suçlar. Genel Hükümlerin Uygulanması.

Giriş

Şu anki ve gelecek kuşaklara, sağlıklarına ve bir parçasına oldukları çevreye yönelik, endüstriyel ve benzer faaliyetlerin neden olduğu artan riskleri göz önünde tutarak,

Diğerlerinin yanında, ulusal ve uluslararası hukuka aykırı biçimde çevreye karşı suçların işlenmesinden kaynaklanan, çevrenin giderek bozulmasıyla ilgili dünya çapındaki endişeleri göz önünde tutarak,

Çevreye karşı suçların ulusal ceza yasalarında ve çevre koruma yasalarında, uluslararası sözleşmelerde, tavsiye kararlarında ve sonuç kararlarında tanınmasına yönelik yakın zamandaki gelişmeleri göz önünde tutarak,

Avrupa Konseyi'nin Çevrenin Korunmasına Ceza Hukukunun Dahil Olması Kararı 77 (28), Şirketlerin Suçtan Sorumluluğuna Dair Tavsiye Kararı 88 (18), Avrupa Adalet Bakanlarının İstanbul'da 1990 yılındaki Konferanslarında kabul ettikleri 1.nolu Kararı ve Avrupa Konseyi'nin ceza hukuku aracılığıyla çevrenin korunmasına yönelik bir Avrupa Sözleşmesi geliştirmeye yönelik devam etmekte olan çalışmasını göz önünde tutarak,

Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisine Dair 8.BM Kongresince sunulan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 45/121 sayı ve 1990 tarihli kararı ile kabul ettiği Ceza Hukuku Aracılığı ile Çevrenin Korunmasına Dair Kararı; Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyinin 1993/32 ve Haziran 1994 kararlarını ve gündemi "Ulusal ve sınıraşan ekonomik ve örgütlü suça karşı eylem ve çevrenin korunmasında ceza

* Galatasaray Üniversitesi Ceza Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

hukukunun rolü” olan, yaklaşan Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisine Dair 9.BM Kongresinin hazırlık belgelerini göz önünde tutarak,

Uluslararası Hukuk Komisyonunun BM Genel Kuruluna sunduğu 1991 raporundaki tavsiyeleri göz önünde tutarak,

19-23 Mart 1994 tarihinde Portland, Oregon’da yapılan Çevre Suçlarına Dair Uluslararası Uzmanlar toplantısında önerilen *Çevreye Karşı Suçların Ulusal Düzenlenmesine Yönelik Modeli* göz önünde tutarak,

Çevreye karşı ciddi suçlar ve çevreye verilen zararın giderilmesi için uygun yaptırımlar getirme arzusunu göz önünde tutarak,

2-6 Kasım 1992 tarihinde Ottawa, Kanada’da yapılan, çevreye karşı suçlara ceza hukukunun uygulanmasına dair AIDP Hazırlık Kolokyumunun tavsiyelerini inceleyerek ve tartışarak,

Tavsiyeler

I. Genel ilkeler

1. Çevre; yeryüzünün yaşamsal ve yaşamdışı tüm bileşenleri anlamına gelir ve toprak, mineral kaynaklar, flora ve fauna ve bu bileşenler arasındaki tüm ekolojik iç ilişkileri de kapsayacak şekilde havayı, atmosferin tüm katmanlarını, suyu ve yüzeyi kapsar.
2. 1986’da Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu (Bruntland Komisyonu) tarafından açıkça dile getirilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1992’de kabul edilen *Sürdürülebilir Kalkınma İlkesi*, şu anki kuşağın gereksinimlerini karşılamaya yönelik ekonomik kalkınmanın gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılayabilme olanaklarına zarar vermemesi gerektiğini ortaya koymaktadır.
3. 1992’de Rio de Janeiro’daki Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı’nda açıkça dile getirilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen *Özen İlkesi*, ciddi veya geri döndürülemez zarar tehlikesinin olduğu durumlarda, bilimsel açıdan kesin olarak emin olamamanın, çevrenin bozulmasını önleyecek uygun önlemlerin ertelenmesi için bir neden olarak kullanılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

4. Devletlerin ve toplumun, *Sürdürülebilir Kalkınma İlkesi* ile *Özen İlkesi'ne* çevreye zarar verme olasılığı olan faaliyetlerde bulunan tüm gerçek kişiler, özel kurumlar ve kamu kurumlarınca uyulmasını olabildiğince sağlama sorumluluğu vardır.
5. *Sürdürülebilir Kalkınma İlkesi* ile *Özen İlkesine* uyulmasını sağlamak için, devletler; teşvikler, uzlaşmalar, izin ve düzenleme yetkileri ile konulan kurallara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımlar da dahil olmak üzere geniş önlemler öngörmek zorundadırlar. Gerekli durumlarda, ceza hukukunun da çevrenin korunması için uygun önlemler sağladığı görülmelidir.

II. Çevreye karşı suçlarla ilgili özel düzenlemeler

6. *Yasallık ilkesi* ile uygun olarak, çevreye karşı suçların tanımında belirlilik olmalıdır.
7. Var olan idari ve düzenleyici kurallara uyulmaması halinde uygulanan ve özgürlüğü bağlayıcı olmayan veya bir şirketin kapanmasını öngörmeyen *yaptırımlarla*, çevreye ciddi zarar veren kusurlu eylem veya ihmalleri önlemek veya cezalandırmak amacıyla uygulanan *cezai yaptırımlar* arasında ayırım yapılmalıdır.
8. Cezai yaptırım uygulanacak çevreye karşı suçların asgari maddi unsuru şunlar olmalıdır:
 - (a) çevreye veya insanlara ciddi zarar veren bir icra veya ihmal; ya da
 - (b) var olan çevresel kurallara aykırı ve çevreye veya insanlara karşı gerçek ve yakın (somut) bir tehlike yaratan bir icra veya ihmal.
9. Cezai yaptırım uygulanacak çevreye karşı bir suçun tanımında olması gereken, hem icra hem ihmal hem de neticeleri açısından geçerli, asgari manevi unsur bilme, isteme, dikkatsizlik (olası kast, ağır kusur veya ulusal hukuktaki karşılığı) ya da, ciddi sonuçlar söz konusu ise, taksir olmalıdır.
10. Bir failin, çevreye ciddi zarar verebileceğini bilerek hareket ettiği veya ihmalde bulunduğu ve sonuçta bu zararın gerçekleştiğinin sabit olduğu durumda, bir lisansa, izne veya kurallara ya da dü-

zenlemelere uygunluğun bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması makul biçimde sınırlandırılmalıdır.

11. *Sınırlama ilkesi* ile uygun olarak, cezai yaptırımlar yalnızca hukuki ve idari yaptırımların ve çözümlerim çevreye karşı kimi özel suçlar açısından uygunsuz veya etkisiz olduğu zaman uygulanmalıdır.

III. Kurumların cezai sorumluluğu

12. Cezai yaptırım gerektiren bir eylem özel kurum veya kamu kurumu kaynaklı olabileceği gibi gerçek kişiden de kaynaklanabilir.
13. Ulusal hukuk sistemleri, anayasal veya temel hukukları açısından olanaklı olabildiği ölçüde, özel kurumlara veya kamu kurumlarına uygulanabilecek çok çeşitli cezai yaptırımlar ve/veya başka önlemler öngörmelidirler.
14. Özel kurum veya kamu kurumu çevreye veya insanlara ciddi zarar verme riski taşıyan bir faaliyete giriştiği zaman, kurumun idarecileri ve yönetim makamlarından, zararın oluşumunu engelleyecek şekilde denetim sorumluluğunu yerine getirmeleri beklenmelidir ve denetim sorumluluğu olan idareciler ve yönetim makamlarının başarısızlığının sonucu olarak ciddi bir zarar meydana gelirse, kurum cezai olarak sorumlu olmalıdır.
15. Farklı ülkelerde çevreye karşı suçlarla ilgili yasaların değişken uygulamalarından kaynaklanacak adaletsizlik riskini en aza indirmek için, ulusal hukuklar, özel kurum veya kamu kurumunda olup bu kurumlarca işlenen çevreye karşı suçlarla ilgili yasalara uyulmasını sağlanmaktan sorumlu olabilecek gerçek kişilerin sorumluluğuyla ilgili ölçütleri olabildiğince açık şekilde belirlemelidir.

Özel kurumlar

16. Bir ülkenin anayasası veya temel hukuku tarafından izin verildiği zaman, kişisel cezai sorumluluk gerekleri ile bağlı olmaksızın, bir özel kurum hakkında çevreye karşı suçlarla ilgili olarak soruşturma-kovuşturma, herhangi bir kurum çalışanına suçun sorumluluğu doğrudan yüklenemese bile, olanaklı olmalıdır.
17. Özel bir kurum, çevreye veya insanlara ciddi zarar vermekten sorumlu olduğu zaman, bu kurum hakkında çevreye karşı suçlarla

ilgili olarak soruşturma-kovuşturma, zararın kişisel bir icra ve/veya ihmalden mi yoksa zamanla oluşan toplu icra ve/veya ihmallerden mi kaynaklandığına bakılmaksızın, olanaklı olmalıdır.

18. Bir özel kuruma cezai yaptırım veya başka bir önlem uygulanması, çevreye karşı suçların işlenmesine dahil olan kusurlu gerçek kişi çalışanları sorumluluktan kurtarmamalıdır.

Kamu kurumları

19. Bir kamu kurumu, kamusal görevlerini yerine getirirken veya başka bir şekilde, çevreye veya insanlara ciddi zarar verirse veya var olan çevresel kurallara aykırı ve çevreye veya insanlara karşı gerçek ve yakın (somut) bir tehlike yaratırsa, bu kurumun cezai açıdan sorumlu çalışanlarını çevreye karşı bir suçtan dolayı yargılamak olanaklı olmalıdır.
20. Bir ülkenin anayasası veya temel hukukuna göre bir kamu kurumunu kamusal görevlerini yerine getirirken veya başka bir şekilde işlenen suçlardan sorumlu tutmak olanaklı ise, bu kurum hakkında çevreye karşı suçlarla ilgili olarak soruşturma-kovuşturma, herhangi bir kurum çalışanına suçun sorumluluğu doğrudan yüklenemese bile, olanaklı olmalıdır.

IV. Çevreye karşı suçlar

21. *Sui generis* olup içerikleri itibarıyla diğer yasalara bağlı olmayan çevreye karşı temel suçlar, ulusal ceza yasalarında açıkça belirtilmelidir.
22. Çevreye karşı suçlar cezai yaptırımlara tabi olduğu zaman, ana unsurları yasalarda açıkça belirtmeli ve yetkilendirilmiş makamların takdirine bırakılmamalıdır.
23. Birden fazla ulusal yargı yetkisini veya herhangi bir ulusal yargı yetkisi dışında küresel değerleri ilgilendiren çevreye karşı temel suçlar, çok taraflı sözleşmelerle uluslararası suçlar olarak tanınmalıdır.
24. Anayasa ve ulusal hukuk sistemleri çerçevesinde mevzuat, yurttaşların çevreye karşı suçlarla ilgili araştırma ve soruşturmanın başlatılmasına katılımını kolaylaştırmalıdır.

V. Yargı yetkisi

Sınır aşan suçlar

25. Çevreye karşı temel bir suçta neden olan zarar veya ciddi zarar riski (somut tehlike), suçun tamamen veya kısmen işlendiği devletin yargı yetkisi dışında meydana geldiği zaman, uygun güvenceleri sağlamak ve uluslararası hukuk kurallarını uygulayabilmek kaydıyla, sanığın suçun işlendiği ülkede veya zarar ya da zarar riskinin meydana geldiği ülkede yargılanması olanaklı olmalıdır.

Yurtdışındaki suçlar

26. Çevreye karşı temel bir suçta neden olan zarar veya ciddi zarar riski (somut tehlike), küresel değerlerde meydana geldiği zaman, devletler aşağıda belirtilen sıraya göre suçu yargılamalarını sağlayacak uluslararası sözleşmelere onay vermeliler veya var olan uluslararası sözleşmeleri iç hukuklarına dahil etmelidirler: bayrak ilkesi, yurttaşlık ilkesi, *iade et veya yargıla* ilkesi; ve genel olarak uluslararası suçlar olarak bilenen hallerde, evrensel yetki ilkesi.

İade

27. Özellikle ciddi ağırlıktaki çevreye karşı suçların failleri iade edilebilmelidirler.

Uluslararası Ceza Mahkemesi

28. Uluslararası suçların, özellikle de küresel değerlere karşı suçların yargılanmasını kolaylaştırmak için, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından önerilen ve halen Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda görüşülmekte olan uluslararası mahkemenin yargı yetkisi, küresel değerlere karşı suçları da kapsmalıdır.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuka dahil edilmesi

29. Çevreye karşı suçlarla ilgili uluslararası sözleşmeler, cezai yaptırımların uygulanması açısından kendiliğinden uygulanabilir olmadığı zaman, imzacı devletler gerekli iç hukuk mevzuatını düzenleyerek bu sözleşmeleri iç hukuka dahil etmelidirler.

II. Bölüm

Bilişim Suçları ve Bilgi Teknolojisine Karşı Diğer Suçlar

Giriş

Bilgi teknolojisinin yayılmasını ve yaşamın her alanında temel değişikliklere yol açan bir bilgi toplumunun doğduğunu kabul ederek,

Birçok anti-sosyal faaliyetlerin bilgi teknolojisini, bireylerin ve toplumun her kesiminin zararına bozduğunu not ederek,

Dünyadaki bilgi teknolojisinin kendi arasındaki bağlantıların hızla genişlemesiyle geleneksel ulusal sınırları aştığının ve hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde bu durum söz konusu olduğunun farkında olarak,

Bilgi teknolojisinin kötüye kullanımının hem ulusal hem de uluslararası düzeyde olduğu endişesini taşıyarak,

Böylece bu tip faaliyetlerin tüm ülkelerle ilgili olduğu sonucuna ulaşarak,

Diğer ilgili kurumlar, sivil toplum örgütleri ve hükümetler arası kuruluşların¹ önceki katkılarını da dikkate alarak.

Tavsiyeler

I. Cezai olmayan önleyici önlemler

1. Bilişim suçlarını engellemek için cezai olmayan seçeneklerin kabulüne yönelik eğilim giderek artmaktadır. Bu önlemler ve yaratıcı yaklaşımlar, teknolojik gelişime ayak uydurmak amacıyla ulusal, ulusalüstü ve uluslararası düzeyde desteklenmelidir.
2. Bu önlemler, şunları da içermelidir:
 - Bilgisayar kullanıcıları tarafından gönüllü olarak güvenlik önlemlerinin yaşama geçirilmesi,
 - Bazı hassas alanlarda zorunlu güvenlik önlemlerinin getirilmesi,

¹ OECD, Avrupa Konseyi, Avrupa Topluluğu, İngiliz Milletler Topluluğu, Birleşmiş Milletler, Interpol ve Uluslararası Ticaret Odası gibi.

- Ulusal hükümetler tarafından bilişim güvenliği mevzuatı, politikaları ve rehberlerinin oluşturulması ve yaşama geçirilmesi,
- Bir kurum içerisindeki yöneticiler ile işletmecilerin güvenliğe ve suçun önlenmesine yönelik önlemler alması,
- Bilgi teknolojisi endüstrisi tarafından güvenlik önlemlerinin oluşturulması, açıklanması ve desteklenmesi,
- Tüm sektörlerde, özellikle eğitim, meslek ve kamu ile ilgili olanlarda, bilişim etiğinin geliştirilmesi ve desteklenmesi,
- Veri işleme endüstrisinde, disiplin önlemlerini de kapsayan mesleki standartların geliştirilmesi,
- Bilişim suçlarının bildiriminde mağdurlarla işbirliğinin desteklenmesi. Araştırma, soruşturma makamları ile adli makamlardaki personelin eğitim ve öğretimi.

II. Maddi ceza hukuku

3. Bilgi teknolojisinin kötüye kullanılması bilişim – ekonomi ve aynı şekilde özel hayat – ile ilgili çıkarları etkilemektedir ve veri işleme ve bileşenlerinin yalnızca geleneksel değerleri ihlal etmek amacıyla araç olarak kullanıldığı durumlar ile suiistimalin doğrudan konusu oldukları durumları da kapsar.
4. Geleneksel değerlerin, veri işlemenin kötüye kullanılması ile zarara uğratılması veya tehlikeye düşürülmesi karşısında yeni *modus operendi* geleneksel ceza hukukundaki boşlukları ortaya çıkarabilir. Diğer yandan, bilgi teknolojisinin gelişimi hukuki korumayı gerektiren yeni çıkarların doğmasına neden olmaktadır, özellikle bilişim sistemlerinin ve ilgili verilerin güvenliği ve bazı verilerin korunması ve münhasırlığı (veri güvenliği ve veri koruma).
5. Geleneksel ceza hukukunun yetersiz olması karşısında, diğer önlemler de yeterli değilse (ikincilik ilkesi), var olan suçların değiştirilmesi veya yeni suçlar yaratılması desteklenmelidir. Bu, ceza hukukunun başka hukuk dallarına yardımcı olduğu alanlara (telif hukuku alanında olduğu gibi) olduğu gibi ve medeni hukuk ile idare hukukundaki değişikliklerin ceza hukukunun alanını genişlettiği zaman da uygulanmalıdır.

6. Değişiklikler veya yeni düzenlemeler yapılırken, belirlilik, açıklık ve suçların objektif unsurlarla açıklanmasına vurgu yapılmalıdır. Ceza hukukunun yalnızca başka hukuk dallarına yardımcı olduğu alanlarda ise bu gereklilik diğer hukukun maddi kısmı açısından geçerlidir.
7. Aşırı cezalandırmadan kaçınmak için, ceza hukukunun içeriğine ve yakın alanlarla sınırlarına dikkat edilmelidir. Bu sınırların ötesine geçilebilmesi, dikkatli bir inceleme ve meşru gerekçeler gerektirmektedir. Bu anlamda, ceza sorumluluğunu tanımlamak veya kısıtlamak için önemli bir ölçüt, bu alandaki suçların öncelikle kasten işlenen eylemlerle sınırlanmasıdır.
8. Bu bağlamda, OECD'nin ve Avrupa Konseyi'nin önceki çalışması, ulusal hukukça cezalandırılması gereken hareket biçimlerinin belirlenmesine önemli katkı yapmıştır. AIDP, ulusal yasakoyucular için rehber olan, Avrupa Konseyi'nin 13 Eylül 1989'da kabul ettiği ve cezai yaptırıma konu olması gereken veya olabilecek eylemleri sıraladığı R(89)9 sayılı Tavsiye Kararı'nı memnuniyetle karşılamaktadır.

Avrupa Konseyi'nin, kasten işlenmesi halinde, cezalandırılmasını önerdiği asgari eylem listesi şöyledir:

a. *Bilişim yoluyla dolandırıcılık*

Kendisine veya başkasına hukuka aykırı bir kazanç sağlamak amacıyla başkasında ekonomik kayba veya malvalığı kaybına yol açacak şekilde (alternatif öneri: kişiyi malvarlığından hukuka aykırı bir şekilde mahrum etme kastıyla) bilgisayar verilerinin veya programlarının konulması, değiştirilmesi, silinmesi veya ortadan kaldırılması ya da veri işlemeyi etkileyecek şekilde bu işleme yönelik diğer müdahaleler.

b. *Bilişim sahteciliği*

Ulusal hukukta belirlenmiş şekilde veya koşullar altında, sahtecilik suçunun geleneksel konusuna uygun olarak işlenmiş ve bu suç oluşturulan, bilgisayar verilerinin veya programlarının konulması, değiştirilmesi, silinmesi veya ortadan kaldırılması ya da veri işleme sırasındaki diğer müdahaleler.

c. *Bilgisayar verilerine veya programlarına zarar verme*

Hakkı olmadan bilgisayar verilerini veya programlarını silme, bozma, ortadan kaldırma veya bunlara zarar verme.

d. *Bilişim sabotajı*

Bir bilgisayarın veya telekomünikasyon sisteminin işleyişini aksatmak kastıyla bilgisayar verilerinin veya programlarının konulması, değiştirilmesi, silinmesi veya ortadan kaldırılması ya da bilgisayar sistemlerine müdahale.

e. *İzinsiz giriş*

Hakkı olmadan, güvenlik önlemlerini ihlal ederek bir bilgisayar sistemine veya ağına girme.

f. *İzinsiz takip*

Hakkı olmadan, teknik araçlarla, bir bilgisayar sistemi veya ağı ile yapılan iletişimin takip etme

g. *Korunan bir bilgisayar programını izinsiz çoğaltma*

Hakkı olmadan, hukukça korunan bir bilgisayar programını çoğaltma, dağıtma veya iletilme.

h. *Bir topografyayı izinsiz çoğaltılma*

Hakkı olmadan, hukukça korunan bir topografyayı, yarı iletken bir ürünü çoğaltma veya bir topografyayı ya da topografya kullanılarak üretilen yarı iletken bir ürünü, yine hakkı olmadan, ticari olarak kullanma veya bu amaçla ithal etme

Avrupa Konseyi rehberi, ayrıca, bir “seçimlik liste” belirlemektedir, aşağıdakiler de, eğer kasten işlenmişse, cezalandırılabilir:

a. *Bilgisayar verilerini veya programlarını değiştirme*

Hakkı olmadan bilgisayar verilerini veya programlarını değiştirme

b. *Bilişim casusluğu*

Hakkı veya herhangi meşru bir gerekçesi olmadan, ya sırta sahip kişiyi ekonomik kayba uğratmak ya da kendisine veya üçüncü bir

kişiyeye haksız ekonomik çıkarlar sağlamak kastıyla ticari bir sırri uygun olmayan şekilde elde etme veya ifşa etme, transfer etme veya kullanma.

c. *Bilgisayarı izinsiz olarak kullanma*

Hakkı olmadan bir bilgisayar sistemini kullanma; ya (i) sistemi kullanma izni olan kişiyeye yönelik belirgin bir kayıp riskini veya sisteme veya işleyişine yönelik belirgin bir zarar riskini kabullenme ile meydana gelir, ya (ii) sistemi kullanma izni olan kişiyeye yönelik bir kayba veya sisteme veya işleyişine yönelik bir zarara yol açma kastıyla meydana gelir, ya da (iii) sistemi kullanma izni olan kişininin kaybına veya sistemde veya işleyişinde zarara yol açar.

d. *Korunan bir bilgisayar programını izinsiz kullanma*

Kendine veya bir başkasına ekonomik kazanç sağlamak ya da hak sahibine zarar vermek kastıyla, hakkı olmadan, hukukça korunan bir bilgisayar programını kullanma veya üretme.

9. Bilgi teknolojisindeki gelişim, Avrupa Konseyi'nin 1989 Tavsiye Kararı'nı kabulünden bu yana ilgili suçlardaki artış, bilgi çağında gayri maddi malların belirgin değeri, daha çok araştırma ve teknolojik gelişimi destekleme isteği ve yüksek zarar olasılığı dikkate alındığında, devletlere, hukuki geleneklerine, kültürlerine uygun olarak ve var olan mevzuatlarının uygulanabilirliği ölçüsünde "seçimlik liste"deki hareketleri de suç olarak cezalandırmaları (tamamen veya kısmen) önerilmektedir.

10. Ayrıca, Avrupa Konseyi listelerindeki bazı tanımların – izinsiz girme suçu gibi – bilgi teknolojisindeki gelişim ve suçluluk algılamalarındaki değişimlerim ışığında daha fazla açıklanmaya ve geliştirilmeye gereksinim duyduğu ileri sürülmektedir. Aynı nedenlerle, listelerde açıkça yer almayan başka suiistimal tipleri de, bilişim sistemlerine izinsiz giriş sağlayan ve haksız biçimde elde edilen bilgisayar şifrelerinin veya bilgilerinin ticareti ve virüslerin veya benzer programların yayılması gibi, hukuki geleneklere, kültürlerle uygun olarak ve var olan mevzuatların uygulanabilirliği ölçüsünde cezalandırılabilir olmalıdır.

Virüsler, solucanlar ya da veriler, programlara veya bilişim sistemlerinin işleyişine sızan / sızabilen, zarar veren / verebilen veya bir başka şekilde müdahale eden / edebilen diğer programların yol açabileceği olası zararın ışığında, bu alanda daha bilimsel tartışma ve araştırmaların yapılması önerilmektedir. Dikkatsizliği veya tehlike riskine yol açmayı cezalandıran cezai kuralların kullanılmasına ve pratik uygulama sorunlarına özel özen gösterilmelidir. Bundan kaynaklanan suçun sabotaj suçu oluşturup oluşturmadığına da dikkat edilmelidir.

11. Önceki tavsiyeler açısından, farklı hukuk kültürlerinin ve geleneklerinin bu konuları, suiistimalin esasına cezai yaptırım uygulamakla beraber, farklı yollarla çözebilecekleri kabul edilmelidir. Devletler, farklı hukuk sistemlerinde alternatif yaklaşımlar olduğunun bilincinde olmalıdır.

III. Özel hayatın korunmasının özel yanları

12. Değişen bilgi çağında, özel hayata dair çıkarların bilgi teknolojisi-nden doğan yeni tehlikelere karşı korunmasının artan gerekliliği kabul edilmelidir. Ancak, toplumda bilginin serbest dolaşımı ve paylaşımına dair meşru çıkarlara da saygı duyulmalıdır. Özel hayata dair çıkarlar yurttaşların, başkalarının tutulan kendileri hakkındaki bilgilere uluslararası insan haklarına uygun yasal araçlarla erişimi hakkını da içerir.
13. Tartışmalar göstermiştir ki, gerek araçlar gerekse derece açısından idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku veya düzenleyici mevzuatın ne ölçüde koruma sağlayacağı konusunda belirgin görüş farklılıkları bulunmaktadır. Ceza hukukunun, özel hayatı koruma açısından ne kadar müdahaleci olabileceği konusunda da ciddi görüş ayrılıkları vardır. Bu nedenle, özellikle taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmeye bağlı olduğu haller olmak üzere, cezai olmayan önlemlere öncelik verilmelidir.
14. Cezai hükümler, yalnızca medeni hukuk veya veri koruma hukukunun uygun hukuki güvence sağlamadığı zaman uygulanmalıdır. Cezai yaptırımların uygulanması açısından, devletlerin bu alanda yasa yaparken göz önünde tutması gereken temel ilkeleri,

AIDP, Avrupa Konseyi'nin (89)9 sayılı Tavsiye Kararı'ndakiler olarak not etmektedir. Ayrıca AIDP özel hayat alanındaki cezai hükümlerin esasen;

- yalnızca ciddi olaylarda, özellikle de geleneksel olarak hukukça korunan çok hassas verilerin veya gizli bilgileri söz konusu olduğu hallerde kullanılmasını,
 - geniş veya genel kavramlar (*Generalklauseln*) yerine, özellikle de özel hayat hukuku ile ilgili olduğunda, açık ve belirli olarak tanımlanmasını,
 - suçların ağırlığı açısından farklı seviyeleri belirleyip kusurluluğun gereklerine uymasını,
 - öncelikle uluslararası eylemlerle sınırlandırılmasını, ve
 - bazı suç tipleri açısından soruşturma makamlarının mağdurun soruşturma ile ilgili isteklerini dikkate almasına izin vermesini önermektedir.
15. Özellikle kamusal veri bankaları açısından, uygun şekilde cezalandırılması gereken eylemlerin bir listesini oluşturmayı amaçlayan daha çok çalışma yapılmalıdır. Bu çalışma, uluslararası boyutta sının ihlali ve kişisel hakları tehlikeye atacak şekilde kişisel verilerin yasadışı toplanması, kullanılması, iletilmesi ve değiştirilmesinin ağır biçimlerini de içermelidir. Söz konusu çalışma için çıkış noktası Avrupa Konseyi'nin Bilişime İlişkin Suçlar Hakkında Seçilmiş Uzmanlar Komitesi'nce değerlendirilen öneri taslakları olabilir.

IV. Yargılama hukuku

16. Bilişim suçunun veya bilgi teknolojisi ortamında işlenen diğer geleneksel suçların araştırılması, etkin bir toplumsal koruma gereğince, araştırma ve soruşturma makamları için uygun zorlayıcı yetki düzenlemeleri gerektirir ki, bunların da insan haklarının ve özel hayat çıkarlarının aynı şekilde uygun biçimde korunmasıyla dengelenmesi zorunludur.
17. Resmi yetkilerin kötüye kullanılmasından kaçınmak için, resmi kurumların insan haklarını kısıtlayan tüm eylemleri, yalnızca açıkça tanımlanmış ve uluslararası insan hakları kurallarına uy-

gun hukuk kurallarının varlığı halinde gerçekleşebilmelidir. Resmi kurumların izinsiz insan hakları ihlalleri, elde edilen delili geçersiz kılabilirdir ve hukuku ihlal eden görevlinin cezai sorumluluğunu doğurmalıdır.

18. Bu genel ilkelerin ışığında, aşağıda sayılanlar açıkça tanımlanmalıdır:

- a. Bir bilgi teknolojisi ortamında yürütülecek arama ve el koyma yetkileri, özellikle maddi olmayan varlıklara el konulması ve bilgisayar ağlarının aranması konusunda.
- b. Şüpheli dışında, mağdurlar, tanıklar ve diğer bilgi teknolojisi kullanıcılarıyla aktif işbirliği görevleri (özellikle bir bilgiyi adli amaçlarla kullanılabilir hale getirmek için); ve
- c. Bilgisayar sistemleri içindeki veya birbirleri arasındaki iletişimin denetlenmesi yetkileri ve elde edilen delilin yargılamada kullanılması.

19. Veri işleme sistemlerindeki verilerin çokluğu ve çeşitliliği karşısında, zorlayıcı önlemlerin uygulanması, suçun ağırlığıyla ölçülü ve bir bireyin yasal faaliyetlerini en az aksatıcı biçimde olmalıdır. Geleneksel mali değerlere ek olarak, araştırmaya başlama eşiği belirlenirken; ekonomik olanakların kaybı, casusluk, özel hayat değerlerinin ihlali, ekonomik yoksunluk riski ve verinin yeniden oluşturulmasının maliyeti gibi bilgi teknolojisi ortamında var olan tüm değişken varlık değerleri dikkate alınmalıdır.

20. Delilin kabul edilebilirliğine ve güvenilirliğine dair var olan kurallar, bilgisayar kayıtlarının yargılama sırasında değerlendirilmesi aşamasında sorun yaratabilir. Gerektiği durumda, uygun değişiklikler yapılmalıdır.

V. Uluslararası işbirliği

21. Uluslararası telekomünikasyon ağlarında verinin taşınabilirliği ve modern bilgi toplumunun kendi içindeki yoğun bağlantı hali bilişim suçlarının önlenmesi ve yargılanmasında uluslararası işbirliğini özellikle hayati kılmaktadır.

22. Bazı uluslararası işbirliği yöntemlerinin (iade veya karşılıklı yardımlaşma gibi) her iki ülkede de cezalandırmayı gerektirmesi ve var olan kurallar çerçevesinde devletlerin başka devletlere yardım sağlama olanağının sınırlı olabilmesi nedeniyle etkin uluslararası işbirliği hem yukarıda belirtilen maddi ceza hukukunun uyumlaştırılması yoluyla hem de tüm ülkelerde uygun zorlayıcı tedbirlerin mevzuata katılmasıyla kolaylaştırılmalıdır.
23. Ayrıca, başka alanlarda da işbirliği gerekmektedir. Aşağıdaki alanlarda gelişme sağlanmalıdır:
- Bilgisayar sistemlerinin korunması için uluslararası kurallar.
 - Sınır aşan veya diğer uluslararası bilişim suçlarında yargı yetkisi sorunlarını çözmeye yönelik uygun önlemler.
 - Birbirine bağlı bilgisayar sistemlerinde etkin, hızlı ve hukuki sınır aşan arama ve el koyma ve aynı şekilde diğer uluslararası işbirliği yollarını sağlayan ve aynı zamanda bireylerin haklarını ve özgürlüklerini de koruyan sözleşmeleri de içerecek şekilde, daha etkin araştırmalar için yeni bilgi teknolojilerinden yararlanan uluslar arasında sözleşmeler.

V. *Gelecek çalışmalar*

24. Bu amaçları gerçekleştirebilmek için, akademisyen dernekleri, kamu kurumları, bilgi teknolojisi uzmanları ve uluslararası örgütler bu tavsiye kararlarının kabulünü ve bilgi teknolojisindeki yeni güçlüklerle karşı durabilmek için uygun suç önleme araçlarının kabulünün sürekliliğini desteklemelidirler.
25. Akademik ve bilimsel camia, aynı şekilde hükümetler, bilgi teknolojisi suçunu içeren daha çok araştırma üstlenmelidirler. Bu araştırmalar, özellikle, bilişim suçları vakasını, kayıpların boyutunu, suç işleme yöntemlerini ve suçluların özelliklerini incelemelidir.

Bu araştırma cezai yaptırımların son çare olarak kullanılmasını sağlayacak olan yeni alternatif önlemlerin gelişimine de yönelik olmalıdır. Hukuk öğretisi ve siyaseti, maddi varlıklarla karşılaştırılmalı biçimde bilginin kendine has özelliklerini dikkate alarak ve ceza hukukunun genel ilkeleri ile paradigmasının olası değişim-

lerini araştırarak bilgi hukuku çalışması ve gelişimine özel önem vermelidir.

26. Kolluk güçleri ve soruşturma makamları, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, bilişim suçu ile mücadele çabalarını arttırmalı ve küresel düzeyde etkin bir korumaya ulaşmak için faaliyetlerini koordine etmelidirler.
27. Bilgisayar donanım ve yazılım endüstrileri ile tüketici dernekleri, bilişim suçu alanında etkin olmalı ve sivil toplum örgütleri ve hükümetler arası örgütler tarafından uluslararası bir uzlaşmaya ulaşmak amacıyla endüstri derneklerini dahil etmeye yönelik her türlü çaba gösterilmelidir.
28. Bilgisayar bağlantılı suçlarla ilgili olarak Birleşmiş Milletlerin girişimi ve himayesinde, bu alanda dünya çapındaki faaliyetleri desteklemek amacıyla hazırlanan kılavuz memnuniyetle karşılanmaktadır ve akademik, resmi ve hükümetler arası grupların çağdaş gelişmelerden haberdar edilebilmesi için kılavuzun güncellenmesi ve kılavuzun ilerdeki yenilemelerinin ve Birleşmiş Milletlerin gelecekteki çalışmalarının bu Tavsiye Kararının ilkelerini dikkate alması önerilmektedir.

III. Bölüm

Ceza Yargılamasında Reform Hareketleri ve İnsan Haklarının Korunması

Giriş

Ceza yargılaması hukukundaki her reformun 10 Aralık 1948 tarihli “Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi” ve 19 Aralık 1966 tarihli “Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi” ve aynı şekilde bölgesel insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınan haklara tam olarak uymak zorunda olduğu düşüncesinden başlayarak,

AIDP'nin XII. Uluslararası Kongresi'nin (1979 Hamburg) yukarıda belirtilen açıklamalara büyük ölçüde uyan Tavsiye Kararlarını dikkate alarak,

Bu belgelerde belirtilen temel haklar ve özgürlüklerin savaş veya ulusun varlığını tehdit eden kriz hallerinde dahi, özüne dokunulamayaçağına ikna olarak,

Terörizm veya örgütlü suçla mücadelenin de söz konusu temel hakları yalnızca suçluluğun her yönünün cezasız kalmasını engellemenin mutlak olarak gerektirdiği hallerde kısıtlayabileceğini göz önünde tutarak,

Yukarıda belirtilen güvencelerin de ötesine geçen ve gerek farklı yargılama sistemlerini gerekse farklı usuli durumları dikkate alarak bu güvenceleri somutlaştıran reform ilkeleri geliştirmenin gerekliliğine önem vererek,

Tavsiyeler

I. Ceza yargılamasının ilk aşamaları ve güvencelerin uygulanması

1. İnsan haklarının korunması, yargılama bir yargıcın veya resmi bir başka makamın resmi kararıyla başlamamış olsa bile, ceza yargılamasının her aşamasında güvence altına alınmak zorundadır; soruşturma makamlarının bir suçun soruşturulmasına başlaması yeterlidir.

II. Suçsuzluk karinesi ve sonuçları

2. Bir sanığın, karar kesinleşinceye kadar tüm yargılama boyunca suçsuzluk karinesinden yararlanma hakkı vardır.
3. Soruşturma aşamasında, suçsuzluk ilkesi tüm koruma önlemlerinde ölçülülük ilkesinin uygulanmasını gerektirir. Bu ilkeye göre, bir yandan savunmadaki kişinin temel haklarını kısıtlayan resmi önlemin ağırlığı, diğer yandan kısıtlayıcı önlemlerin amacı arasında makul bir ilişki olması zorunludur. Bu durum, yasa koyucuya, her halde istisnai olması gereken soruşturma aşamasındaki tutuklamaya alternatifler getirme görevi yüklemek zorundadır.
4. Yargılama boyunca, suçsuzluk karinesinin uygulanması yargıcın tarafsızlığını gerektirir. Tarafsızlığın sağlanması için, iddia makamı ile yargılama makamı arasında açık bir ayırım olmak zorundadır. Ayrıca hüküm veren yargıç, soruşturmaya katılmamış olmak zorundadır. Hükümü veren yargıçla, şüpheli ile ilgili iddianameyi kabul eden yargıcın aynı kişi olmaması ısrarla tavsiye edilmektedir.
5. Suçsuzluk karinesine uygun olarak, soruşturma aşamasındaki tutuklamaya bir yargıç tarafından karar verilmelidir ve somut olayın özelliklerine göre gerekçelendirilmelidir. Güçlü suçluluk belirtileri yok-

sa ve resmi makamlar soruşturmaya başlayacak veya devam edeceklerine dair ciddi bir istek göstermiyorlarsa, soruşturma sırasında tutukluluk kararı verilmemeli veya sürdürülmemelidir. Soruşturma aşamasındaki tutuklama, somut olayda mahkemenin hükmetme olasılığı olan ceza süresinin ötesine geçerse de hukuka aykırıdır.

6. Savunma avukatı ve tutuklunun isteği üzerine akrabaları veya yakınları, 24 saati geçmeyecek şekilde, olabildiğince çabuk, tutuklama olgusu, nedenleri ve yeri hakkında bilgilendirilmelidir.
7. Mahkeme cezayı belirlerken, sanığın işlediği ve adil bir yargılamada kanıtlanmayan ve yargılanmayan diğer eylemleri göz önünde tutmamalıdır.
8. Ceza yargılaması süresince medya yayını, sanığa yönelik önyargı etkisinden veya sansasyonel bir davadan korunmak zorundadır. Eğer böyle bir etki öngörülebiliyorsa, duruşmaların radyo-televizyon yoluyla yayını kısıtlanabilir veya yasaklanabilir.

III. Yargıcın müdahalesi

9. Tutuklamaya, somut olayın özellikleri göz önünde tutularak bir yargıç tarafından karar verilmek zorundadır.
10. Sanığın temel haklarını etkileyen, polisin aldıkları da dahil olmak üzere, her türlü resmi önleme bir yargıç tarafından izin verilmesi veya bunun yargısal denetime konu olması zorunludur.
11. 10 numaralı öneriden bağımsız olarak, savcılık veya polisçe alınan veya emredilen her türlü zorlayıcı önleme 24 saat içinde yargısal onay gereklidir.
12. Telefonun dinlenmesi gibi özel yaşamın gizliliği hakkını etkileyen kanıt yönetmeleri yalnızca yasada açıkça düzenlenmişse ve bir yargıç tarafından izin verilirse kabul edilebilir.

IV. Kanıt

13. Yalnızca yargılamanın soruşturma aşamasında toplanan kanıtlar mahkumiyet için yeterli değildir.
14. Yalnızca sanığın ikrarı, bu ikrarın güvenilirliği belirlenmeden hükümlülüğe yol açamaz.

15. Yasamanın genetik veriler ile gizli dinlemenin hangi koşullarda kabul edilebilir olduğunu da belirlemesi önerilmektedir.
16. Gizli tanık ve gizli ajanlara sağlanan cezada indirim veya ceza almama gibi ayrıcalıklar sadece ağır suçlar veya örgütlü suçlarla sınırlı olmak zorundadır. Eğer duruşma sırasında bu kişilerin kimliği ortaya çıkmıyorsa, ifadeleri geçersiz olmalı ve kabul edilmemelidir ve bunlar zorlayıcı önlemlerin gerekçesinde kullanılamaz. Diğer yandan, suç örgütleri tarafından tehdit edilen her tanığın korunması güvence altına alınmak zorundadır.
17. Kanıt elde etmeye yönelik bütün araştırmalarda mesleki sırlara saygı gösterilmek zorundadır.
18. Temel bir hakkı ihlal ederek elde edilen herhangi bir kanıt ve bundan hareketle elde edilenler, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun geçersiz ve kabul edilemezdir.

V. *Savunma*

19. Savunma hakkı yargılamanın her aşamasında güvence altına alınmalıdır.
20. Savunma makamı doğrudan veya dolaylı olarak kendi mahkumiyetine yol açmaya zorlanamaz. Sanık (1 numaralı önerideki maddi anlamıyla) sessiz kalma ve ilk kolluk soruşturması veya adli soruşturmadan başlamak üzere iddiaların içeriğini öğrenme hakkına sahiptir. Susması kişinin aleyhine kullanılamaz.
21. Devlet ceza yargılamasının başından itibaren savunmanın avukat hakkını güvence altına almak zorundadır. Bu yardım, eğer savunma bir avukatın ücretini ödeyemiyorsa ücretsiz olmalıdır. Devlet giderleri üstlenmelidir. Eğer savunma avukatı² atanıyorsa, bu kişi müvekkilinin kişisel ve sosyal durumunu bilmek zorundadır.
22. Hapishanedeki sanığın, avukatıyla özel olarak görüşme hakkı vardır. Avukatın ceza araştırmasının her aşamasında hazır olma hakkı olmalıdır.

2 “a public defender”

23. Savunma makamının iddia ile ilgili belgelere ilk anda erişme hakkı olmalıdır.
24. Eğer sanık, ceza yargılamasında kullanılan dili konuşmuyor veya anlamıyorsa, bir tercüman atanmalıdır. Eğer savunma avukatı³ atanıyorsa, bu kişi müvekkilinin kişisel ve sosyal durumunu temel olarak bilmelidir.

VI. İddia ilkeleri

25. Soruşturmanın zorunluluğu ilkesi önemli bir güvence olarak kabul edilebilir. Buna karşın, ceza yargılamasının hızlı olması düşüncesi ve nitelikli personel eksikliği nedeniyle, bu ilke denetimli takdiri soruşturma yönünde yumuşamalıdır. Bu yumuşama, en azından, hafif suçlar, şüphelinin kusurunun önemsiz olduğu veya mağdurun korunması gereken hallerde söz konusu olmalıdır. Bu hallerde de, soruşturma makamlarının takdir yetkisi kısıtlamak için belirli ölçütler konmalıdır.
26. Ağır suçlar seri yargılamaya veya sanığın takdirine açık yargılamalara konu olamaz. İlgili diğer suçlar için, yasa koyucu bu tip yargılamaların kurallarını koymalı ve sanık ile yargı makamı arasındaki işbirliğinin gönüllü olma özelliğini güvence altına alacak yollar yaratmalıdır, örneğin bir avukatın yardımından yararlanma gibi. Bu işlemler, hafif suçlarda, yargılamayı hızlandırmak ve sanığa daha iyi bir koruma sağlamak amacıyla önerilmektedir.

VII. Mağdurun hakları

27. Kendini zarar görmüş kabul eden kişi, “suçlayan taraf” (“müdahil” veya “suçlayan birey”) olanağından yararlanmalı ve gerekiyorsa masraftan muaf olmalı ve soruşturma makamları şüpheli hakkında dava açmayı reddederse, bir mahkemeden veya başka bir bağımsız makamdan yeniden inceleme isteminde bulunabilmelidir. Kamu davasının açılması halinde, zarar gören tarafın ceza yargılamasında etkin olma hakkı da olmalıdır. Bunların yanında, kanıtların tartışıldığı duruşmalara katılma ve kanun yollarına

3 “an assigned counsel”

başvurma hakkı da bulunmalıdır. Aynı şekilde, mağdur mahkemenin zararının tazmini isteminde de bulunabilmelidir.

28. Bazı suçlar açısından, genel veya ortak çıkarları savunduğu hukukun kabul edilen sivil toplum örgütlerine benzer bir işbirliği rolü sağlanmalıdır.
29. Ceza yargılamasındaki bir işlemle temel haklarının ihlal edildiğini düşünen her kişi – yukarıda 8 ve 9 numaralara ek olarak – bu işlemlerin bir anayasa mahkemesi, bir yüksek mahkeme veya bir uluslararası insan hakları mahkemesi tarafından yeniden incelenmesini isteme hakkından etkin biçimde yararlanmalıdır.

VIII. Gelecekteki reformlar

30. Bu önerilerin amacı ceza yargılamasına yönelik gelecekteki reformları harekete geçirmektir. Bu reformlar, tıpkı herhangi bir ülkedeki ceza davasının temel kurallarının başka türlü çağdaşlaştırılmasında olduğu gibi, ilgili parlamentolar tarafından usulüne uygun bir yasayla kabul edilmelidir. Tartışmalarda, parlamentolar, baroları ve sivil örgütleri, öneri ve görüşlerini almak üzere davet etmelidirler.

IV. Bölüm

Uluslararası Ceza Hukukunun Bölgeselleşmesi ve Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Usullerinde İnsan Haklarının Korunması

Giriş

Uluslararası ceza hukukunun, genel ceza hukuku gibi, ceza adaleti sisteminin etkin biçimde kullanımıyla toplumun korunması ile bireyin (sanık ve mağdur) haklarının korunması arasında bir dengeyi ve hukukun üstüne saygıyı öngördüğünü göz önünde tutarak,

Yakın zamandaki uluslararası ceza hukukunun bölgeselleşmesi vakasını dikkate alarak,

Daha sonra bireyin bu süreç içindeki konumunu belirleyerek.

Tavsiyeler

1. Uluslararası ceza hukukunun bölgeselleşmesi

1. Suç kontrolü temel olarak her devletin ulusal sorumluluğunda olsa da, cezai konularda resmi ve gayri resmi işbirliğinin bölgeselleşmesi birçok nedenden dolayı geliştirilmelidir. Bunların arasında suçun, özellikle de kendini bölgesel düzeyde gösteren suçun, önlenmesi ve kontrol edilmesinin etkinliğinin artırılmasına yönelik gereksinim, ulusal ve uluslararası güveniğin artırılması ve devletler arasındaki günlük ilişkilerdeki pratik zorluklardan kaçınma sayılabilir.
2. Cezai konularda işbirliği ve diğer hukuki işbirliği yöntemleri için kurumsal düzenlemeler, ilgili bölgede ekonomik konularda daha yakın işbirliğinin geliştirilmesi, kişilerin, malların ve sermayenin serbest dolaşımının iyileştirilmesi ve bölgenin gelişmesiyle ilgili diğer yöntemlere yönelik olarak kurulmuş bölgesel kurumların faaliyetleri içerisine alınmalıdır. Böyle bir hukuki işbirliği yalnızca bölgesel kurumun ekonomik amaçlarını hedeflememeli, her katılımcı ülkenin genel çıkarlarını da gözetmelidir.
3. Katılımcı devletlerin ceza hukuklarının ve ceza usul hukuklarının uyumlaştırılmasına, cezai konularda işbirliği açısından yardımcı olma olasılığı olsa da, çoğu zaman ulaşılmazdır ve bu, cezai konularda işbirliği için çok taraflı bölgesel belgeler geliştirilmesi için ön koşul olmamalıdır.
4. Cezai konularda işbirliği için çok taraflı bölgesel belgeler geliştirilirken katılımcı devletler demokratik kontrol yöntemlerinin uygulanmasını güvence altına almalıdırlar. Benzer şekilde, yargısal kontrol de kolluk düzeyinde, polisiye işbirliği de dahil olmak üzere, resmi ve gayri resmi işbirliği üzerinde olmalıdır.
5. Cezai konularda işbirliği için bölgesel belgeler; bölgeler arası bilgiyi ve deneyimi erişilebilir hale getirmek amacıyla kolluk personeli ve diğer ceza adaleti uygulayıcıları için gelişen siyaset temelli kriminolojik araştırma programlarının, eğitim programlarının ve bölgesel düzeyde bilgilendirme ve belgelendirme sistemlerinin önemini kabul etmelidir.

6. Birleşmiş Milletlerin model iki taraflı, çeşitli şekillerdeki, cezai konularda uluslararası adli işbirliği sözleşmeleri bölgesel anlaşmaların geliştirilmesi için uygun biçimde kullanılabilir. Bazı hükümetler arası bölgesel kuruluşlarca geliştirilen benzer modeller de aynı amaçla dikkate alınabilir.
7. Cezai konularda işbirliği için bölgesel belgeler, anlaşmazlıkların çözümü mekanizmaları da sağlayabilirler. Bu mekanizmalar diplomatik notaların değişimi ile uzlaşma arayışını, anlaşmazlığın tahkime götürülmesini, uluslararası yargılamayı veya tavsiye görüşü alınmasını içerebilir.
8. Cezai konularda işbirliği için bölgesel belgeler, çekince olanağını ve gereksinimini en aza indirecek şekilde hazırlanmalıdır. Buna ulaşmanın yollarından biri izin verilebilen veya verilemeyen çekincelerin listelenmesidir. İlkiyle birleştirilebilecek diğer bir yol, çekince koyan devletleri düzenli olarak bunları devam ettirip etmeyeceklerini gözden geçirme ve bunun için de özel nedenler bildirme zorunluluğu yüklemektir.
9. Cezai konularda işbirliği için bölgesel belgeler hazırlanırken, katılımcı devletler, belgenin bir veya birkaç tarafça, diğer bir tarafın yükümlülüklerini esaslı biçimde ihlal ettiği veya o tarafın siyasi yapısında temel değişiklikler olduğu gerekçesi ile askıya alınması – ve hatta anlaşmadan ayrılınması – olasılığı üzerinde düşünmelidirler.
10. On yıllardır AIDP'nin önerdiği ve takip ettiği üzere cezasızlığı engellemek amacıyla uluslararası suçların önlenmesi, araştırılması ve soruşturulması için uluslararası işbirliği bağımsız, sürekli, uluslararası yetkili ceza mahkemelerin, bölgesel veya evrensel düzeyde, kurulması aracılığıyla da güçlendirilmelidir.

II. Cezai konularda uluslararası işbirliğinde insan haklarının korunması

11. Yakın zamandaki uluslararası belgelerde ve ulusal mevzuatta, cezai konularda uluslararası işbirliği çerçevesinde insan haklarının korunmasının öneminin giderek daha çok kabul edilmesi desteklenmelidir. Benzer şekilde, bireyin bir uluslararası hukuk öznesi

olarak giderek daha çok kabul edilmesi de teşvik edilmelidir. İnsan haklarının korunmasına yönelik endişeler yalnızca var olan işbirliği yollarının içeriğini kısıtlayan sınırlandırmaları meşrulaştırmamalı, aynı zamanda yeni işbirliği yollarının geliştirilmesini de sağlamalıdır. İnsan haklarının korunması, uluslararası işbirliğine bir engel olarak değil hukuk devletini güçlendirmek için bir yol olarak algılanmalıdır.

12. İnsan haklarının korunmasıyla ilgili sözleşmelerden doğan uluslararası hukuk sorumlulukları ile cezai konularda uluslararası işbirliğinden doğanlar arasında uyumsuzluk çıktığında, devletler, insan haklarına saygıyı üstün tutacak şekilde, ya yardımı reddederek, ya ilgili diğer devlete koşullar getirerek ya da ilgili kişinin çıkarı doğrultusunda karşılıklı kabul edilebilir uzlaşmalara vararak yükümlüklerini yerine getirmelidirler.
13. Devletler, cezai konularda uluslararası işbirliği ile ilgili yaptıkları anlaşmaların, insan haklarının korunmasını içeren ve uluslararası açıdan sorumlu yükümlülüklerle uyumunu gözden geçirmelidirler.
14. Devletler, cezai konularda uluslararası işbirliği anlaşmaları yaparken, söz konusu anlaşmaların, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye, ayrımcılığa, keyfi tutuklamaya genel müsadereye veya adil bir yargılamanın genel kabul gören ilkelerini karşılamayan ceza yargılamalarına maruz kalmama gibi temel insan haklarını ihlali sonucu doğuracak yükümlülükler yaratmadığından emin olmalıdırlar.
15. Cezai konularda uluslararası yardım sağlanması talep edildiğinde, devletler, diğer devletlerdeki işlemlerin adil ve meşru olup olmadığının sorgulanmamasına dair bir kural kabul etmemelidirler. Ayrıca yine diğer devletlerde hakların ve özgürlüklerin etkin biçimde korunup korunmadığını da dikkate almalıdırlar.
16. Cezai konularda uluslararası işbirliği belgeleri hazırlanırken, devletler, söz konusu belgelerin uygulanmasında yapılacak işlemlerde bireyin haklarının ve çıkarlarının tanımı ile korunmasına özel olarak dikkat etmelidirler. Söz konusu haklar ve çıkarlar, gerekli durumlarda, şunları içermelidir: belgenin kendine uygulanabilirli-

ğinin araştırılması hakkı, belgenin uygulanmasıyla ilgili olarak bilgilenme hakkı ve böyle bir uygulamanın meşruluğunu tartışmak için mahkemeye başvurabilme hakkı.

17. 6.paragrafta belirtilen haklar var olan bütün belgeler, özellikle de mahkumların nakliyle ilgili haller açısından da uygulamaya konmalıdır. Özel insani durumlar söz konusu olduğu zaman mahkumların nakli konusunda var olan belgeler daha geniş biçimde uygulanmalıdır.
18. Ceza yargılamasında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanımını kısıtlayan devletler, aynı kısıtlamayı cezai konularda uluslararası yardımlaşma yoluyla elde edilmiş delillere de uygulamalıdır. Tüm devletlerde, temel insan haklarına aykırı biçimde elde edilen deliller dosyadan çıkarılmalıdır.
19. Bir kişiyi, yakalamak ve yargılamak amacıyla yabancı bir ülkeden kaçırmak veya yanlış gerekçelerle başka bir ülkeden ayrılmaya ikna etmek uluslararası hukuka aykırıdır, buna göz yumulmamalıdır ve yargılamaya engel oluşturmalıdır. Böyle bir ihlalin mağduru, ihlalden önceki duruma dönmeyi isteme hakkına sahip olmalıdır. Bu ihlal, kaçırmadan sorumlu kişilerin cezai sorumluluğu saklı kalmak üzere, ilgili kişi ve egemenliği ihlal edilen devlet lehine hukuki sorumluluğa yol açar. Aynı şekilde, iade usullerindeki güvencelerden kurtulmak için bilerek uygulanan sürgün veya sınır dışı etme gibi usullerden kaçınılmalıdır.
20. Cezai konularda işbirliğine dair uluslararası belgelerin uygulanmasıyla ilgili olarak bireye uluslararası yargısal denetime erişim hakkını sağlayacak yöntemler, özellikle de bölgesel düzeyde, derhal oluşturulmalı ve etkin biçimde gecikmeksizin iç hukuka dahil edilmelidir.

Uluslararası Ceza Mahkemesine Dair Karar

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP), 4-10 Eylül 1994 tarihlerinde Rio de Janeiro'da yapılan ve 67 ülkeden 1000'den fazla hukukçunun katıldığı XV. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde, 10 Eylül 1994 tarihinde Genel Kurul tarafından da kabul edilen aşağıdaki kararları almıştır:

AIDP

AIDP'nin 105 yıllık tarihi boyunca, bir Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin hukuk sistemi altında uluslararası bir ceza yargılamasının oluşturulmasına yönelik girişimleri desteklediğini hatırlatarak;

Uluslararası Hukuk Komisyonunun bir Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik çabalarını takdirle not ederek;

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması ve benzer bir süreci Ruanda için de kurmaya yönelik çabalardan dolayı memnuniyetini ifade ederek;

Tüm dünyayı, uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası insan hakları hukukunu en ağır şekilde ihlal edenlerin işledikleri eylemlerin cezasız kalmasına izin verilmeyeceğine inandıracığına söz vererek;

Sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasının uluslararası hukuka uyulmasını ve insan haklarına saygıyı ciddi şekilde güçlendireceğine ikna olarak;

Bir uluslararası ceza adaleti sisteminin, özellikle örgütlü suç, terörizm ve kitle imha silahları ile nükleer malzemeler başta olmak üzere silah kaçakçılığı ve uluslararası insancıl hukuk ihlalleri alanlarında ceza hukukunun etkin biçimde uygulanmasına yönelik saygıya katkı sağlayacağına da aynı şekilde ikna olarak;

Uluslararası ceza adaletinin dünya düzeyinde, ulusal adalet sistemlerinin ulusal düzeyde oynadıklarına benzer bir rol oynadığı bir dünya düzeni öngörerek;

Uluslararası ceza adaletinin, bütünlüğüne ve etkinliğine engel oluşturacak siyasi etkilerden ve ön yargılardan bağımsız olması konusunda ısrar ederek;

Ancak, sürekli bir uluslararası ceza adaleti sistemi kurulmasının gecikmesinin, ulusların barışçıl ortak yaşamları, her yerdeki halkaların güvenliği ve huzuru ve her insanın yaşam kalitesiyle ilgili sorunları derinleştirdiğinden de endişe ederek;

Birleşmiş Milletler organlarını, özellikle Genel Kurul ve Güvenlik Konseyini ve aynı şekilde Genel Sekreteri, sürekli bir Uluslararası Ceza

Mahkemesinin kurulması için bir temsilciler raporu isteyerek yukarıdaki tavsiyelerin hızla hayata geçirilmesi için en büyük çabayı göstermeye çağırılmaktadır;

Ayrıca tüm hükümetlerden, uluslararası ceza adaleti sisteminin amaçlarını ve Birleşmiş Milletlerin bu yöndeki çabalarını desteklemelerini ve gecikmeksizin etkin bir uluslararası ceza adaleti sistemi kurulması amacıyla toplanacak temsilciler konferansına katılmalarını rica etmektedir;

Bu amaçla Uluslararası Ceza Hukuku Derneği tüm desteğini ve deneyimini Birleşmiş Milletlere ve ilgili hükümetlere sunmaktadır.

Rio de Janerio, Brezilya'da, 10 Eylül 1994'te kararlaştırılmıştır.

16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999)

Çeviren Yard. Doç. Dr. Barış Erman*

Konu: Organize Suçun Meydan Okuması Karşısındaki Ceza Adaleti Sistemi

- 1. Ceza Hukuku. Genel Kısım**
- 2. Ceza Hukuku. Özel Kısım**
- 3. Ceza Muhakemesi**
- 4. Uluslararası Ceza Hukuku**

I. Bölüm Genel Kısım

I

1. Organize suç, tipik olarak büyük ölçüde yapılaşmış bir örgütlenmenin kullanılması suretiyle güç ve/veya çıkar sağlama amacı güder. Organize suç çoğu zaman ceza adaletinin geleneksel kavramları ve araçlarının uygulanmasını engelleyen kendine has özellikler gösterir. Bu gibi özellikler arasında aşağıda örnek olarak sayılanlar da bulunmaktadır:
 - Örgüt içinde iş gücünün bölünmesi ve bireysel sorumluluğun sulandırılması
 - Bireylerin kendi aralarında birbirlerinin yerine ikame edilebilir olması
 - Meşru ve gayrimeşru faaliyetin karışması
 - Yargı mercilerini engelleme yeteneği (örneğin, korkutma veya yolsuzluk yoluyla)
 - Çıkarların transferi açısından özel yetenek

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Yardımcı Doçenti

Bu nedenle, ceza hukukunu organize suçun meydan okumasına uygun bir şekilde cevap verebilmesi amacıyla geliştirmek gerekmektedir.

2. Bir ülkenin yasakoyucu, organize suçta katılmaya ilişkin yaptırımlar kabul etmeye veya var olan yaptırımları artırmaya ya da organize suçta uygulanacak özel muhakeme usulleri kabul etmeye karar verdiğinde, kanunun “organize suç”, “suç örgütü” gibi terimlerden ne anlaşılması gerektiğini açık bir şekilde tanımlaması zorunludur.
3. Organize suçun meydan okumasına karşılık vermek amacıyla yeni hukuk kurumları ihdas etme ve mevcut bulunan kurumları yeniden şekillendirme sürecinde, insan haklarına saygı gösterilmesi ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalınması gerekir, bu temel ilkelere örnek olarak cezalandırmanın ön koşulu olarak toplumsal anlamda tehlikeli eylem, “*nulla poena sine culpa*” [*kursuz ceza olmaz*] ilkesi, suç ile cezanın orantılılığı ilkesi ve “*in dubio pro reo*” [*şüpheden sanık yararlanır*] ilkesi bulunmaktadır. Hukukta reform yapacak olanlar, iştirake ilişkin yeni biçimler gibi organize suç ile mücadele için özel olarak geliştirilmiş araçların, başka bağlamlar içinde kullanılma ve bu alanlarda öngörülme sonuçlara neden olma riskini taşıdıklarının bilincinde bulunmalıdır. Maddi ceza hukuku, topluma yönelen olası tehditlerin ön alanda (proaktif) bastırılmasının bir aracı haline getirilmemelidir.
4. Hukukta değişiklik yapılması düşünüldüğünde, organize suçun çoğu zaman ulusal sınırların ötesine geçtiği akılda tutulmalıdır; kanunlar bu nedenle etkin uluslararası işbirliğini mümkün kılacak şekilde uluslararası uyumluluğa sahip olmalıdır.

II

1. Organize suç örgütlerinin liderleri ve üyelerinin belirli suçların işlenmesine katıldığına tespiti çoğu zaman zor olduğundan, bu bireylerin sorumlu tutulabilmesi açısından fail ve şerik sorumluluğuna ilişkin geleneksel biçimler yetersiz kalabilmektedir. Faillik ve şerikliğe ilişkin geleneksel hukuk yetersiz kaldığı ölçüde, organizasyondan kaynaklanan sorumluluk ilkesine dayanan tem-

kinli bir modernizasyon dikkate alınmalıdır. Hiyerarşik yapıya sahip örgütlerde, karar verme ve denetim gücüne sahip kişilerin kendi denetimleri altında bulunan diğer üyelerin eylemlerinden sorumlu tutulabilmeleri için, bu eylemlerin yapılmasını kendilerinin emretmiş olması veya bu eylemlerin icrasını engellemeyi bilecek ihmal etmiş olmaları gereklidir.

2. *Suç işleme amacıyla gizli anlaşma* (conspiracy) kavramının tanınması, ceza sorumluluğunun, belirli suçların işlenmesine doğrudan katılmayan bireyleri de kapsayacak şekilde genişletilmesine yardımcı olabilir. Bununla birlikte, *suç işleme amacıyla gizli anlaşmanın* düzenlenmesi ciddi suçlarla sınırlı olmalı ve anlaşmanın ötesinde açık bir eylem koşulu aranmalıdır.
3. Taksir, şeriklerin sorumluluğu açısından yeterli değildir.

III

1. Organize suça etkin bir karşılık düzenlenirken, ceza hukuku yaptırımlarına denk etkinliğe sahip medeni hukuk ve idare hukuku önlemleri dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, ceza hukuku dışı yaptırımlar maddi ceza hukukunun ve ceza muhakamesinin getirdiği garantilerin etrafını dolanacak şekilde uygulanmamalıdır.
2. Organize suç örgütlerinin meşru işletmeleri ele geçirmelerine ve idare teşkilatının içine sızmalarına engel olacak önleyici denetimler yürürlüğe sokulmalıdır.
3. Tüzel kişilerin organize suç faaliyetlerine dahil olmaları durumunda, malvarlıklarının müsadere ve/veya tüzel kişilere yönelik diğer önlemler, organize suçla mücadele açısından etkin araçlar olabilir.
4. Ceza hukuku yaptırımları, eylemin ciddiyeti ve failin kişisel sorumluluğu ile orantılı olmalıdır.
5. Suç örgütlerine katılıp sonradan bunları terk ederek yargı mercileri ile işbirliği yapan bireylere ayrıcalıklar tanımının gerekli dövrüdüğü hallerde, tam cezasızlık hali, suç örgütüne üye olma suçu ile sınırlı tutulmalı ve failin yürümekte olan veya başlamak üzere bulunan ceza soruşturmasından haberi olmadan önce suç örgütünden ayrılması koşuluna bağlanmalıdır. Diğer hallerde, ce-

zada indirim ihtimali kanun tarafından düzenlenmelidir. Hiçbir durumda, *de facto* cezasızlık hali söz konusu olmamalıdır. Liderlere tanınan ayrıcalık hükümleri, diğer üyelere tanınanlar ile orantısız nitelikte olmamalıdır.

6. Organize suça uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde, dolaylı kazançlar da dahil olmak üzere malvarlığının müsadere, gayrimişru kazançların geri alınması ve suç örgütlerinin faaliyet temelini sınırlandırılması açısından kullanışlı bir araçtır. Müsadere, bir “önleyici tedbir” olarak ya da ceza muhakemesinin bütün garantilerinin uygulanmadığı başka türlü bir şekilde değil, cezai bir yaptırım olarak muamele görmelidir. Müsaderenin failin suçtan elde ettiği net kazancın ötesine geçtiği ölçüde, müsadere suçun yaptırımının orantılılığının belirlenmesi anlamında cezanın bir parçası olarak görülmelidir.
7. Gerçek bir kişinin bütün malvarlığının müsadere bir cezai yaptırım olarak kullanılmamalıdır.
8. İlke olarak, kazanç müsaderesinin koşulu, zilyedin malvarlığını kusurlu olarak işlediği bir suç vasıtası ile elde ettiğinin tamamen ispatlanmış olmasıdır. Bununla birlikte, bir birliğin suç örgütü niteliği taşıdığı mahkeme tarafından tespit edildiğinde, bunun faaliyetlerine ilişkin malvarlığının, zilyedin bunları meşru yollardan elde etmiş olduğunu ispat edememesi halinde müsadere edilmesi mümkündür. Bir tüzel kişinin malvarlığı da, bu birliğin temsilcileri malvarlığını edinme anında bunların bir suçtan kaynaklandığının (veya birliğin bunları yeterli ödemede bulunmadan elde ettiğinin) bilincinde olmaları halinde müsadere edilebilir.
9. Organize suç alanında müsadere, suç faaliyetinden kaynaklandığı anlaşılan, fakat herhangi belirli bir faile atfedilemeyen malvarlığının bulunması halinde de mahkeme kararı ile müsadere mümkün olmalıdır. Meşru mülkiyet hakkının ispatlanması durumunda malvarlığı iade edilmelidir.
10. Müsadere, mağdurun zararının karşılanmasını engellememeli ve kısıtlamamalıdır. Mağdurların zararının karşılanması için gerekli olması halinde, müsadere edilen malvarlığı bu amaçla kullanılmalıdır.

11. Ceza muhakemesi sürecinde, malvarlığının müsadereye tabi olduğu ve bunlara derhal el konulmaması halinde yargı mercilerinin bunlara ulaşmasının mümkün olmayacağı yönünde kuvvetli bir şüphe bulunması halinde, bunlara geçici olarak el konulması mümkündür.
12. Organize suç ile mücadelenin bir aracı olarak müsadereenin etkinliğine ilişkin araştırmalar yürütülmelidir.

II. Bölüm **Özel Kısım**

1. Genel Olarak

Faillik ve iştirake ilişkin geleneksel kanunlar, organize suçun yeni biçimlerine uygun ve etkin bir karşılık vermek ve organize suç ile bağlantılı kişilerin sorumlu tutulmasını sağlamak açısından yetersiz görülebilirler. Bu nedenle, yasa koyucular özellikle suç amaçlı örgütlere katılımı suç haline getirmek için yeni yöntemlerin arayışına girebilirler.

2. Kapsam

Suç örgütlerinin ve organize suçun müteakip kararlarda ortaya konan diğer biçimlerinin suç haline getirilmesi, Bölüm I'de (Genel Kısım) değinilmiş olan unsur ve niteliklere uygun olmalıdır.

3. Özel Suç Yaratmanın Meşruiyeti

Organize suç ile özel ve kendine has hukuksal önlemler kullanmak suretiyle uygun bir şekilde başa çıkmak için, müteakip kararlarda değinildiği üzere, yasa koyucuların bu olgunun boyutu, eğilimleri ve ulusal ve uluslararası toplum üzerinde yarattığı gerçek etkiye ilişkin mevcut nesnel bilgileri araştırması zorunludur. Yasa koyucu, özel nitelikte cezalandırmaya ilişkin gerçek bir gereksinimin bulunduğunu gösteren belirgin bulguları, örneğin açık bir toplumsal zararın mevcut olduğunu saptamalıdır.

4. Bağımsız Suç Tipi: Suç Örgütüne Üyelik

Suç örgütüne üyeliğin suç haline getirilmesi, organize suç ile mücadeledeki en önemli araçlardan biridir. Ceza sorumluluğunun te-

meli olarak suç örgütüne üyeliğin, işlevsel terimlerle tanımlanması gereklidir. Üyelik belirli suçların işlenmesine fiilen katılımı gerektirmez, fakat örgütün istikrarlı yapısı içinde yer almayı şart koşar.

Örgüt üyeliği, maddi bir bulgu ile kanıtlanmalıdır (örnek olarak iletişime ilişkin kanıtlar veya kamuflaj alımı).

Klasik ceza hukukuna göre, suça katılıp örgütün dışında yer alanlar ile suç örgütünün amaçlarına yardımcı olanlar şerik sıfatıyla kovuşturulabilirler.

Klasik ceza hukukuna uygun olarak, suç örgütüne ikrah ve cebir yolu ile katılanlar ile bu yöntemlerle suç örgütüne üye kalanların, sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan nedenlere başvurma imkanı saklıdır.

Örgüt ile meşru ve uygun nitelikte işlemlerin sürdürülmesi bağlamında, örgütün gayrimeşru niteliğinin bilinmesi, yargılamayı haklı göstermek açısından yeterli değildir (yemek hizmetleri, tıbbi veya hukuki hizmetler).

5. *Ağırlatıcı Neden Olarak Suç Örgütü*

Bir suçun işlenmesi halinde, ulusal yasa koyucu üç farklı yaklaşımdan birini tercih etmek zorundadır: Suç örgütüne üyeliğin cezanın artırılması amacıyla bağımsız bir suç haline getirilmesi, toplayıcı cezalandırma (salt üye olmaktan dolayı ve fail tarafından örgütün yararına işlenen suçtan dolayı), iki suçtan mahkumiyet ile birlikte yalnızca birinden dolayı cezalandırma (*concoures réel d'infractiions*) [*gerçek içtima*].

6. *Garantiler*

Bağımsız (*per se*) suçlar kabul eden ulusal yasa koyucular, amaçlanan etkinlik ile meşru sosyal veya bireysel menfaatlerin korunması arasında bir denge veya orantı bulmalarını zorunlu kılacak ciddi maddi, Anayasal ve insan haklarından kaynaklanan sorunlar ile yüzleşmek durumundadırlar. Aksi takdirde bu yöndeki bir suçun yaratılması aşağıdaki ilkeleri tehlikeye sokacaktır:

a) Kanunilik ilkesi: Suç tanımına içkin muğlaklık, kanunilik ilkesini ihlal eder. Bu durum ise, kuvvetler ayrılığını ve diğer Ana-

yasal yapılar ile zorunlulukları tehlikeye sokar. Suçun, kullanılan terimlerin ve lafzın kesin bir şekilde belirlenmesi yoluyla yaratılması zorunludur.

- b) Toplumsal zarar veya toplumsal tehlikenin gerekliliği ilkesi, *actus reus'un (l'élément matériel) [maddi unsur]* ayrılmaz bir parçasıdır ve suçun yapısal bir unsuru olarak (örn., suçun gerçek bir toplumsal zarara neden olması) kaybedilecektir. İddia makamının, ilgili kişinin gerçekten bir toplumsal zarara neden olmuş bulunan veya neden olmakta olan bir örgüte katıldığını göstermesi zorunludur.
- c) Kusur ilkesi (örn. ceza sorumluluğunun kişiselliği), ki *mens rea (l'élément moral) [manevi unsur]* bunun bir parçasıdır. Bu suç açısından *mens rea*, ilgili kişinin örgüte, örgütün suç oluşturan eylemlerini destekleme amacıyla katıldığını gösteren ikna edici kanıtların bulunmasını gerektirir. (örn. İlgili kişinin kendi meşru mesleğini veya becerisini icra amacıyla örgüte katılmak zorunda kalmış olmadığı gösterilmelidir). Bu da, ilgili kişinin örgütün geçmişteki, günümüzdeki ve devam etmekte olan suç oluşturan faaliyetinin bilgisine sahip olduğunu ve bu faaliyeti desteklemek veya devam ettirmek için katıldığını gösteren ikna edici kanıtların varlığını gerektirir.
- d) Orantılılık ilkesi. Organize suç gruplarının alt düzey üyeleri üzerinde, suç işlemleri için büyük bir baskı oluşturulmuş olabileceği gerçeğinden hareketle, bu üyelerin cezası, grup içinde üstlendikleri rol ile doğru orantılı olmalıdır. Bunun da ötesinde, cezalandırmanın kapsamı ve sınırları, her bir bireyin kendine özgü kusurluluğu ile orantılı bir şekilde genişlemelidir.

7. Olağanüstü Haller

“Olağanüstü haller”e ilişkin olmaları nedeniyle Hukuka uygunluk veya meşruiyet iddiasında bulunan *ad hoc* veya özel nitelikteki kanunlar, bitelik, kapsam ve zaman açısından sıkı bir şekilde sınırlı tutulmalıdır.

8. Uluslararası İşbirliği

Bağımsız (*per se*) suç tipinin kabul edilmesi halinde, insan haklarının ve Anayasal ilkelerin korunmasına ilişkin asgari standartlara uyulmalıdır. Bu standartlar için, Bölümler III ve IV'e bakınız.

9. Kara Paranın Aklanması

Organize suç alanında, kara paranın aklanması en azından üç nedenden dolayı son derece önemlidir. İlk olarak, bu yöntem her türlü organize suçun başarısı açısından neredeyse zorunlu bir mekanizmadır. İkincisi, kara paranın aklanması kendi içinde ve kendi adına organize suçluluğun önemli bir biçimini oluşturmaktadır.

Üçüncüsü, kara paranın aklanmasının cezalandırılması çoğunlukla organize suçun önlenmesinin tek yoludur. Bu nedenlerle, kara paranın aklanmasını yasaklayan kanunların organize suç ile mücadelede ve gayrimeşru kazançların müsaderesi mekanizmalarının icrasında başat bir araç olarak kullanılması gereklidir.

III. Bölüm Muhakeme Hukuku

1. Organize suç ifadesine dahil bulunan suçluluk türleri ile mücadele halinde dahi, hukukun üstünlüğüne saygı sistematik olarak güvence altına alınmalıdır. Çoğu durumda ceza muhakemesinin temel kuralları organize suç olgusuna kararlı bir karşılık vermek açısından yeterli imkan sağlamaktadır.

Yine de bazı durumlarda, bir bütün olarak muhakeme aşamalarını kapsayacak şekilde adil yargılanma ilkesinin gereklerin saygılı davranmak koşuluyla, ceza muhakemesi hukuku kurallarında değişikliklerin dikkate alınması gerekli olabilir.

2. Masumluk karinesi, hukukun üstünlüğünün bir parçasıdır. İspat külfeti iddia makamındadır ve suçlu bulmaya yönelik hüküm ya hakimin vicdani kanaatine ya da hukuki kanıta dayanır. Çürütülemeyen suçluluk karinelerine izin verilemez.
3. Ön alan soruşturma yöntemlerinin amacı, bir suç örgütünün yapısını ve yöntemlerini ortaya çıkartmak suretiyle örgütün üyeleri-

ne karşı ceza soruşturmasının yürütülmesini sağlamaktır. Temel hakları ciddi olarak etkileyen önlemlerin eşlik ettiği ön alan soruşturmasına, ancak aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

- Pozitif hukuk tarafından tanınmış olan ve insan haklarına saygı gösteren yöntemler harici hiçbir yöntem uygulanamaz (*kanunilik ilkesi*),
 - Yukarıdaki amaca ulaşmak adına daha az sınırlayıcı hukuksal araçların bulunmaması hali dışında bu yöntemler kullanılmalıdır (*ikincillik ilkesi*),
 - Bu yöntemler ancak çok ciddi durumlarda kullanılabilirler (*ağırlık ilkesi ve orantılılık ilkesi*),
 - Önceden verilecek hakim kararı veya hakimden denetimi söz konusu olmadıkça hallerde icra edilemezler (*hakim denetimi ilkesi*).
4. Gerek ön alan soruşturması, gerekse olağan soruşturma yöntemleri söz konusu olduğunda, kişilerin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan önlemler ancak en sınırlı şekilde uygulanması zorunludur. Belirtmek gerekir ki, bu önlemlerin yasama organı veya buna muadil diğer hukuksal otoriteler tarafından yürürlüğe konması zorunludur. Özel yaşama ağır bir müdahale anlamına gelen önlemler yargı makamının kararı ile ve buna ek olarak onun denetiminde gerçekleştirilmek zorundadır.
5. Organize suçluluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılmasını sağlayacak şekilde gönüllü olarak kanıt sağlayan veya kanıt ya da bilgileri sağlamayı kabul eden bireylere ve ailelerine etkin koruma sağlanmalıdır.
6. Gizli tanıklara başvurulması, normal koşullar altında savunma haklarını ihlal etmeden mümkün değildir. Bununla birlikte, bazı ülkelerin gizli tanık kullanmayı gerekli görmeleri halinde, buna ancak aşağıdaki koşulların yerine getirilmesi ve bunların kanun tarafından öngörülerek düzenlenmesi durumunda izin verilebilir:
- Gizli tanıkların ifadeleri ancak açık ve mevcut nitelikte ciddi tehditlerin varlığı halinde hukuka uygun sayılabilir;

- Mahkumiyet hükmü yalnızca gizli tanık ifadelerine dayanarak kurulamaz;
 - Tanığın kimliğinin gizli kalması suretiyle ifade verip veremeyeceğine yönelik kararı, duruşma öncesinde veya sırasında, tanığın kimliğini bilen hakimin vermesi zorunludur. Yine, tanığın güvenilirliği de hakim tarafından denetlenmelidir;
 - Savunma, gizli tanıklara soru sorma ve bu gibi oturumlara katılma hakkı açısından yeterli imkana sahip bulunmalıdır.
7. Ciddi bir tehdit ile karşılaşan tanık veya mağdur, bir hakimin onayı ile, yaşını, ev adresini ve işini gizli tutabilir.
8. “*Pentiti*” [*İtirafçı*] kullanımı, ceza adaleti sisteminin meşruiyeti ve kanun önünde eşitlik ilkesi bağlamındaki içkin zorlukları nedeniyle, önerilmez. Bununla birlikte, suç örgütü üyesi olma şüphesi altında bulunan ve yargı makamları ile işbirliği yapmaya karar veren bireyler, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi durumunda ceza indiriminden yararlanabilirler:
- “*Pentiti*” kullanımı, ancak bu durumu kesin bir şekilde belirleyen bir kanun metnine dayanarak uygulanabilir (*kanunilik ilkesi*);
 - Her durumda bir hakimin onayı gereklidir (*hakim denetimi ilkesi*);
 - Mahkumiyet hükmü, yalnızca “*pentiti*” ifadesine dayanarak kurulamaz;
 - “*Pentiti*”ye izin verilmesi ancak ağır suçlar açısından hukuka uygun kabul edilebilir (*orantılılık ilkesi*);
 - “*Pentiti*” gizlilikten yararlanamaz.
9. Organize suç ile mücadele çerçevesinde uzman kurumların yaratılması veya geliştirilmesi, bu kurumlar soruşturma ve yargılama makamları veya idari merciler de olsa, son derece önerilir.
10. Bu bağlamda, farklı muhakeme sistemleri arasında her türlü uyumlaştırma çabası, takdirle karşılanmalıdır.

IV. Bölüm

Uluslararası Ceza Hukuku

A. Uluslararası İşbirliği Sözleşmelerinde Yeni Suçlar Tanımlanması ve Mevcut Suçların Geliştirilmesi

1. Organize suç ile mücadelede uluslararası işbirliği, mevcut sözleşmelerin geliştirilmesi, etkin bir şekilde uygulanması ve güçlendirilmesi yoluyla geliştirilmelidir. Organize suçla mücadeleye ilişkin yeni araçlar, ancak gerçekten gerekli oldukları ölçüde geliştirilmelidir. Söz konusu suçların niteliği ve ağırlığına ve taraf devletlerin bölgesel çerçevesine bağlı olarak, işbirliği uluslararası uygulama mekanizmalarının (soruşturmaya, kovuşturmaya ve/veya yargıya ilişkin), ve hatta ulusalüstü nitelikteki uygulama mekanizmalarının harekete geçirilmesini içermelidir; fakat buna ancak gerekli olduğu ölçüde imkan tanınmalıdır.

Organize suçla mücadeleye yönelik yaptırımların uygulanmasına ve uygulanmamasına ilişkin uluslararası rejimlerin kabul edilmesi ve evrimleştirilmesine yönelik çok disiplinli bir yaklaşıma, özellikle de bir yönden uluslararası organizasyon teorisi ile, diğer yönden ise ceza hukuku ve uluslararası hukuk ile etkileşim içerisinde dikkat yöneltilmelidir.

2. Kongrenin ilk iki AIDP Bölümü tarafından ifade edilen, yeni ve karmaşık suçların (örn. Suç örgütüne katılma, suç anlaşması yapma) tanımlanmasındaki muğlaklığa yönelik endişelere katılması nedeniyle, Kongre, uluslararası sözleşmelerin geliştirilmesinde, özellikle ciddi suçlara odaklanmada ve ceza sorumluluğu ölçütlerinin ve bunların sınır aşan şekilde kovuşturulmasına ilişkin ölçütlerin mümkün olduğunca açık bir şekilde tanımlanmasına özel bir özen gösterilmesini önerir.
3. Bununla birlikte Kongre, uluslararası toplum üyelerinin organize suça özgü olup günümüzde etkin uluslararası işbirliğine izin vermeyecek ölçüde dar tanımlanmış suç tiplerini (örnek olarak yabancı veya uluslararası kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçunu) kapsayacak uygun kanunların kabulüne yönelik gereksinimlerini tanımaktadır. Buna ek olarak, gayrimeşru malların (örn. silah ve

patlayıcı maddeler, zehirli atıklar, ulusal tarihi ve kültürel eserler, koruma altındaki hayvanlar, çocuk pornografisi) ticaretine ve insan (Örn. yabancı ülke vatandaşları, çocuklar, “kaçak işçi”, seks kölesi) ticaretine ilişkin bazı yöntemler daha çok dikkat çekmelidir.

B. Ülke Dışı Yargı Yetkisine İlişkin Yeni Kurallar

1. Kongre, (bölgesel evrensel yargı yetkisi de dahil olmak üzere), yeni ve karmaşık suçlar veya diğer herhangi bir suç için evrensel yargı yetkisini önermemektedir. Devletlerin yine de bu şekilde bir yargı yetkisini ihdas etmeleri halinde, bu kural zorunlu bir şekilde uluslararası *ne bis in idem* koruması ile birleştirilmelidir (bkz. B 4)
2. Yargı yetkisini genişleten (gerek ülke içi, gerekse ülke dışı) kurallar, yargı yetkileri arasında ihtilaf riskini yükseltirler. Bunun sonucunda işbölümü sorunları ortaya çıkabilir (bkz. B 3). Bununla birlikte Kongre, yargı yetkileri ihtilaflarını bir insan hakları sorunu olarak değerlendirmektedir (bkz. B 4).
3. Yarışan yargı yetkilerine ilişkin sorunlar, yalnızca ilgili devletlerin menfaatlerini değil, özellikle savunma makamının ve mağdurların menfaatlerini dikkate alacak şekilde çözüme kavuşturulmalıdır.
 - a) Birden fazla devletin bir faili aynı suçtan dolayı kovuşturma yetkisine sahip olduğu durumlarda, yetkili mahkemenin uluslararası bir ilk ve ara soruşturma (pre-trial) dairesi tarafından belirlenmesi gerekir. Bu uluslararası ilk ve ara soruşturma dairesi aynı zamanda iki veya daha çok sayıda devletin yargı yetkisine sahip olduğu ve devletlerden birinin konuyu mahkeme dışı bir anlaşma ile çözümlenme (bir müzakere veya “uzlaşma” yoluyla) amacını güttüğü hallerde de karar verme konusunda yetkili olmalıdır.
 - b) İki (veya daha çok sayıda) devlette yürüyen muhakeme işlemleri, ceza kanunlarının etkin bir şekilde uygulanması açısından eşit şansa sahip ise, şüpheli ve mağdur menfaatlerini (adaletin adil bir şekilde sağlanması bağlamında) en üst düzeyde gözetilen mahkeme lehinde karar verilmelidir. Belirli bir mahkemenin seçiminde tek neden olarak sanığın o mahkeme önünde daha ağır bir yaptırımla karşılaşacak olması asla gösterilmemelidir.

4. *Ne bis in idem* ilkesi, uluslararası ve sınır aşan ölçütlerde de uygulanabilen bir insan hakkı olarak görülmelidir.

Bu ilkenin ICCPR ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yerleştirilmesi dikkate alınmalıdır. En azından, yeni bir cezanın verilmesi aşamasında, ikinci yargılamanın konusunu oluşturan aynı eyleme veya aynı suça ilişkin olarak yurtdışında verilmiş bulunan ceza göz önüne alınmalıdır (“cezaların mahsubu ilkesi”)

C. Polis İşbirliğine İlişkin Yeni Kurallar

1. Kongre; polis işbirliği alanındaki önemli gelişmeleri saptamıştır; bunlar, yeni iletişim kanallarının kullanılmasını (bağlantı memurları, karma soruşturma timleri, ulusalüstü polis güçleri haline gelme ihtimali olan Europol ve OLAF gibi kurumlar); yeni soruşturma faaliyetlerinin (ön alan polis araştırması) ve yeni teknolojik gereçlerin (örn. uydu yoluyla sınır ötesi gözetleme) kullanımını içermektedir. Bu gelişmelerin ışığında, Kongre polis işbirliğinin bu gelişmeleri düzenleyen uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla resmileştirilmesini önerir. Polis işbirliği giderek daha çok faaliyete geçtikçe, artık faaliyetlerini gayriresmi anlaşmaların gri bölgesinde sürdürmekten vazgeçmesi gerekmektedir. Bu nedenle Kongre, Avrupa Birliği’nin yakın dönemdeki kanunlaştırma çabalarını takdirle karşılamaktadır.
2. Yerel polis araştırmaları gibi (bkz. yuk. Bölüm III’teki öneriler) uluslararası ön alan polis araştırmaları da kanunilik, orantılılık ve ikincillik ilkelerine riayet etmelidir. Bu ilkelere, ileride yürürlüğe girecek olan BM Sınır Aşan Organize Suç Sözleşmesi’nin özel soruşturma tekniklerine ilişkin hükümlerinde de atıf yapılmalıdır (bkz. BM Sözleşmesi taslağının 15’inci maddesi). İlgili polis memurlarının ait olduğu ülkelerde, bu gibi polis faaliyetlerinin ceza araştırmalarından sorumlu otoriteler tarafından ulusal düzeyde uygun şekilde gözlemlenmesi önerilir. Zorlayıcı (veya müdahale niteliğindeki) yöntemler söz konusu olduğunda, hakim kararı veya denetimi sağlanmalıdır.
3. Başka bir devletin ülkesindeki tek taraflı eylemler (örn. Polis memurlarının yerel mercilerin izni olmadan giriştikleri soruşturma

faaliyeti veya operasyonlar) yasaklanmalıdır. Yerel kuralların ihlali suretiyle ve/veya yetkili yerel mercilerin izni olmadan elde edilen deliller, yalnızca *lex fori* bu şekilde elde edilen delillerin bütünüyle yerel bir durumda dahi değerlendirmeden hariç tutulmasını emretmekte ise, değerlendirmeden hariç tutulmalıdır.

4. Hangi yetki ile olursa olsun, polis memurları yabancı bir ülkede faaliyet göstermekte veya işlemler gerçekleştirmekte ise, bunun yalnızca yabancı memurların delilleri teslim etmeye çağrıldıklarında mahkemede tanık sıfatıyla ifade verme zorunluluklarının bulunması koşulu ile kabul edilmesi mümkündür. Polis memurları, işlemlerini gerçekleştirdikleri ülkenin polis memurları ile mahkeme önünde aynı yükümlülükler ve ayrıcalıklara sahip olmalıdırlar. Uluslararası polis işbirliğinin yeterli ölçüde denetimi ya ulusal ya da uluslararası düzeyde sağlanmalıdır.
5. Ortak otomatize sistemler (örn. Schengen bilgi sistemi) gibi işbirliğine ilişkin yeni yapısal biçimler ile ortak soruşturma timleri, uygulanacak hukukun ve yetkili yargı mercisinin açık bir şekilde belirlenmesini gerektirirler.
6. Birçok ülkede, kara paranın aklanması ile mücadele çerçevesinde mali istihbarat birimleri (MİB'ler) oluşturulmuştur. Bu MİB'ler, bankalardan ve diğer mali kuruluşlardan edinilen bilgileri işlemektedir.

Bu MİB'lerin rolü devletten devlete önemli ölçüde değişken olsa da, çeşitli devletlerin MİB'leri arasında uluslararası bilgi değiş tokuşu gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar bu değiş tokuşun ilke olarak desteklenmesi ve geliştirilmesi gerekse dahi, kamusal olarak erişilebilir nitelikte uluslararası araçlar olarak resmileştirilmeleri gerekmektedir. Bu araçlar, sağlayıcı devlete (yani bilgiyi sağlayan devletin) özellik ilkesinin uygulanmasını talep etme hakkı tanımalıdır ve bu ilke uyarınca sağlanan bilginin, sağlayıcı MİB'in yöneldiği amaçların dışında (örn. delil olarak) sağlayıcı devletin izni olmadan kullanılmamasını gerekir. Sağlanan bilgi bir ceza muhakemesinde delil olarak kullanıldığı takdirde, sağlayıcı devletin yargı mercilerinin önceden buna izin vermiş olmaları her zaman aranmalıdır.

D. Adli İşbirliğine İlişkin Yeni Kurallar

1. Geri vermenin bir koşulu olarak çifte cezalandırılabilirlik şartı korunmalıdır. Cezai meselelerde karşılıklı yardımlaşma hallerinde ise, söz konusu yardımlaşmanın zorlayıcı tedbirlerin veya insan haklarının ihlali veya temel özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek tedbirlerin alınması sonucunu doğurabileceği haller hariç olmak üzere, bu ilke terk edilmelidir. Çifte cezalandırılabilirliğin korunduğu alanlarda, ulusal kamu görevlilerine veya kurumlara atıfta bulunur görünen terimlerle tanımlanmış olan suçlarla (örneğin olarak rüşvet, yalan tanıklık ve mali suçlarla) bağlantılı sorunların çözülmesi önemlidir. Bu bağlamda, devletlerin dönüştürücü yorum yöntemini kabul etmeleri gerekmektedir. Bunun dışında kalan boşluklar, çifte cezalandırılabilirlik ilkesini ortadan kaldırmak suretiyle değil, devletlerin geri vermeyi mümkün hale getirmek istedikleri suç tiplerini uyumlaştırmaları suretiyle aşılmalıdır.
2. Adli yardımın etkin hale getirilmesi için, talep edilen devlette delillerin toplanmasının, talep edilen devletin tanıdığı temel ilkeler ve savunmanın temel hakları ile bağdaşmayacak nitelikte olmadığı sürece, talep eden devletin gereksinimlerini karşılaması gerekir.

Talep eden ve talep edilen devletlerin yargı mercileri arasında doğrudan bağlantı kurulması önerilir. Cezai meselelerde ve bununla ilişkili konularda karşılıklı yardımlaşmanın kolaylaştırılması için, sözleşme, taraf devletlerden birbirlerine olduğu kadar, mahkemelere ve yargı yetkisini kullanan taraflara da, sözleşmenin kapsadığı suç tipleri ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen soruşturma, kovuşturma ve yargısal işlemlerde adli yardıma ilişkin yerel mevzuatta öngörülen koşullar dahilinde, en geniş ölçüde adli yardım tedbirleri tanımlarını talep etmelidir.

3. Yurtdışında delil toplama amacıyla gerçekleştirilen video bağlantıları gibi yeni teknolojiler teşvik edilmelidir. Uygun olduğu durumlarda, hakimlerin yalnızca ilk ve ara soruşturma aşamalarında değil, duruşma aşamasında da, başka ülkelere nakledilmeleri mümkün kılınmalıdır. Son durum söz konusu olduğunda, “seferi ulusal mahkemeler” teşvik edilmelidir.

4. “Suçlular ile anlaşmalar” yapıldığında, tanık koruma programlarının uluslararası boyutta faaliyet göstermesi sağlanacak şekilde ayarlamalara gidilmelidir. Aynı durum, “müzakereler” gibi mahkeme dışı uzlaşmalarda da geçerli olmalıdır. Bununla birlikte, bir suçluya “müzakere”nin parçası olarak tanınan dokunulmazlığın uluslararası etkisi, “müzakere”nin kapsamında bulunan maddi vakıalarla sınırlı tutulmalı, böylece dokunulmazlığı tanıyan devletin tanıyan dokunulmazlığı, ilgili suçluyu geri vermekten kaçınmak veya ilgili suçluya karşı dokunulmazlığın tanınmış bulunduğu maddi vakıalar *dışında* kalan nedenlerle yabancı ülkede muhakeme bulunmasının önüne geçmek amacıyla kullanması engellenmelidir.

Bununla birlikte, sınır aşan organize suç hallerinde, suçlular ile varılan anlaşmalara ve mahkeme dışı uzlaşmalara, yargı yetkisi bulunan devletlerden herhangi biri tarafından tek taraflı olarak dahil olunmamalıdır. Yukarıda tanımlanan süreçler (bkz. B 3) izlenmelidir.

5. Mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin kurallar, özellikle ilgili uluslararası sözleşmelere, örnek olarak hükümlü ve tutukluların nakline, suçtan elde edilen kazancın müsaderesine vb. ilişkin sözleşmelere katılım ve bunları onaylama yolu ile oluşturulmalı veya geliştirilmelidir.
6. Suçtan elde edilen kazancın tespiti, buna el konulması ve bunun müsaderesi meselelerinde uluslararası işbirliğini mümkün kılmak için bütün devletlerin Avrupa Konseyi’nin Suçtan Elde Edilen Kazancı Aklama, Arama, El Koyma ve Müsadere Sözleşmesi’ni (Strasbourg, 08.11.1990) onaylaması ve uygulamaya geçirmesi gerekir. Çekinceler mümkün olduğunca sınırlanmalıdır.

E. Uluslararası Ceza Muhakemesinde Bireylerin Hukuksal Statüsünü İlgilendiren Yeni Kurallar

1. Bireylerin haklarının (savunmanın ve/veya mağdurların haklarının) uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde tam bir şekilde güvence altına alınması, ortak bir insan hakları sözleşmesi ile bağlı bulunan ve cezai meselelerde işbirliğine giden devletlerin müşterek bir sorumluluğudur. Bu durum özellikle Sınır

Aşan Organize Suça İlişkin BM Sözleşmesi gibi yeni araçların hazırlanması aşamasında dikkate alınmalıdır. Bunun anlamı, bütün ilgili Devletlerin, uluslararası insan hakları denetim kurumlarına karşı sorumlu tutulabilmeleridir.

2. Geri verme işlemlerinde ve talep edilen devlette zorlayıcı tedbirler gerektiren karşılıklı yardımlaşma işlemlerinde, bu gibi işlemlere dahil olan bireylerin aşağıda gösterilen asgari haklara sahip bulunmaları gerekir:

- Kendilerine yöneltilen isnatlar ve talep edilen tedbirler hakkında bilgi edinme hakkı, meğer ki bu gibi bilgilerin verilmesi talep edilen tedbirlere engel teşkil etsin;
- Uluslararası işbirliği çerçevesinde alınan tedbirlere karşı itirazlarının dinlenmesi hakkı;
- Bir avukatın yardımından yararlanma hakkı ve kendisi avukat tutacak maddi imkana sahip olmadığında bir avukatın yardımından karşılıksız yararlanma hakkı ile, mahkemede kullanılan dili anlayamadığı veya konuşamadığı durumlarda bir çevirmenin yardımından karşılıksız yararlanma hakkı;
- Hızlı bir şekilde yargılanma hakkı;
- Geri verme amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılma sözü konusu olduğunda, bu tedbirin öznesi, yerel bir ceza yargılaması çerçevesinde özgürlüğünden yoksun bırakılan diğer her kişi ile aynı haklara sahip olmalıdır.

Talep edilen devletin, talebin tek amacının bir kişiyi ırkı, dini, milliyeti veya siyasal düşüncesi nedeniyle yargılamak olduğuna veya kişinin hak ve menfaatlerinin bu nedenlerden herhangi biri nedeniyle tehlikeye girebileceğine inanmayı sağlayacak maddi gerekçelere sahip olması durumunda, geri verme talebi reddedilmelidir.

3. Uluslararası ceza muhakemesi işlemlerine dahil olan bir bireyin talep eden devlette sahip olacağı asgari haklar, yurtdışından delil elde etme hakkını ve kendi davası ile ilgili delil değiş tokuşu hakkında bilgilendirilme hakkını kapsamalıdır.

4. Bireylerin uluslararası mahkemelere başvuru hakkı geliştirilmelidir. Örnek olarak, birden fazla devletin yargı yetkilerinin yarıştığı durumlarda, buna bağlı olarak birden çok soruşturmanın yürütülmesi riski bulunduğunda, bu durumdan dolayı zarar gören kişilerin uluslararası bir adli mercie başvurmaları mümkün olmalıdır. İdeal olarak, bu gibi kararların uluslararası bir ilk ve ara soruşturma dairesi tarafından verilmesi gerekir (bkz. B 3).
5. Sanığın veya şüphelinin insan haklarının ihlali suretiyle elde edilen delillere dayanılarak hüküm kurulamaz.
6. Mağdurun uluslararası bir organize suçun soruşturulması amacıyla veya savcının kovuşturmaya yer olduğuna veya yer olmadığına yönelik kararının yeniden gözden geçirilmesini sağlamak için uluslararası bir adli mercie (E 4'te gösterildiği şekilde) başvuru hakkı olmalıdır.

F. Öneri

AIDP, Birleşmiş Milletler Sınır Aşan Organize Suç Sözleşmesi Taslağını hazırlayan *ad hoc* komitenin dikkatini, arz edilen karara ve taslağın içeriğinin bu karar ışığında yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacına çeker.

17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin, 12-19 Eylül 2004)

Çeviren Stj. Av. Banu Kınıkoğlu*

Konular:

1. Ulusal ve Uluslararası Hukuk Düzeninde Çocukların Ceza Sorumluluğu
2. Uluslararası Ticari İlişkilerde Rüşvet ve Diğer İlgili Suçlar
3. Disiplin Takibatlarında Ceza Muhakeme Usulünün Prensiplerinin Uygulanması
4. Eşzamanlı Yürüyen Ulusal ve Uluslararası Ceza Yargılaması ve *Ne Bis In Idem* Prensihi

I. Bölüm

Ulusal ve Uluslararası Hukuk Düzeninde Çocukların Ceza Sorumluluğu

12–19 Eylül 2004 tarihleri arasında Pekin’de gerçekleştirilen 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin katılımcıları,

Çocukların, toplum ve özellikle yasama organı, ayrıca sosyal sistem ve hukuk sistemi tarafından özel bir korumaya ihtiyacı olduklarını *göz önünde bulundurarak,*

Gençliğin, hukuk kurallarının özel bir uyarlamasını gerekli kıldığını *göz önünde bulundurarak,*

Genç insanların korunmasının, onların düzenli bir şekilde gelişmesi ve sosyalleşmesinin özellikle önemli olduğunu, aynı zamanda toplumun korunmasının temin edilmesi ve mağdurlarının menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini *göz önünde bulundurarak,*

Toplumun çocuklara müdahalesinde her zaman çocukların menfaatlerinin ağır bastığının akılda tutulması gerektiğini *göz önünde bulundurarak,*

* İstanbul Barosu’nda Stajyer Avukat

Ergenlik çağının genç erişkinliğe (25 yaş) kadar uzayabildiği ve bunun sonucu olarak, mevzuatın çocuklar gibi genç erişkinler için de uyarlanması gerektiğini *göz önünde bulundurarak*,

Çeşitli ülkelerde farklı ulusal durumların ve aynı zamanda kültürel, sosyal ve ekonomik farklılıkların olduğunu *farkında olarak*,

Birleşmiş Milletler tarafından 1985 yılında kabul edilen Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkındaki Pekin Kurallarında ifade edilen uluslararası standart ve normları *animsayarak*,

Aşağıdaki tavsiyeleri kabul etmişlerdir.

I. Cezai Sorumluluk Prensinin Gerekçesi ve Farklı Yaş Kategorileri

1. Çocuklar kendi özel nitelikleri ile hukukun öznesidirler. Bu nitelikler gereği, hukuk sistemi, çocukların ceza sorumluluğunu, suçun unsurları kapsamında ayrı bir konu olarak görmelidir.
2. Cezai ergenlik yaşı 18 olmalıdır. Kanunlar, hangi yaştan itibaren özel bir cezalandırma sisteminin uygulanacağını belirlemelidir. Asgari yaş, suçun işlendiği tarihte 14'ten az olmamalıdır.
3. Çocuk suçlular hakkında daha çok eğitimsel tedbirler ya da kişinin rehabilitasyonuna odaklanmış alternatif cezalar uygulanmalı ya da şartlar öyle gerektiriyorsa, istisnai olarak, bilinen anlamda cezalar uygulanmalıdır.
4. 14 yaşından küçük olanlar için sadece eğitimsel tedbirler uygulanabilir.
5. Eğitimsel tedbirlerin ya da kişinin rehabilitasyonuna odaklanmış alternatif cezaların uygulanması, ilgili bireyin talebiyle 25 yaşına kadar uzatılabilir.
6. 18 yaşından büyüklerin işlediği suçlar bakımından, çocuklara uygulanan özel hükümler 25 yaşa kadar uzatılabilir.

II. Çocukların Cezai Sorumluluğu Hukuki Müessesesi

7. Çocukların cezai sorumluluğu ve bu sorumluluğun sonuçları, erişkinlerinkinden farklı bir yargılama sistemine sahip özel bir adli merci tarafından kararlaştırılmalıdır. Bu ilgili organların özel niteliği, süreçteki diğer bütün katılımcıları kapsamalıdır. Bu yargı-

lamanın çocukları ilgilendiren bütün konuları kapsayacak şekilde genişletilmesi istenmektedir.

8. Bu yargılamanın seçileceği, başlangıçtaki multidisipliner soruşturmalarda açıklığa kavuşturulmalıdır.
9. Mağdurların menfaatlerini korumak ve onlara insani bir şekilde yaklaşmaya özel önem verilmelidir.

III. Yaptırımlar ve Diğer Uygulanabilir Tedbirler

10. İnsan hakları bakımından kendi içinde önemli bir problem ortaya koyan ölüm cezası, suçun işlendiği sırada çocuk olan birine asla verilmemelidir.
11. Herhangi bir formda müebbet hapis cezası, işkence ya da diğer insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleler yasaklanmalıdır. Hapis cezasının süresi 15 yılı geçmemelidir.
12. Yargılama öncesi tutuklama sadece istisnai durumlarda uygulanmalıdır. Bu tür bir tutuklama kararı sadece gücünü kanundan alan ve sanığı birebir dinleyen bir adli merci tarafından verilmelidir. Yargılama öncesi tutukluluk, mümkün olduğunca eğitim desteği ile birlikte yürütülmelidir. Mümkün olduğu sürece 16 yaşından küçükler için uygulanmamalıdır.
13. Hapis cezası sadece özel suçlar için ve sadece kişilikleri dikkatlice değerlendirilmiş çocuklar için uygulanması gereken istisnai bir cezalandırma olarak kalmalıdır. Hapis cezasının bildiri ve süresi sıkı şekilde sınırlandırılmalıdır. Çocukların hapis cezası yetişkinlerinkinden ayrı bir yerde uygulanmalıdır. Mümkün olan her zaman, hapis cezası ve bilinen yargılama yöntemleri yerine alternatif yöntemler uygulanmalıdır. Her ne kadar öncelikli ilginin suçlunun yeniden toplumla bütünleşmesine verilmesi gerekse de, mağdurların menfaatlerini de dikkate alan cezalandırma yöntemleri seçilmelidir.
14. Eğitimsel ve koruyucu önlemler çocukların cezalandırılmasında öngörülen şart ve güvencelere tabi olmalıdır. Bu tür önlemler orantılılık prensibi ile sınırlandırılmalıdır.
15. Bütün durumlarda, orantılılığın üst limitleri gözlemlenmelidir.

IV. Uluslararası Durum

16. Yasama sistemleri, mahkemeler, savcılar ve küçüklerle ilgilenen diğer bütün kurumlar, çocuk hakları ile ilgili uluslararası belgelerle uyumlu olarak çalışmalıdır. Ulusal mevzuat ile hukuki ve idari kararların, devletin imzalamış olduğu anlaşma ve konvansiyonlarla ve uluslararası standart ve normlarla uyum içinde olması özellikle önemlidir.
17. Cezai konularda uluslararası işbirliğini sağlayan belgelerin uygulanması, çocuğun menfaatlerinin ağır basması konusuna özel önem göstermelidir. İşbirliği asla çocuğun kendi ülkesinde işbirliği olmasaydı maruz kalacağı durumdan daha kötü bir durum yaratmamalıdır. Konsolosluk korunması ve mülteci korumasına ayrı ayrı özel önem verilmelidir.

Aile yaşamına sahip olma hakkına saygı, özellikle suçluların iadesi ile ilgili anlaşmalarda açıkça belirtilmelidir. Yabancı çocuğa, en azından vatandaş çocuğa tanındığı kadar hak tanınmalıdır.

II. Bölüm

Uluslararası Ticari İlişkilerde Rüşvet ve Diğer İlgili Suçlar

12–19 Eylül 2004 tarihleri arasında Pekin’de gerçekleştirilen 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin katılımcıları, aşağıdaki tavsiyeleri kabul etmişlerdir.

I. Rüşvet ve Diğer İlgili Suçların İlişkileri

Bir avantaj karşılığı yetkinin kötüye kullanılması (rüşvet) ve diğer ilgili suçlar birçok zarara yol açmaktadır. Rüşvet ve ilgili suçlar, azımsanmayacak derece ekonomik zarara yol açmakta, kamu idaresinin etkin bir şekilde işlemesine ve kamu idaresindeki dürüstlüğü zarar vermekte, halkın devlet kurumlarına güven duymasını engellemekte, hukuk ve demokrasi kurallarının altını kazmakta, ekonomik rekabeti bozmakta ve ekonomik gelişmeye engel olmaktadır. Rüşvet ve ilgili suçlar, organize suç grupları tarafından, politik, idari ve ekonomik kuruluşları etkileme ve bunlara nüfuz etme için kullanılabilir. Rüşvet ve ilgili suçlar, sistematik ve uluslararası bir şekilde uygulandığında özellikle tehlikeli olmaktadır. Bu yüzden rüşvet ve ilgili suçlarla hem ulusal hem de ulus-

larüstü düzeyde etkin tedbirlerle mücadele etmek gereklidir. *Rüşvete Karşı Birleşmiş Milletler Deklarasyonu* bu açıdan uluslararası bir çerçeve sunmaktadır.

II. Çok Yönlü Bir Yaklaşımın Gerekliliği

1. Rüşvet ve ilgili suçların önlenmesi ve kontrol edilmesi çok yönlü tedbirleri gerektirmektedir. İlk olarak bu suçların önlenmesi için etkin tedbirlerin alınması gerekmektedir. Ayrıca rüşvet ve ilgili suçlara karşı, bunların suçlanmayı hak eden doğalarını göstermek için ve potansiyel suçluları caydırmak için etkin ceza kanunları oluşturulması gerekmektedir.
2. Rüşvet ve ilgili suçlarla mücadele etmek oldukça zordur çünkü bu tür suçlar genellikle gizlilik içinde ve bireysel bir mağdur olmadan işlenmektedir. Ayrıca rüşvet ve ilgili suçlar genellikle ulusal sınırları aşmaktadır. Bu yüzden bu suçlarla başarılı bir şekilde mücadele etmek, özellikle şu konularda, uluslararası toplumun birlikte çaba sarf etmesini gerektirmektedir:
 - rüşvet ve ilgili suçların önlenmesi için etkili tedbirler almak;
 - bu suçlarla mücadele için uluslararası standartlarla uyum içinde ulusal ceza kanunları yaratmak;
 - şüpheli ve tanıkların haklarını korumak şartıyla etkin soruşturma ve cezai takibat gerçekleştirmek ve hüküm vermek;
 - rüşvet ve ilgili suçlardan mahkum olanlara karşı etkin cezalar getirmek;
 - cezai konularda etkin uluslararası işbirliği sağlamak.

III. Rüşvet ve İlgili Suçları Engellemede Alınması Gereken Önlemler

1. Rüşvet ve ilgili suçları engellemede etkin önlemler alınması çok önemlidir.
2. Rüşvet ve ilgili suçları engelleme ve kontrol etmede iyi yönetim, şeffaflık, kanunilik, doğruluk ve dürüstlük ve bunların yanı sıra halk desteği zaruridir. Bu yüzden devletlerin halkı bilinçlendirme kampanyaları başlatmaları ve eğitimsel programlar düzenlemeleri desteklenmektedir.

3. Rüşvet ve ilgili suçları kontrol etme ve engellemede kamu sektöründe iyi yönetim sağlanması bir önkoşuldur. Bunun için aşağıdaki kriterler yardımcı olabilir:
 - kamu hizmeti için yetenekli ve dürüst personelin dikkatlice seçilmesi;
 - kamu görevlilerine yeterli miktarda ücret ödenmesi;
 - kamu görevlileri için, çıkarların çatışması ve uyuşmazlık durumlarında da geçerli olacak kurallar geliştirilmesi;
 - kritik kararların alınmasında, birden fazla kamu görevlisinin kararın alınması sürecine dahil edilmesi;
 - tesadüfi denetimler de dahil olmak üzere sıkı iç ve dış kontrol mekanizmaları geliştirmek;
 - haksız yere suçlanan insanların haklarını korumak kaydıyla rüşvete karşı ihbar hattı kurmak;
 - bağımsızlıkları garanti altına alınmış uzmanlaşmış rüşvet ombudsmanlığı ve rüşvetle mücadele komisyonları kurmak;
 - rüşvet için “uyarı sinyalleri” listesi geliştirmek.
4. Rüşvet ve ilgili suçlarla mücadele ve dürüstlüğü sağlamak için, kamu sektöründe mümkün olan en üst seviyede şeffaflık ve hesap verme sorumluluğu sağlanmalıdır. Şeffaflığın sağlanmasında medya ve sivil toplum kuruluşlarının rolü büyüktür. Devletler halkın bilgiye ulaşma hakkını sağlamalıdır. Bazı kamu çalışanları ve aileleri için malvarlıklarını açıklama zorunluluğu getirilmesi düşünülmelidir.
5. Özel şirketler tarafından geliştirilecek rüşvet karşıtı önlemler ve uygunluk programları teşvik edilmelidir.
6. Ağır ihlallere etkin cezalar vermeyi de kapsayacak şekilde, hesap verme ve denetim standartları için uygun bir hukuki çerçeve yaratılmalıdır;
7. Ulusal vergi hukuku rüşvetin vergiden düşülebilmesine izin vermemelidir.

IV. Rüşvet ve İlgili Suçlara Karşı Ceza Kanunları

1. Kamu Görevlilerinin Rüşvet Alması ve Kamu Görevlilerine Rüşvet Verme

- 1.1 Rüşvet ile ilgili kanun hükümleri, devlet adına çalışanlara ya da kamu idaresi hiyerarşisinin her düzeyinde, her türlü yasama merciinde, yönetsel, idari ya da adli mekanizmada ya da ulusal veya yerel yönetimde, ulusal ya da yerel yasama kurumunda çalışanlar, hakimler, savcılar veya devlet kontrolündeki teşekkül ya da kurumlarda çalışanlar için uygulanır.
- 1.2 Rüşvet alma, herhangi bir kamu görevlisinin, herhangi bir zamanda, kendisi için ya da kendisinin işi yapması veya yapmamasıyla ilgisi olan herhangi başka bir kişi ya da kurum için kanunsuz bir avantaj yaratacak bir durumu talep etmesi, kabul etme konusunda anlaşması ya da kabul etmesi, şeklinde tanımlanmalıdır. Rüşvet, aktif bir harekette bulunmayı ve ya harekette bulunma niyetini ya da ihmali bir harekette bulunmayı içermek zorunda değildir.
- 1.3 Aşağıdakiler, ağırlaştırıcı sebepler olarak kabul edilmelidir:
 - a) Kamu görevlisinin, kendi göreviyle bağlantılı bir durumda herhangi bir avantajı talep etmesi, kabul etme konusunda anlaşması ya da kabul etmesi.
 - b) Rüşvetin organize bir suçla bağlantılı bir şekilde gerçekleşmesi.
- 1.4 Kamu görevlisinin, fiili ya da ihmali gerçekleştirilmeden önce anlaşmadan dönmesi ve kanunsuz avantajı düzeltmesi hafifletici bir sebep olarak düşünülmelidir.
- 1.5 Rüşvet verme, herhangi bir kişi tarafından, herhangi bir zamanda, herhangi bir kamu görevlisine ya da onun talebiyle ve kamu görevlisinin işi yapması veya yapmamasıyla ilgisi olan herhangi başka bir kişi ya da kuruma, kanunsuz bir avantaj yaratacak bir durumu önermek, söz vermek ya da kanunsuz bir avantaj yaratmak olarak tanımlanmalıdır. 1.3 ve 1.4'te bahsedilen ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler gerekli değişikliklerin ya-

pılması ile uygulanmalıdır. Suçlunun, kamu görevlisinin söz konusu işi yapması ya da yapmaması ile ilgili bir hakkının olduğu durumda da hafifletici sebep söz konusu olmalıdır.

2. *Özel Sektörde Rüşvet Alma ve Verme*

- 2.1 Şirketlerin yönetici ve temsilcilerine rüşvet verme adil rekabeti ihlal etmekte ve yöneticisine ya da temsilcisine rüşvet verilen şirkete de zarar verebilmektedir.
- 2.2 Özel sektörde rüşvet alma, şirketin bir yönetici ya da temsilcisinin, herhangi bir zamanda, uygunsuz bir işi yapması ya da görevine dair bir işi yapmaması hususunda, kanunsuz bir avantajı talep etmesi, kabul etme konusunda anlaşması ya da kabul etmesi olarak tanımlanmalıdır.
- 2.3 Özel sektörde rüşvet verme, şirketin bir yönetici ya da temsilcisine, herhangi bir zamanda, uygunsuz bir işi yapması ya da görevine dair bir işi yapmaması hususunda, kanunsuz bir avantaj yaratmayı önerme, söz verme ya da kanunsuz bir avantaj yaratma olarak tanımlanmalıdır.

3. *Etki Altında Ticaret*

- 3.1 Kanunlar etki altında ticareti bir suç olarak tanımlıyor olabilir. Etki altında ticaret, bir kamu görevlisini etki altında bırakabileceğini bildiren, kendisi ya da başka bir kişi ya da kurum için kanunsuz bir avantaj yaratmayı talep eden, kabul etme konusunda anlaşan ya da kabul eden herhangi bir kişi tarafından işlenir.
- 3.2 Devletler, etki altında ticaret yapan kişiye kanunsuz bir avantaj yaratmayı öneren ya da bu kişiye kanunsuz bir avantaj yaratan kişilerin fiillerini de cezalandırabilir.

4. *Yaptırımlar*

- 4.1 Rüşvet alma, rüşvet verme ve ilgili suçlar için cezalar suçun ciddiliği ve tehlikesi ile orantılı olmalıdır.
- 4.2 Kamu idaresinden çıkarma rüşvet almanın potansiyel bir sonucu olabilmelidir. Rüşvet verenler için de kamu sektörü akitlerinden çıkarma ek bir yaptırım olabilir.

- 4.3 Rüşvetler hacze konu olabilmelidir. Suçlular ayrıca suça sebep olan konulardan doğan ayrıcalıklarından ve gelirlerinden mahrum bırakılabilmelidirler. Haciz söz konusu olduğunda üçüncü kişilerin menfaatleri dikkate alınmalıdır.
- 4.4 Eğer suç bir tüzel kişi adına işlenmişse, tüzel kişiye karşı yaptırımlar ancak suç tüzel kişinin menfaatine ve avantajına işlenmişse ve tüzel kişinin kontrollerindeki eksiklik dolayısıyla meydana gelmişse uygulanmalıdır.
- 4.5 Etkin disiplin tedbirleri cezai yaptırımların tamamlayıcısı olabilir.

5. *İlgili Suçlar*

- 5.1 Rüşvet, birçok sefer dolandırıcılık, zimmet, emniyeti suiistimal, irtikap, rekabetin haksız biçimde kısıtlanması ya da etki altına alınmasına ilişkin anlaşmalar ya da yasal olarak korunan sırların ifşa edilmesi gibi suçlarla bağlantılıdır. Bu sebeple kanunlar bu ilgili suçlar için uygun yaptırımlar sağlamalıdır.
- 5.2 Kara para aklama ile ilgili kanunlarda rüşvet ile aklamayı içeren hükümler getirilmeli ve bu hükümler etkin biçimde uygulanmalıdır.

6. *Uluslararası Durum*

- 6.1 Ulusal ceza hukuku, yabancı ülkelerdeki kamu görevlilerine ve uluslararası organizasyonların yabancı yetkililerine rüşvet verilmesini de içermelidir. Devletler, uluslararası organizasyonların yetkililerinin rüşvet almasını suç olarak saymayı da düşünmelidir.
- 6.2 Devletler tamamı ya da herhangi bir bölümü kendi ülkelerinde gerçekleşen yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunu yargılama kapsamına almalıdır. Devlet suçluyu iade etmiyorsa, kendi ülkesinde, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren vatandaşını yargılamalıdır.
- 6.3 Uluslararası organizasyonlar, kendi çalışanlarının araştırılması ve yargılanması hususunda, özellikle çalışanlarının dokunulmazlıklarını kaldırarak, devletlere yardım etmelidirler.

6.4 Ulusal ceza hukuku, bir vatandaşın farklı bir ülkede özel sektörde rüşvet vermesi hususunu kapsayacak şekilde genişletilebilir.

V. Soruşturma, Kovuşturma ve Hüküm Verme

1. Rüşvet ve ilgili suçlarla ilgili soruşturma, kovuşturma ve hüküm verme, uygunsuz politik ve ekonomik etkilerden ve diğer etkilerden bağımsız olarak gerçekleştirilmelidir.
2. Kanunlar, bir rüşvet olayını uygun mercilere kasten bildirmeyerek yükümlülüklerini ihlal eden kamu görevlileri için yaptırımlar içermelidir. Bildirim yükümlülüğü özel kişiler için de uygulanacak şekilde genişletilebilir.
3. Devletler, rüşvet ve ilgili suçlarla ilgili soruşturma, kovuşturma ve hüküm vermenin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bütün gerekli kaynakları sağlamalıdır.
4. Kanunlar, rüşvet suçları ile ilgili soruşturma için uygun usulleri içermelidir. Bu usuller, ciddi durumlarda, gizli araştırma ve iletişimin dinlenmesini de içerebilir.
5. Devletler, rüşvet ve ilgili suçların soruşturma ve kovuşturmasında işbirliği yapacak olanları özendirmeyi düşünmelidir. Suçtan dolayı sanık durumunda olanlar için bu özendirmeler cezadan muafiyet ya da hafifletici sebep biçiminde olabilirler.
6. Devletler rüşvete tanık olanları korumalıdır. Rüşvet olayını bildiren kişiler, kanunsuz ve olumsuz sonuçlardan korunmalıdır.
7. Yerel soruşturmalarda ya da uluslararası hukuk yardımı için yapılan uygun başvurularda, banka gizliliği, rüşvet ve ilgili suçlar hususunda, ilgili merciin başvurusu sonrası soruşturmaya ya da geçici önlemlere engel olmamalıdır.
8. Ciddi rüşvet suçları ile ilgili soruşturmalar için vergi dosyalarının gizliliği kaldırılabilir.
9. Zamanaşımı süreleri, soruşturma ve kovuşturma için uygun bir zaman sağlamalıdır.
10. Dokunulmazlıklar, suçlunun görev süresi dolduktan sonra kovuşturmaya engel olmamalıdır.

11. Rüşvet ve ilgili suçların soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, insan haklarının, özellikle özel hayatın gizliliği, adil yargılanma ve savunma hakkının korunması için, yargı denetimi de dahil olmak üzere uygun himayeler sağlanmalıdır.
12. Devletler, rüşvet ve ilgili suçların soruşturma ve kovuşturmasını yürütmek için uzmanlaşmış birimler kurmayı düşünmelidir. Bu birimlerin çalışanlarına, yargıçlar da dahil olmak üzere, yeterli kaynak ve eğitim sağlanmalıdır.

VI. Uluslararası İşbirliği

1. Rüşvet suçları için güvenli bölgeler oluşturulmasına karşı, devletler, kanunları ve uluslararası anlaşmalar ile, rüşvet ve ilgili suçlara karşı soruşturma, kovuşturma ve hüküm verme konularında uluslararası işbirliği içinde olmalıdır.
2. Devletler, rüşvetten sağlanan malvarlığının geri dönüşü için Birleşmiş Milletler Rüşvetle Mücadele Deklarasyonu Bölüm 5'te belirtilenlere uygun mekanizmalar kurmalıdır.
3. Birleşmiş Milletler Rüşvetle Mücadele Deklarasyonu ve diğer uluslararası deklarasyonlar, rüşvet ve ilgili suçlarla mücadelede sağlanması için ve desteklenmesi gereken uluslararası işbirliği için oldukça değerlidir.
4. Rüşvet ve ilgili suçlarla mücadele için bu konuyla ilgili araştırma ve uluslararası bilgi paylaşımı desteklenmelidir.

III. Bölüm

Disiplin Takibatlarında Ceza Muhakeme Usulünün İlkelerinin Uygulanması

12–19 Eylül 2004 tarihleri arasında Pekin’de gerçekleştirilen 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin katılımcıları,

1994 yılında Rio de Janeiro, Brezilya’da gerçekleştirilen 15. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde benimsenen ceza muhakeme usulü prensiplerini ve 1989 yılında Viyana, Avusturya’da gerçekleştirilen 14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde benimsenen idari ceza hukuku ile ilgili kararları *önemseyerek,*

Ceza muhakeme usulünün temel kurallarını, en azından önemsiz disiplin yaptırımları sonucu doğuranlar dışındakiler için, disiplin cezalarında da uygulamanın önemli olduğunu *göz önünde bulundurarak*,

Ceza muhakeme usulünün disiplin cezalarında uygulanmasının, bunların asıl doğalarını, özellikle suçlamanın ve yaptırımların kanuna uygun olmaları prensiplerini yok saymadığını *göz önünde bulundurarak*,

Ülkelerin çoğunda disiplin hukukunun, orduda, polis idaresinde, kamu idaresinde, cezaevinde ya da eğitim birimlerinde ve serbest mesleklerde, hatta bazen ülkeler arasında devlet yetkilileri arasında ve genel halkta, cezalandırmada gittikçe büyüyen bir oranda kullanıldığını *göz önünde bulundurarak*,

Her ne kadar ceza hukuku ve disiplin hukukunun her ikisi de cezalandırıcı adalet alanına dahil olsa da, spesifik doğaları ya da basitleştirme amacıyla ikisi arasındaki farklılıkların haklı bir biçimde ortaya konabileceğini *göz önünde bulundurarak*,

Aşağıdaki tavsiyeleri kabul etmişlerdir:

1. Disiplin yaptırımları yeteri kadar açık ve öngörülebilir olmalıdır. Yaptırımlar ve önemli usuli kurallar kanunla ortaya konmalıdır.
2. Disiplin ihlalleri için yaptırımlar ihlalin büyüklüğüyle, aynı zamanda ihlali gerçekleştiren kişinin kişisel durumu ile orantılı ve makul olmalıdır.
3. Kanun tarafından davalıya tanınan kesin garantilere dayanan tarafsız bir hüküm sağlanmalıdır. İnceleme ve soruşturma güçleri ile yargılama ve cezalandırma güçlerinin ayrılması önerilebilir.
4. Eğer cezalar, inceleme ve soruşturma güçlerini elinde bulunduranlardan başkaları tarafından ya da disiplini bozulan organizasyondan bağımsız olarak verilmiyorsa, davalıya, kendi talebiyle hükmün infazını erteleme gücünü de elinde bulunduran bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı sağlanmalıdır.
5. Disiplin duruşmaları sırasında, bu tür davaların basitleştirilmeleri gerekliliği göz önüne alındığında dahi, davalı, şunlar da dahil olmak üzere adil ve hızlı bir yargılamaya sahip olmalıdır: masumiyet karinesi ve *in dubio pro reo* prensibi, davalının sessiz kalma

hakkı, kendi sorumluluğunu ortaya çıkaracak konularda işbirliği yapmama hakkı ve kendi aleyhine olan tanıkları inceleme ve kendisine karşı olan tanıklarla aynı durumda bulunan kendi lehine tanık edinme hakkı da dahil olmak üzere savunma hakkına saygı ve kararın gerekçesinin açıklanması.

6. Önemli bir kamusal sebep bunu engellemediği sürece, davalıya, gerçeğin aydınlatılması ile ilgili, kamu idaresine ya da disiplinsel gücü paylaşan başka bir organizasyona ait doküman ve bilgiye ulaşma hakkı sağlanmalıdır. Her durumda, davalıdan saklanan bir delille ceza verilmesi mümkün değildir.
7. Disiplin duruşmalarında davalının, kendisi tarafından, kendisine etkin yardımda bulunacak bağımsız avukat seçme ya da disiplinsel gücü elinde bulunduran organizasyonu iyi tanıyan biri tarafından kendisine avukat seçilmesini isteme hakkı bulunmalıdır. Ayrıca davalının ücretini ödeyemeyeceği durumlarda, resmi makamlar tarafından kendisine bağımsız bir avukat atanması gerekmektedir.
8. Önemi az suçlar ve küçüklerin korunması gereken durumlar ile tarafların özel hayatının korunmasını gerektiren durumlar ve demokratik toplumda ulusal güvenliği ilgilendiren sebepler hariç, kural olarak disiplin duruşmalarında oturumlar halka açık olmalıdır. Kamu yararına fazlasıyla aykırı olmamak kaydıyla davalının oturumun kapalı yapılmasını isteme hakkı olmalıdır.
9. Disiplin ve ceza suçlarındaki farklılıkların korunması haklı bir nedene dayanmadıkça, disiplin suçlarına ceza suçları eklendiğinde ya da ceza suçlarına disiplin suçları eklendiğinde, davalının aynı cezayı iki kez çekmesi önlenmelidir. Her durumda kural olarak aynı tip ceza verilmemelidir.
10. Disiplin suçlarında, ilgili merciin, ceza soruşturmalarında izin verilmeyen, kişinin gizliliğine potansiyel etkileri olacak konularda takibat yapma hakkı olmamalıdır. Her durumda, işkence ile elde edilmiş bilgi ve kanıtlar disiplin suçlarına temel olarak kullanılamaz. Ayrıca ceza soruşturmalarında izin verilmeyen kişinin gizliliğine potansiyel etkileri olacak izinsiz ve baskı ile ele geçirilmiş karakterdeki yaptırımlar disiplin davalarında kullanılamaz.

IV. Bölüm

Eşzamanlı Ulusal Ve Uluslararası Ceza Yargılaması Ve 'Ne Bis In Idem' İlkesi

12–19 Eylül 2004 tarihleri arasında Pekin, Çin'de gerçekleştirilen 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin IV. Bölüm katılımcıları,

"*Ne bis in idem*" ilkesinde ifade edildiği üzere aynı suçtan dolayı ikinci kez yargılanmanın yasaklanmasının; adaletin, yasal kesinliğin, orantılılık ilkesinin ve aynı zamanda mahkeme kararları açısından yetkili merciin talebi olduğunun *farkında olarak*,

16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nce (1999) benimsenmiş, bir insan hakkı olarak *ne bis in idem*'in aynı zamanda uluslararası ya da uluslarüstü düzeyde de uygulanabilir olacağını belirten Bölüm 4, B.4 kararını *hatırlayarak*,

Ne bis in idem uygulamasının mağdurun kanuni çıkarlarına engel teşkil etmemesi gerektiğini *akılda tutarak*,

Ne bis in idem ilkesinin yerel düzeyde kişisel adaletin bir gerekliliği ve büyük ölçüde aynı gerçeğe dayalı temelde, kişiye yapılacak tüm birden çok takibat ve yaptırımı yasaklayan, vatandaşın bir teminatı olarak görüldüğünü *hatırlayarak*,

Küreselleşme çağında, artan sınır ötesi suç ve sınırlar dışı yargılamanın genişlemesi nedeniyle, değişik ulusal yargı mercileri tarafından birlikte ya da birbirini takip eden takibatların daha sık vuku bulduğuna *dikkat ederek*,

Uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelerinin kurulmalarının ve yakın zamanda kurulan kalıcı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, aynı suçtan dolayı ikinci kez yargılanma konusunda ulusal ve uluslararası yargı mercileri arasında dikey eşzamanlılık, aynı zamanda değişik uluslararası yargı mercileri arasında da yatay eşzamanlık açısından yeni problem kaynakları doğurduklarını *göz önünde bulundurarak*,

Aşağıdaki kararları kabul etmişlerdir:

I. Genel İlkeler – Yerel düzeydeki gereklilikler

1. Uluslarüstü *ne bis in idem* çifte takibatın yasaklanması önkoşulunu getirmektedir. *Ne bis in idem*'in uluslarüstü alanda tanınması

için, ulusal hukuk düzeninde bu insan hakkını zaten açık hükümlerle koruyor olmak gerekmektedir.

2. Her durumda, çifte takibatlardan ve yaptırımlardan sakınılmalıdır.

Cezai yaptırımların kanun ihlallerine karşı tek yaptırım yolu olmayabileceğini hesaba katarak, cezai olmayan fakat eşdeğer cezalandırıcı etkiye sahip takibatlar ve kararlar da aynı şekilde yeni bir takibatı menetmektedir.

3. “*Idem*”, eşzamanlı davalar konusunda, ilk mahkemenin ya da yetkili makamın bunların cezai yönlerini inceleme ve karar vermede hukuki ehliyete sahip olması kaydıyla, büyük ölçüde aynı gerekçelere dayanarak tanınmalıdır.

4. “*Bis*”, aynı suçtan iki kez yargılanmanın engellenmesi açısından, sadece yeni bir yaptırımı kastetmeyecek, aynı zamanda zaten yeni bir takibatı menedecektir.

5. Genel kural olarak, bir ceza mahkemesi tarafından verilmiş, davalıyı suçlu bulan ya da beraat ettiren ya da büyük ölçüde aynı gerekçelere dayanarak kovuşturmaları kesin olarak sonlandıran herhangi bir kesin hüküm yeni bir takibatı menedecektir.

5.1 Ulusal mevzuatlardaki farklılıklar göz önüne alınarak, takibatın kesin olarak sonlandırılması; mahkemeye başvurmadan uzlaşmada veya davanın devamına, ertelenmesine veya istisnai durumlarda yeniden açılmasına izin veren herhangi bir idari kararda ya da savcılık veya mahkeme kararında da bulunabilir.

5.2 Kesin hüküm oluşturulmamış, böylece davanın devam etmesine bir engel bulunmayan durumlar, özellikle yargılama makamının bir davayı olağan kanun yolları tükenmeden *res judicata* olarak değerlendiremeyeceği gerçeği hesaba katılırsa, davalının lehine ve aleyhine olağan kanun yollarının (şikayet ve temyiz gibi) mevcut olduğu davalar olarak görülmelidirler.

5.3 Sözü geçen aşamadan sonra, *res judicata* olarak görülmesi gereken bir meselenin yeniden açılmasına, *ne bis in idem*'e bir istisna olarak, sadece olağanüstü durumlarda ve açıkça

kanun tarafından düzenlenen hallerde izin verilebilir. Bu tür bir yeniden açılış, özellikle davalının yararı ve/veya adaletin büyük çıkarı söz konusu olduğunda haklı görülebilir.

6. *Ne bis in idem*'in talepleri en iyi şekilde, birbirini izleyen takibat ve yaptırımların yasaklanması ve kabul edilmezliğinin yerel düzeyde ana amaç ve sonuç olması gerektiğini savunan tenfiz ilkesi ile karşılanır.
7. Bu tenfiz durumuna ulaşılan kadar, devletler, çifte takibat ve çifte yaptırımları engellemek için başka uygun önlemlere başvurmalıdır.
8. Yeni bir takibat, mahsupluk ilkesine göre, önceki cezaları göz önünde bulundurmalı veya en azından hafifletici bir sebep olarak kabul etmelidir.

II. Yatay uluslarüstü “*ne bis in idem*”

1. Artan biçimde, ulusal ceza yargılamalarının eşzamanlılığı
 - aynı temele dayanan birden fazla takibatın oluşması riskini yaratmaktadır.
 - ilgili kişinin insan haklarına zarar verici olabilmektedir.
 - bütünlükleri içinde uluslarüstü suçların tanımlanamamalarına yol açabilmektedir.
 - ilgili devletlerin yasal çıkarlarını ve egemenliklerini olumsuz etkileyebilmektedir.
- 1.1 Bu nedenle, eşzamanlı ulusal yargılamalardan doğan sorunları engelleyebilmek için önleyici mekanizmalar geliştirilmelidir. Bu mümkün olmadığı sürece, çakışan yargılamalardan doğan sorunlar, eşzamanlı yargılama için uluslararası bir belge yaratmak nihai amacıyla, cezai konularda işbirliği üzerine uluslararası yasal hükümler uygulayarak ve geliştirerek çözülmelidirler.
- 1.2 Bu bağlamda, Sivil ve Politik Haklar Anlaşması ve diğer insan hakları ve uluslararası insancıl hukuka dair farklı uluslararası

belgeleri onaylamak ve *ne bis in idem*'i bir insan hakkı olarak uluslararası ve uluslararası alanda uygulamaya sokmayı içeren 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'ni (1999) Dördüncü bölüm kararı, B.4'ü onaylamak takdire değerdir.

- 1.3 *Ne bis in idem* ile ilgili hükümler içerecek, hala bütün devletler tarafından imzalanmamış, tasdik edilmemiş ya da kabul edilmemiş anlaşmaların sayısına bakıldığında, bu durumdaki bütün ülkelerin bu anlaşmaları imzalamaları, tasdik etmeleri ya da kabul etmeleri ve/veya ulusal mevzuatlarını gözden geçirerek bu prensibin yaygın uygulama standartlarını mümkün olduğunca tam olarak ulusal mevzuatlarına uyarlamaları teşvik edilmelidir. Bu bağlamda, devletlerin ilgili anlaşmalar çerçevesinde koydukları çekinceleri sınırlamaları ya da kaldırmaları arzu edilmektedir.
- 1.4 Bu çabalara rağmen, uluslararası bir *ne bis in idem* düzenlemesi, en azından benzer politik-sosyal yapıdaki ve benzer hukuk kültürüne sahip bölgeler için, yapılmalıdır. Ayrıca, mümkün olan en geniş şekilde uluslararası *ne bis in idem* kuralının uygulamasında birlik sağlanması ve ceza yargılaması ve kararlarının ortak şekilde tanınması için çaba sarf edilmelidir.
2. Her ne kadar uluslararası *ne bis in idem* kuralı için gerekenler ulusal bazda gerekenlerle temelde aynı olsa da, bazı kendilerine has özellikler incelenmelidir.
 - 2.1 "Idem", davaların konusunu teşkil eden "aynı fiil" konusunda, kural olarak, davada ortaya konan olgulara göre, özellikle iddianame ve/veya uygulanan hukukun son hükmüne göre saptanmalıdır. Bu gerçekçi yaklaşım, ülkelerin ulusal ceza hükümleri arasındaki farklılıklardan ve suçların eşzamanlılığı konusundaki kurallardan oldukça etkilenen adli eşdeğerliğe oranla daha objektif ve açık ölçütler sağlamaktadır.
 - 2.2 İlk davada cezalandırılabilir olmadığı için hesaba katılmayan olgular, Bölüm 1.3'e göre uygulanabilir ikinci hukukta ek

olarak suç oluşturuyorsa, yeni bir davaya, mahsupluk prensibi de, yani ilk davada verilen tamamen ya da kısmen infaz edilmiş hüküm de dikkate alınarak izin verilebilir.

3. Eşzamanlı yürüyen davaların ve ceza sistemlerinin karakterleri doğrultusunda, ulusal farklılıklar yeni davalara kendiliğinden izin vermemeli, sadece sıkı yerel bazda izin vermeli ya da ilk davada, fiili bir devlet memuru kendi resmi görevini ihlal ederek gerçekleştirilmişse ve ilk dava diğer devletin haklı güvenlik menfaatlerini kapsamı içine almamışsa, izin vermelidir.
4. Aynı olayın sona erip ermediği, kural olarak, ilk kararın ışığında belirlenmelidir.
5. Eğer ilgili kişi ilk yargulamada mahkum edilmişse ve cezanın uygulanması *ne bis in idem* kuralının uygulanacağı bir durum yaratıyorsa; ikinci devlet tarafından cezanın tanınması ve uygulanması mümkünse ve ilgili kişi ilk cezanın uygulanmamasından sorumlu tutulamıyorsa, daha önceki cezanın uygulanmasına gerek yoktur.
6. Birbirine bağlı ya da birbirini takip eden eşzamanlı ulusal davalardan kaçınmak için bu konuyla ilgili yerel kurallar ve uluslararası anlaşmalar geliştirilmesi gerekmektedir.
 - 6.1 Aynı fiille ilgili eski ya da birlikte yürüyen bir yabancı davanın olduğuna dair belirtiler varsa, *ex officio* araştırma gerçekleştirilmeli ve karşılıklı bilgi paylaşımı yapılmalıdır.
 - 6.2 Başka bir yabancı yargulamada soruşturma başlamışsa ya da başlamak üzereyse, tercih, adil ve etkin dava sürecini gerçekleştirecek yargulamaya verilmelidir. Aşağıdaki kriterler, bir çözüm bulma aşamasında dikkate alınmalıdır:
 - a) suçun işlendiği bölge;
 - b) sanığın vatandaşı olduğu ya da ikamet ettiği ülke;
 - c) mağdurun vatandaşı olduğu ülke;
 - d) sanığın tutuklandığı ülke;
 - e) lehe ve aleyhe en fazla delilin, tanıklar da dahil olmak üzere, bulunduğu ülke

Yargı yeri seçildikten sonra, davalının seçim hakkındaki görüşlerini açıklama hakkı bulunmalıdır.

6.3 Özellikle davanın ileri bir aşamaya gelmiş olması davanın aktarılmasını zor hale getirdiği için yargı yeri ihtilafı çözülemiyorsa, mahsupluk prensibine göre, önceki yabancı yargılama da dikkate alınmalıdır.

7. Kötüye kullanımın önüne geçilmesi için, ilk dava, cezai yaptırıma konu olması gereken insanın korunması amacıyla sonlandırılmış ya da uluslararası hukuk standartları tarafından benimsenen bağımsız, tarafsız ya da adil bir yargı süreci içinde gerçekleştirilmemiş ya da ilgili kişiyi adalete teslim etmek konusunda tutarsız davranışlarla gerçekleştirilmişse, bu durumda *ne bis in idem* uygulanmayacaktır.¹

Bu bağlamda, uluslararası ya da uluslarüstü tarafsız bir merci her zaman hazır bulunmalıdır.

8. Cezai konularda uluslararası işbirliği alanında *ne bis in idem* bir insan hakkı olarak da tanınmalıdır.
9. Uluslararası anlaşmalar, tüzel kişilerin takibatları hususundaki *ne bis in idem* problemlerini ve büyük ölçüde aynı fiillerden dolayı bireylerin takibatlarında da ortaya çıkabilecek problemleri ele almalıdır. Uluslararası anlaşmalar ayrıca yabancı hükümlerin dolaylı ya da ikincil etkilerini de ele almalıdır.

III. Dikey Ulusal-Uluslarüstü Eşzamanlılık

1. *Ne bis in idem*'in dikey uluslarüstü eşzamanlılıkta, örneğin ulusal ve uluslararası mahkemeler arasında uygulanabilirliği spesifik bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır.
2. Uluslararası bir mahkemenin yetki alanındaki, uluslararası hukuku ciddi biçimde ihlal eden fiillerinden dolayı uluslararası

¹ Bir sivil savaşa ya da iç çatışmaya son vermek için alınan arabuluculuk önlemleri ve kurulan Hakikat Komisyonları, bu paragraftaki anlamıyla bir kötüye kullanım olarak değerlendirilmeyebilir (dipnot Fransızca metinde belirtilmiştir).

mahkemede yargılanmış olan bir kişi, ulusal mahkemeler önünde yargılanamaz.

2.1 Zanlının fiilleri hem bir adi suç hem de uluslararası insancıl hukuk ya da uluslararası insan hakları hukukunun ciddi bir ihlalini oluşturuyorsa ve zanlı bu suçtan dolayı hüküm giymişse, uluslararası mahkemelerin uzmanlaşmış yargılamaları dolayısıyla, aynı olguların temelinde “aşağıya doğru” bir *idem*'in belirlenmesi, böylece yerel takibatın engellenmesi gerekmektedir.

2.2 Halihazırda verilmiş olan hükümler dikkate alınmalıdır.

3. “Yukarıya doğru”, *ne bis in idem*, uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin dikkatle üzerinde durulması gerektiği prensibi doğrultusunda, bu prensibin gerektiği gibi tanınmadığı yerel davaların sonucu ihmal edilmemelidir.
4. Yerel yargı, dikey uluslararası eşzamanlılık kapsamında doğacak muhtemel ne *bis in idem* çatışmalarını belirlemeli ve bu Karar'da kabul edilen prensipler doğrultusunda bunları düzenlemelidir.

V. Yatay Uluslararası ve Uluslarüstü Eşzamanlılık

1. Uluslararası yargı çevreleri arasındaki yatay eşzamanlılık düzenlemeleri Bölüm 2'de ortaya konulan genel kuralları da izlemelidir.
2. Adil ve etkin yargılama açısından daha uygun olan yargı çevresinin kovuşturmasını garanti altına almak amacıyla prosedürler geliştirilmelidir.