

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

OCAK
ŞUBAT
MART
2019

SAYI

1

TCİHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA**

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına
Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Nisan 2019

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı...O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşındadır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- CEZA İNFAZ KURUMLARINDA
DOLULUK SORUNU VE
AF TARTIŞMALARI
*THE PROBLEM OF
OVERPOPULATION
IN PENITENTIARY INSTITUTIONS
AND DISCUSSIONS ON PARDON* 1
Prof. Dr. Timur Demirbaş
- GENEL AHLAK VE İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI:
TAKDİR MARJİ VE ORTAK
ZEMİN SORUNU
*CONFLICT BETWEEN PUBLIC
MORALITY AND FREEDOM
OF EXPRESSION: THE MARGIN
OF APPRECIATION AND THE PROBLEM
OF COMMON GROUND* 23
Ar. Gör. Arca Alpan
- ÇOCUK CEZA ADALETİNDE
İNFAZ SORUNLARI
*EXECUTION ISSUES
IN JUVENILE JUSTICE* 45
Cansu Selmin Demir
- İDARİ YAPTIRIMLARDA
MASUMİYET KARİNESİ VE
ANAYASA MAHKEMESİNİN
BİREYSEL BAŞVURU
KARARLARINDAKİ YAKLAŞIMI
*THE PRESUMPTION
OF INNOCENCE IN ADMINISTRATIVE
SANCTIONS AND THE APPROACH
OF THE CONSTITUTIONAL
COURT IN INDIVIDUAL
APPLICATION DECISIONS* 71
Ar. Gör. Onur Kaplan

Hakemli Karar İncelemesi

- AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİ'NİN BEUZE
V. BELÇİKA BÜYÜK DAİRE
KARARININ ÖZET ÇEVİRİSİ
VE KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ
*SUMMARY TRANSLATION
AND EVALUATION OF BEUZE
V. BELGIUM GRAND CHAMBER
JUDGEMENT OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS* 101
Serde Atalay

Hakemsiz Makale

CEZA HUKUKUNDA **135**
AŞINMA SEBEBİ OLARAK TERÖRLE
MÜCADELEDE MUĞLAKLIK
*THE AMBIGUITY
OF COUNTER TERRORISM
AS A CAUSE OF THE EROSION
IN CRIMINAL LAW*

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Dinler

Serbest Kürsü

İLETİŞİMİN TESPİTİ VE KAYDA **153**
ALINMASINDA ANKESÖRLÜ
TELEFONLA YAPILAN ARAMALAR
SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYELİK
SUÇUNA DELİL OLABİLİR Mİ?

Mustafa Güzeldere

CEZA İNFAZ KURUMLARINDA DOLULUK SORUNU VE AF TARTIŞMALARI

Prof. Dr. Timur Demirbaş**

Özet

Cezaevleri tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de her zaman sorunlu kurumlar olmuşlardır. Ceza infaz kurumlarının sorunlarının belirlenerek, bunlara çözüm bulunması ve hükümlülerin cezalarının infazı sonunda topluma yeniden kazandırılmaları gereklidir. Gerçekten de, cezaevlerindeki insanların sorunlarına duyarlı kalarak, onların kendi içimizden çıkan insanlar olduğu ve bir gün aramıza tekrar dönecekleri unutulmamalıdır. Kaldı ki, her insanın olduğu gibi, bizlerin veya bir yakınımızın en azından ölümle sonuçlanan bir trafik kazası sonucunda ya da başka bir nedenle tutuklu veya hükümlü olarak infaz kurumlarına girme ihtimali olduğu hiçbir zaman göz ardı edilmemeli ve ünlü Alman yazar **Hans Fallada**’nın “*Ayyaş*” isimli eserinde ifade ettiği gibi, “*içeri girmenin, dışarı çıkmaktan kolay olduğu*” unutulmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Af, Cezaevi, Ceza İnfaz Kurumlarında Doluluk, Denetimli Serbestlik

THE PROBLEM OF OVERPOPULATION IN PENITENTIARY INSTITUTIONS AND DISCUSSIONS ON PARDON

Abstract

Prisons in Turkey have always been problematic institutions as such all over the world. The problems of the penitentiary institutions should

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 14/01/2019. İlk hakem raporu tarihi: 04/02/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 20/03/2019.

** Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, timur.demirbas@yasar.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6491-7323.

Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2017, s. 463 vd.

be identified and solved, and the convicts must be reintroduced to the society at the end of the execution of their penalties. Indeed, by taking into consideration prisoners' problems, it should not be forgotten that prisoners belong to our society and they will return to this society. Moreover, it should never be overlooked that there is a possibility for every person, as for us or for one of our acquaintances, to be put in the penitentiary institutions as a detainee or a convict due to a traffic accident resulting in death, or for any other reason, and it should be noted that it is "*easier to get in than out*" as the famous German writer **Hans Fallada** stated in his book "*The Drinker*".

Keywords: Pardon, Prison, Overpopulation in Penitentiary Institutions, Supervised Liberty

I. Ceza İnfaz Kurumlarında Doluluk Sorunu

Ceza infaz kurumlarının sorunlarını şu şekilde ortaya koymak mümkündür: 1) Cezaevlerindeki doluluğu azaltmak, 2) Günlük yaşam koşullarını düzeltmek, 3) Mahkûm haklarını etkin bir şekilde tespit etmek, 4) İnfaz kurumlarının fiziki koşullarını düzeltmek, 5) Nitelikli infaz personeli yetiştirmek.

Cezaevlerindeki aşırı doluluk, sadece yükselen suçluluk rakamlarına dayanarak açıklanamaz; bunun nedenleri olarak şunlar sıralanabilir:

1. Kanun değişiklikleriyle (örneğin, cinsel suçlar), fakat kamuoyunun da baskısıyla (medya ve politikacıların konuşmaları) yüksek cezalara hükmedilmesi;
2. Tutukluluğun keyfi ve uzun süreli uygulanması;
3. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 107'de koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için iyi halle geçirilmesi gereken sürenin 2/3'e çıkartılması (647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m.19'da bu süre ½ olup, Ek m.2 gereğince her ay için ayrıca 6 gün daha indirilmekte idi);
4. Hürriyeti bağlayıcı ceza alternatiflerinin yetersiz olması veya mevcutlarının etkin şekilde uygulanamaması(uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme);

5. Bağımlıların uygun tedavi kurumlarında barındırılmaları gerekirken, cezaevlerinde büyük yer işgal etmeleri;
6. Para cezalarının ödenmemesi ve hukuki nedenlerle(mal beyanında bulunmama gibi) cezaevine girmek zorunda olan yoksul mahpusların ekonomik krizin de etkisiyle artması;
7. Cezaevi yerine geçecek yeni olanaklarının denenmesinin eksikliği, örneğin elektronik izleme veya çalışmak suretiyle mahpusluk süresinin kısaltılabilmesi.

Türkiye’de son yıllarda cezaevi nüfusu, yeni cezaevleri yapılmasına rağmen kapasitenin üzerinde artmıştır. Her ne kadar Adalet Bakanlığı web sayfasından alınan aşağıdaki istatistikte 2.10.2017 itibariyle sayı 218.993 olarak görülmekte ise de, son aylarda artan terör olayları nedeniyle yapılan tutuklamalar karşısında bu sayının daha da arttığı bir gerçektir. Aşağıdaki tabloda karşılaştırmalı yıllar olarak 4616 sayılı Kanun(*Rahşan affi*) öncesi ve sonrası için 1999 ve 2000 yılları, 5237 sayılı TCK öncesi ve sonrası için de 2005 ve 2006 yılları alınmıştır.

YILLAR	HÜKÜMLÜ				TUTUKLU				GENEL
	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	TOPLAM
1999	*	*	*	44.131	*	*	*	23.450	67.581
31/12/2000	23.708	894	253	24.855	22.595	921	1.141	24.657	47.512
31/12/2005	28.420	882	143	29.445	24.089	930	1.406	26.425	55.870
31/12/2006	34.458	1.086	321	35.865	31.303	1.315	1.794	34.412	70.277
31/03/2016	154.750	5.631	784	161.165	23.610	1.157	1.715	26.482	187.647
2/10/2017	134.211	5.034	1.003	140.248	81.969	4.951	1.825	88.745	218.993

Bu durum, 100.000 kişiye düşen tutuklu ve hükümlü sayısı olarak ifade edilen *mahpuslaşma oranının* Türkiye açısından iki mislinin üzerinde artması yönünden dikkat çekicidir¹.

Mahpuslaşma oranının son yıllarda görünümü şu şekildedir²: ABD 698 (2013), Rusya 471 (2014), Belçika 102 (2012), Almanya 82 (2012), Fransa 114 (2014), İngiltere 153 (2012), Çin 120 (2012), Japonya 53 (2012), Çek Cumhuriyeti 178 (2014), Türkiye 204 (2014). Türkiye’de mahpuslaşma oranı 1998’de 100 iken, 2014’de iki katına çıkmak suretiyle 204’e ve 2018’de 300’e yaklaşması dikkat çekicidir.

1 *Mahpuslaşma oranı*, mahpus sayısının 100.000 ile çarpımının nüfusa bölünmesiyle hesaplanır.

2 <http://www.prisonstudies.org/>, Erişim Tarihi: 30.08.2015.

ÜLKELERİN YILLARA GÖRE DEĞİŞEN MAHPUSLAŞMA ORANLARI*

ALMANYA	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	70,252	85			
2002	70,977	86			
2004	79,453	96			
2006	76,629	93			
2008	72,259	88			
2010	69,385	85			
2012	65,889	82			
30.11.2014	61,872	76	%5,7	%94,3	%18,6
A.B.D	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	1,937,482	683			
2002	2,033,022	703			
2004	2,135,335	725			
2006	2,258,792	752			
2008	2,307,504	755			
2010	2,270,142	731			
2012	2,228,424	707			
31.12.2013	2,217,000	698	%9,3	%90,7	%20,4
BELÇİKA	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	8,688	85			
2002	8,605	83			
2004	9,245	89			
2006	9,635	92			
2008	9,858	92			
2010	10,561	97			
2012	11,212	102			
01.03.2014	11,769	105	%4,3	%95,7	%31,4
ÇEK CUMH	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	21,538	210			
2002	16,213	159			
2004	18,343	179			
2006	18,578	181			
2008	20,502	196			
2010	21,900	209			
2012	22,641	215			
2014	18,658	178			
19.06.2015	20,071	191	%6,7	%93,3	%10,3

FRANSA	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	48,049	82			
2002	45,319	76			
2004	55,355	91			
2006	55,633	91			
2008	59,468	96			
2011	62,467	99			
2014	72,796	114			
01.04. 2015	66,761	100	%3,2	%96,8	%25,6

RUSYA	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	1,060,404	729			
2002	980,151	675			
2004	847,004	588			
2006	823,403	577			
2008	883,436	622			
2010	864,197	609			
2012	755,651	528			
2014	677,287	471			
01.07.2015	656 618	455	%8.1	%91.9	%18.3

JAPONYA	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	61,242	48			
2002	69,502	55			
2004	76,413	60			
2006	81,255	64			
2008	76,881	60			
2010	72,975	57			
2012	67,008	53			
İlk yarı/2014	61,794	49	%8,2	%91,8	%11,3

ÇİN	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	1,427,407	111			
2002	1,512,194	119			
2004	1,583,006	119			
2006	1,710,641	118			
2008	1,735,822	121			
2010	1,650,000	121			
2012	1,640,000	120			
İlk yarı/2014	1 657 812	119	%6,3	%93,7	250,000

İNGİLTERE VE GALLER	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	64,602	124			
2002	70,861	135			
2004	74,657	141			
2006	78,150	145			
2008	82,636	152			
2010	84,725	153			
2012	86,634	153			
19.06.2015	85 743	148	%4,5	%95,5	%13,8
TÜRKİYE	Toplam Nüfus	100,000 Kişide	Kadın	Erkek	Tutukluluk Oranı
2000	49,512	73			
2002	59,187	85			
2004	57,930	81			
2006	70,277	101			
2008	103,235	144			
2010	120,814	164			
2012	136,020	180			
2014	158,537	204			
02.03.2015	165,033	212	%3,6	%96,4	%13,9

*Tabloda yer alan mahpuslaşma oranları için bkz: <http://www.prisonstudies.org/>, Erişim Tarihi: 30.08.2015(s. 456 vd.).

II. Af Tartışmaları

1) Genel Olarak

MHP'li milletvekilleri tarafından TBMM Başkanlığına 24.9.2018 tarihinde verilen “*Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim İle Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi*” kamuoyunda tartışmalara neden olmuştur.

Affın amacı, çeşitli esaslara dayandırılmaktadır. Bunlardan birisi, ceza kanunlarının somut olaylara uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek haksızlıkları gidermek suretiyle, adaletsizlikleri ortadan kaldırmaktır. Çünkü adalet teşkilatı ne kadar mükemmel olursa olsun, adli hataların söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Cezaevlerinin boşaltılması isteği de affın amaçları arasında sayılabilir. Bu şekilde, bakım,

gözetim ve beslenme masrafları yönünden tasarruf sağlanabileceği; cezaevi personeline de bir rahatlık sağlanacağı savunulmaktadır. Türkiye’de, af savunucularının en önemli gerekçeleri arasında bu gelmektedir. Gerçekten de, cezaevlerinde aşırı yığılma, devletin cezaevlerine hakim olamaması gibi nedenlerle affın gerekliliği dile getirilmektedir. Bu şekilde, mahkemelerin iş yükünün de azalacağı ifade edilmektedir. Ancak Türkiye’de, affın genellikle siyasi amaçlara dayandırıldığı bir gerçektir³.

Af, dayanağını anayasalardan alan bir kurumdur. Nitekim 1982 Anayasası m. 87’de, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin *üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı* ile genel ve özel af ilanına yetkili olduğu düzenlenmiştir. Anayasa m. 169’da, orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa m. 104’te ise, Cumhurbaşkanına *“sürekli hastalık, sakatlık ve kocama”* nedenlerine dayanarak bağışlama yetkisi tanınmıştır.

Tüm bunlara karşın, belirli aralıklarla çıkarılan af kanunlarının ve af beklentisinin suça teşvik edici role sahip olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim **Beccaria**’ya göre, suçların işlenmesini engelleyen husus, cezaların şiddeti değil, kesin oluşlarıdır; bu nedenle, *“mutedil bir cezanın mubakkak tatbik edileceği korkusu, tatbikinden kaçınmak ümidini veren şiddetli bir cezadan daima müessir olmuştur. Felaketler ne kadar hafif olursa olsun, mubakkak olunca, insanoğullarını korkutur”*. *“Suçlulara işledikleri suçlarını bağışlamak ve böylece her suçu cezanın takip etmeyeceğini göstermek demek, vatandaşlarda cezasız kalmak ümidini uyandırmak ve dolayısıyla affa nail olmayanlara tatbik edilen cezanın adaletin zaruretinden ziyade, zulüm ve zorbalığın eseri olduğu kanaatini yaratmak demektir”*⁴.

Af, hukukun düzeltilmesi değildir ve onu amaç edinmez. Mevcut ceza hukukuna müdahale ettirmez, ancak belirli tarzda onun reformu ile ilgilenebilir. Eğer, belirli nedenlerle bağlı olarak af çıkartılırsa, böylece her durumda hukuki değil, bilâkis, yeni bir meclisin seçimi, hükümet değişikliği, Cumhurbaşkanı seçimi, insan hakları yılı, bayram ve

3 **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Ankara 2018, s. 733.

4 **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul 1950, s. 269 vd.

Noel örnekleri gibi, halkın düşüncelerinde belirlenen *kutlama affı* olurdu. Ancak, hukuk devleti uygulaması böyle düşünceleri takip etmez. Bu nedenle, ihtiyaç veya ceza adaletinin düzenli akışı içinde zorlayıcı neden olmadan, af kanunu müdahale etmemelidir; çünkü, aksi takdirde ceza hukuku emir ve yasaklarının ciddiyetinin anlamı kaybolmuş ve ceza koğuşturması sakatlanmış olurdu⁵.

2) Affın Nedeni Bakımından Çeşitleri

Burada affın genel af ve özel af ile Devlet Başkanına belirli durumlarla sınırlı olmak üzere "*bağışlama*" ismiyle tanınan çeşitlerine ve bunların sonuçlarına değinmeksizin, nedenleri bakımından affın çeşitleri üzerinde durmak istiyoruz.

Nedeni bakımından af, *bir dönemi kapatan, toplumsal barış ve hükümü düzeltici af* olmak üzere üçe ayrılır⁶:

Osmanlı devletinde, "*sülüsân afvı*" denilen, hapisananenin aşırı doluluğu nedeniyle başvurulmuş ve günümüzde de uygulanan bir af çeşidinden de söz etmek gerekir. Ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında uygulanan bu yöntem, ceza süresinin üçte ikisini tamamlamış mahkûmların, kalan cezalarının affedilerek tahliye edilmeleri suretiyle, ceza infaz sisteminin kalıcı bir parçası haline gelmişti. Geniş kapsamlı ilk "*sülüsân afvı*", **Sultan Abdülaziz**'in Avrupa seyahatinden dönmesi nedeniyle çıkarılmış olanıdır⁷.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen An. m. 87'de, "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek*" şeklinde, TBMM'nin af yetkisi düzenlenmiştir. Bu arada 21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla "*Anayasanın 14'üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilânına*" şeklinde ki kısıtlamanın kaldırılması yerinde olmuştur.

5 **Schaetzer** Johann-Georg, Handbuch des Gnadenrechtss, Gnade-Amnestie-Bewaehrung, 2. Auflage, München 1992, s. 212.

6 **Schaetzer**, s. 213 vd.

7 **Yıldız** Gültekin, Mapusâne, Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Sertiveni(1839-1908), İstanbul 2012, s. 298, dn. 53.

3) Türkiye’de Af Uygulamaları

A. Af Kanunları

Türkiye Cumhuriyetinde ilki 26.12.1923 ve sonuncusu 1974 olmak üzere 11 af kanunu çıkmıştır. Ancak, bunlardan altı tanesi geniş kapsamlı genel af kanunu niteliğindedir⁸:

- a. Bunlardan ilki, 2330 Sayılı Kanundur; bu, Cumhuriyetin 10’uncu yılı nedeniyle 1933’te yürürlüğe girmiş ve cezaevlerinin büyük kısmının boşalmasıyla sonuçlanmıştır. Mahkemelerde biriken işler azalmış ve kabul edilen yeni kanunların uygulanmasıyla ağırlaşan adalet sistemi normal haline dönmüştür.
- b. Bunu, 1938’de çıkarılan 3527 sayılı siyasi suçlardan hüküm giyenlerle İstiklal Mahkemesi kararıyla mahkûm olanlar hakkındaki Af Kanunu izlemiştir.
- c. Üçüncü Af Kanunu, 1950 seçimlerinden sonra iktidara gelen Demokrat Parti iktidarı tarafından çıkarılan, 14.7.1950 tarih ve 5677 sayılı Kanun olmuştur.
- d. Dördüncü Af Kanunu, 1960 yılında, Milli Birlik Komitesi tarafından yürürlüğe sokulan 28.10.1960 tarih ve 113 sayılı Kanundur.
- e. Beşinci Af Kanunu, 23.2.1963 tarih ve 218 sayılı Kanunla yürürlüğe girmiştir.
- f. Altıncı Af Kanunu, Adalet Partisinin iktidara gelmesiyle, 9.8.1966 tarih ve 780 sayılı kanunla kabul edilmiştir.
- g. Yedinci af kanunu, 15.5.1974 tarih ve 1803 sayılı Kanunla kabul edilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararıyla birlikte kapsamı çok genişlemiştir.

B. Dolayısıyla Af Kanunları

Doğrudan doğruya afla ilgili görünmemekle birlikte, 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun geçici maddeleriyle iyi hal şartı aranmaksızın şartla salıverilmeye ilişkin hükümler vasıtasıyla

8 **Sebük** Mehmet Ali, Af İçin Mücadelem, İstanbul 1966, s. 9 vd.; **Göçük** Turgut, Genel af partilerüstü bir düzeyde ele alınmalıdır, Milliyet, 20.8.1985.

dolayısıyla bir af kanunu çıkartılmıştır. Ancak, söz konusu Kanunun geçici 1 ve 4'üncü maddelerinde şartla salıverilmeden yararlanabilmek açısından çekilmesi gereken süreler farklı düzenlenmekteydi. Gerçekten de, geçici 1'inci maddede 10 yıl, 8 yıl ve 1/5'lik süreler öngörülürken; geçici 4'üncü maddenin a, b, c ve d bentlerinde sayılan suçlar için 20 yıl, 15 yıl ve 1/3'lük sürelerin çekilmesi öngörülmekteydi. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin iki ayrı kararında⁹; *“Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur. - Şartla salıverilmede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündedir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salıverilme açısından belirleyici bir niteliği yoktur. - Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen ‘yasa önünde eşitlik ilkesine’ uygun düşmemekte ve bu ayrılığın baklı bir nedeni de bulunmamaktadır”* şeklinde, gerekçelendirilmek suretiyle, geçici 4'üncü maddenin a ve b bentlerinin iptal edilmesiyle sonuçlanmıştır.

Dolayısıyla af olarak değerlendirilebilecek diğer bir Kanun ise, 28.8.1999 tarih ve 4454 sayılı *“Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”* dur. Bu Kanunun m. 1/1'deki, *“23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla yabut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir”* hükmü, Anayasaya aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 19.9.2000 tarih ve E. 1999/39, K. 2000/23 sayılı kararıyla, söz konusu fıkranın *“...basın yoluyla yabut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup...”* bölümünün iptaline karar vermiştir¹⁰.

9 19.7.1991, E. 1991/17, K. 1991/23 (AMKD. S. 27, s. 473 vd.); 8.10.1991, E. 1991/34, K. 1991/34 (AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

10 RG. 12.10.2000

21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun” da, bir dolayısıyla af kanunu niteliğindedir. Bu Kanun, adından da anlaşılacağı üzere, şartla salıverme ile dava ve cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler içermekte idi¹¹. Anayasa Mahkemesi, 226 mahkemenin itiraz yoluyla başvurusu üzerine 18.7.2001 tarih ve E. 2001/4, K. 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal etmek suretiyle uygulama alanını genişletmiştir¹².

- 11 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirbaş** Timur, Af Tartışmaları ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001, s. 78 vd.
- 12 “ 21.12.2000 günlü, 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun”un:
A- Başlığı’nın Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
B- 1. maddesinin;
1- İlk tümcesi ile 3. ve 4. bendlerinde yer alan “ 23 Nisan 1999...” tarihinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
2- 2. bendinin birinci paragrafının “... şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler ile aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin toplam hükümlülük süresinden on yıl indirilir” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
3- 4. bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,
4- 5. bendinin;
a- (a) alt bendinin Türk Ceza Kanunu’nun,
aa- 188. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
bb- 191. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
cc- 202., 209. ve 219. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
dd- 240. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
ee- 243. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER ve Rüşti SÖNMEZ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
ff- 264. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
gg- 298. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN, Ali HÜNER ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
hh- 313. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
ıı- 339., 342., 343., 345., 346. ve 347. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,
jj- 366. ve 367. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU ve Ahmet AKYALÇIN’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,
kk- 383. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı “*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertenilmesi Hakkında Kanun*” geçici m. 1/1’de dolaylı bir af hükmüne yer vermiştir¹³.

ll- 403. maddesi ile 404. maddesinin ikinci fıkrası yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

mm- 414., 415., 416., 417. ve 418. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

nn- 503. ve 504. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (b) alt bendinin Askerî Ceza Kanunu’nun 79., 81., 88., 91. ve 131. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c- (c) alt bendinin Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un 27. ve 33. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- (e) alt bendinin Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 12. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

e- (f) alt bendinin Orman Kanunu’nun 91., 93., 108. ve 110. maddeleri yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

f- (g) alt bendinin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 68. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

g- (h) alt bendinin Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nun 12. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

h- (j) alt bendinin, Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 6. bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 7. bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

7- 9. bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ve Ertuğrul ERSOY’un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 1. maddesinin 2. bendinin birinci paragrafının “... şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler ile aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin toplam hükümlülük süresinden on yıl indirilir.” bölümünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı maddenin 2. bendinin ikinci paragrafındaki, “... veya toplam hükümlülük sürelerinden ...” sözcüklerinin, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 1. maddesinin 2., 4. ve 9. bentlerinin iptal edilen kurallarının doğuracağı hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa’nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince bu kurallara ilişkin

İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, ...” (RG. 27.10.2001).

- 13 Geçici m.1/1- 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a. Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171’inci

C. Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı(CeGTİK m.105A)

5.4.2012 tarih ve 6291 sayılı “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile eklenen “*Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*” başlıklı CeGTİK m.105A¹⁴’ya göre, açık infaz kurumlarında cezanın be-

maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,
b. Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,
c. Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,
karar verilir.(RG. 5.7.2012).

RG. 31.1.2013. Cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şartın 31.12.2015 tarihine kadar uygulanmayacağına dair olan süre, 25.12.2015 tarih ve 6655 sayılı Kanunla 31.12.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

- 14 **Madde 105A** – (1) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla;
- a) Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçiren,
b) Çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlayan, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.
- (2) Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılmayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlüler, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasından itibaren en az altı aylık sürenin geçmiş olması durumunda, diğer şartları da taşımaları hâlinde, birinci fıkrada düzenlenen infaz usulünden yararlanabilirler.
- (3) Yukarıdaki fıkralarda düzenlenen infaz usulünden;
- a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,
b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler, (25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanun’un 1 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “sakatlık” ibareleri “engellilik” şeklinde değiştirilmiştir.) diğer şartları da taşımaları hâlinde yararlanabilirler. Ağır hastalık, sakatlık veya kocama hâli, Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir.
- (4) Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlüler yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanamazlar.
- (5) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar;
- a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,
b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,
c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,

lirli bir kısmını geçiren veya geçirmeye hak kazananların ya da 0-6 grubunda çocuğu olan veya belirli sağlık sorunları olanların da koşullu salıverilme tarihine kadar kısmın denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazı kabul edilmiştir¹⁵.

d) Belirlenen programlara katılması, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğüne karar verilir. Hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir.

(6) Hükümlünün;

a) Ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne üç gün içinde müracaat etmemesi,

b) Hakkında belirlenen yükümlülükler, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar etmesi,

c) Ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi, hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine, infaz hâkimi tarafından karar verilir.

(7) Hükümlü hakkında;

a) *İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Mubakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi, (9/4/2014 tarihli ve E.: 2014/14, K.: 2014/77 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.)*

b) *Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi, (26/12/2013 tarihli ve E.: 2013/33, K.: 2013/69 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.)*

c) *Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması, (26/12/2013 tarihli ve E.:2013/33, K.: 2013/69 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.)*

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.(9/4/2014 tarihli ve E.: 2014/14, K.: 2014/77 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir.)

(8) Denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 292 nci ve 293 üncü maddelerinde yazılı hükümler uygulanır.

(9) Yükümlülüklerin gereklerine ve denetim planına uygun davranan hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, 107 nci ve 108 inci maddeler uyarınca işlem yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilir.

(10) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaların infazına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir.

15 RG. 11.4.2012

6411 sayılı Kanun m. 13 ile CeGTİK'e eklenen geçici m. 4 ile CeGTİK m. 105A'nın 1'inci fıkrasının (a) bendinde ve 2'nci fıkrasında belirtilen *altı aylık süre* şartı ile 1'inci fıkranın (b) bendinde belirtilen çocuk eğitimevinde cezanın *1/5'nin* infaz edilmesine ilişkin şartın, 31.12.2015 tarihine kadar uygulanmayacağına dair hükmün uygulanma süresi, 25.12.2015 tarih ve 6655 sayılı Kanun ile "31.12.2020" tarihine kadar uzatılmıştır.

Bu arada, 16.8. 2016 tarihli RG'de yayınlanarak yürürlüğe giren 671 sayılı KHK m.32 ile CeGTİK'e geçici m.6 eklenmiştir¹⁶. Buna göre, 1.7.2016 tarihine kadar işlenen ve maddede ayrı tutulmayan suçlar bakımından; CeGTİK m.105A/1'de yer alan "*bir yıllık süre "iki yıl"*" ve CeGTİK m.107/2'de yer alan "*üçte iki*"lik oran, "*yarısı*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu durumda, dört yıl hapis cezasına hüküm giyen bir suçlu, *girdi-çıkı* yapılmak ve denetimli serbestlik hükümlerine tâbi tutulmak suretiyle tahliye edilecektir.

4) MHP'nin Af Kanunu Teklifi ve Değerlendirilmesi

A. MHP'nin Af Kanunu Teklifi

Yürürlük ve yürütme maddeleri hariç beş maddeden oluşan ve MHP tarafından 25.9.2018'de TBMM'ne verilen teklifin amacı m.1'e göre, 19 Mayıs 2018 tarihi dahil olmak üzere, bu tarihten önce işlenen, Kanunda ayrı tutulanlar hariç, 5237 sayılı TCK ve 765 sayılı TCK ile özel kanunlardaki suçlar yönünden tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekilmesi gereken toplam ceza sürelerinden şartlı indirim yapılması ve bunun sonucu olarak infazı gereken cezası kalmayan hükümlü ve tutukluların salıverilmesidir.

16 **Geçici Madde 6** – (Ek: 15/8/2016-KHK-671/32 m.; Değiştirilerek kabul: 9/11/2016-6757/28 m.)

(1) 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları,cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci KitapDördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılıTerörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, bu Kanunun;

a)105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süre "*iki yıl*",

b)107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*üçte iki*"lik oran "*yarısı*", olarak uygulanır.

Kapsamı düzenleyen m.2'ye göre, “1)Kanun kapsamındaki suçlardan dolayı hükümlü veya tutuklu olanların, kesinleşmiş hükümlerde, hükmolunan cezaların toplamının, tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekilmesi gereken cezadan bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl indirilir. İndirim yapıldıktan sonra infazı gereken ceza kalmaması durumunda hükümlü salıverilir.

2) Sanık veya şüphelinin tutukluluk durumu;

a) İstinaf ve Temyiz kanun yolunda, İlk Derece Mahkemesi ile İstinaf Ceza Dairesi'nce hükmolunan cezaların toplam süresi,

b) Kovuşturma evresinde, iddianamede ya da görevsizlik kararında sanığın işlediği iddia olunan suç ve suçlara ilişkin sevk maddelerindeki cezanın alt sınırı,

c) Soruşturma evresinde şüphelinin üzerine atılı suç veya suçların kanun maddelerinde gösterilen cezanın alt sınırı,

gözönüne alınarak tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam ceza süresi üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl indirim yapılmak suretiyle değerlendirilir.

Cezanın alt sınırının belirlenmesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61 inci maddesindeki ölçütler esas alınarak ve 61 inci maddenin 5 inci fıkrası uyarınca teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, baksız tabrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler göz önünde bulundurulur”.

Af teklifi kapsamına girmeyen suçlar, “İstisnalar” başlıklı m. 3'de; a)765 sayılı TCK, b)3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, c) 5237 sayılı TCK, d) 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ve e) 6831 sayılı Orman Kanunda yer alıp sayılmışlardır¹⁷.

17 5237 Sayılı TCK'nın 76'ncı maddesindeki soykırım, 77. maddesindeki insanlığa karşı suçlar, 78. maddesindeki örgüt, 81'inci maddedeki kasten öldürme, 82'nci maddedeki kasten öldürmenin nitelikli halleri, 90'ıncı maddedeki insan üzerinde deney, 91'inci maddedeki organ doku ticareti, 94'üncü maddedeki işkence, 95'inci maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence, 96'ncı maddedeki eziyet, 102'nci maddedeki cinsel saldırı, 103'üncü maddedeki çocukların cinsel istismarı, 104'üncü maddedeki reşit olmayanla cinsel ilişki, 105'inci maddedeki cinsel taciz, 302'nci maddedeki devletin birliği ve ülkenin bütünlüğünü bozma fiili, 303'üncü maddedeki düşmanla işbirliği yapmak, 304'üncü maddedeki devlete karşı savaşa tahrik, 305'inci maddedeki temel milli yararları karşı faaliyetle bulunma ve bunun için yarar sağlama, 306'ncı maddedeki yabancı devlet

“Yerine getirme” başlıklı m.4’de, “1) Kanun hükümleri uyarınca salıverilme işlemleri;

- a) Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine Sulh Ceza Hakimliği’nce,
- b) Kovuşturma evresinde yargılamanın devam ettiği Mahkemece,
- c) Dosyanın İstinaf Mahkemesi, Yargıtay ilgili Dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda bulunması durumunda, İstinaf Mahkemesi, Yargıtay Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nca,
- d) Kesinleşmiş hükümlerde, mahkûmiyet hükmünü veren mahkemece,

Dosya üzerinden inceleme yapılarak derhal yerine getirilecektir.

2) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nda bulunan dosyalar, inceleme yapmakla görevli ilgili Yargıtay Ceza Dairesine gönderilir.

Ceza indiriminin geri alınması, m.5’de, “İkinci madde hükümleri uyarınca salıverilen hükümlülerin, bîbakkın tahliye tarihine kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemleri ve bu hapis cezasının

aleyhine asker toplama, 307’nci maddedeki askeri tesisleri tahrip, 308’inci maddede düşman devletle maddi ve mali yardım, 309’uncu madde anayasayı ihlal, 310’uncu maddedeki cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, 311’inci maddedeki yasama organına karşı suç, 312’nci maddedeki hükümete karşı suç, 313’üncü maddedeki Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan, 314’üncü maddedeki silahlı örgüt, 315 maddedeki silah sağlama, 316’nci maddedeki suç için anlaşma, 317’nci maddedeki askeri komutanlıkların gaspı, 318’inci maddedeki halkı askerlikten soğutma, 319’uncu maddedeki askerleri itaatsizliğe teşvik, 320’nci maddedeki yabancı hizmetine asker yazma yazılma, 321’inci maddedeki savaş zamanında emirlere uymama, 322’nci maddedeki savaş zamanında yükümlülükleri yerine getirmeme, 323’üncü maddedeki savaşta yalan haber yapma, 324’üncü maddedeki seferberlikle ilgili görev ihlali, 325’inci maddedeki düşmanla unvan ve benzeri payeleri paylaşma ve kabul, 326’nci maddedeki devletin güvenliğine ilişkin belgeler, 327’deki devlet güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, 328’deki siyasal veya askeri casusluk, 329’da düzenlenen devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama, 330’daki gizli kalması gereken bilgileri açıklama, 311’de düzenlenen uluslararası casusluk, 332’de askeri yasak bölgelere girme, 333’deki devlet sırlarından yararlanma ve devlet hizmetlerine sadakatsizlik, 334’de yasaklanan bilgileri temin, 335’inci maddedeki yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini, 336’nci maddedeki yasaklanan bilgileri açıklama, 337’de düzenlenen yasaklanan bilgileri siyasal askeri casusluk maksadıyla açıklama, 338’de taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi suçu. 339’daki devlet güvenliğine ilişkin belgeleri elinde bulundurma suçları ve bu suçların 765 sayılı Türk Ceza Kanunumuzdaki karşılığı olan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5816 Sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun ve 6831 sayılı Orman Kanunu’ndaki suçlar kapsam dışındadır.

kesinleşmesi halinde, yapılan indirim geri alınarak cezaların infazına başlanıır” şeklinde düzenlenmiştir.

B. Af Kanunu Teklifinin Değerlendirilmesi

Teklif kapsamına girmeyen suçların belirlenmesinde devlete karşı suçlar dışındaki suçlarda hangi kıstasın esas alındığını anlamak mümkün değildir. Örneğin, kasten insan öldürme(m.81,m.82) kapsam dışı iken, göçmen kaçakçılığı(m.79), insan ticareti(m.80), kasten öldürmenin ihmali davranış ile işlenmesi(m.83) ve kasten yaralama(m.86, m.87) af kapsamındadır.

Bunlar dışında, TCK’da af kapsamına alınan suçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) TCK’nın “Kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının “hürriyete karşı suçlar” başlıklı yedinci bölümü(m.106-124), “şerefe karşı suçlar” başlıklı sekizinci bölümü(m.125-131),”özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümü(m.132-140), “malvarlığına karşı suçlar” başlıklı onuncu bölümü(m.141-169).

2) “Topluma karşı suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “genel tehlike yaratan suçlar” başlıklı birinci bölümü(m.170-180), “çevreye karşı suçlar” başlıklı ikinci bölüm(m.181-184),”kamunun sağlığına karşı suçlar” başlıklı üçüncü bölüm(m.185-196), “kamu güvenine karşı suçlar” başlıklı dördüncü bölüm(m.197-212), “kamu barışına karşı suçlar” başlıklı beşinci bölüm(m.213-221), “ulaşım araçlarına veya sabit platformlara karşı suçlar” başlıklı altıncı bölüm(m.223-224), “genel ahlaka karşı suçlar” başlıklı yedinci bölüm(m.225-229), “aile düzenine karşı suçlar” başlıklı sekizinci bölüm(m.230-234), “ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümü(m.235-242), “bilişim alanında suçlar” başlıklı onuncu bölüm(m.243-246).

3) “Millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler” başlıklı dördüncü kısmının, “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar” başlıklı birinci bölümü(m.247-266), “adliyeye karşı suçlar” başlıklı ikinci bölüm(m.267-298), “devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar” başlıklı üçüncü bölüm(m.299-301).

Yukarıda belirtilen suçlardan örnek vermek gerekirse, yağma, dolandırıcılık, zimmet ve uyuşturucu madde ticareti gibi suçlar, “toplum

güvenliği bakımından af kapsamına alınan suçlardan daba mı az tebdit içermektedir?” sorusu akla gelmektedir. Kaldı ki kişilere karşı işlenen suçlar yönünden, başta mala karşı suçlar olmak üzere yaralama gibi suçlarda, “mağdurun uğradığı zarar giderilmeden devlet af edebilir mi?” sorusunun cevaplanması gerekir. Eğer bu tür suçlarda af yetkisi kullanılmak isteniyorsa, mağdurun uğradığı zararın devlet tarafından aynı kanunla giderilmesi gerekir. O halde devlet, kural olarak devlete karşı işlenen suçlarda toplumsal barışı sağlamak amacıyla bu yetkisini kullanmalıdır.

Sonuç

Cezaevleri tüm dünyada her zaman sorunlu kurumlar olmuşlardır. Bu durum Türkiye için de geçerlidir. Özellikle 15 Temmuz darbe girişimi sonunda, ceza infaz kurumlarının doluluk oranı kapasitenin çok üstüne çıkmıştır. Buna çare olarak, CeGTİK m.105A'nın uygulama alanı 671 sayılı KHK m.32 (RG 16 .8. 2016) ile genişletilmekle birlikte, bu da doluluğa çözüm olamamıştır.

Adalet Bakanlığı web sayfasındaki istatistiğe göre, 2.10.2017 itibariyle ceza infaz kurumlarındaki mahpus sayısı, 218.993 olarak görülmektedir. Adalet Bakanı'nın Meclis Plan ve Bütçe Komisyonu'nda bütçe görüşmeleri sırasında yaptığı açıklamaya göre (20.11.2018) ise, bu sayı 202 bin 434'ü hükümlü, 57 bin 710'u ise tutuklu olmak üzere, 260.144'dür. Bu durum, 100.000 kişiye düşen tutuklu ve hükümlü sayısı olarak ifade edilen *mahpuslaşma oranının* Türkiye açısından çok yükselmesini sonuçlamıştır. Nitekim, Türkiye'de mahpuslaşma oranı 1998'de 100 iken, 2014'de iki katına çıkmak suretiyle 204'e ve 2018'de 300'e yaklaşmıştır.

Ceza infaz kurumlarında doluluğun azaltılması bakımından alınması gereken önlemlerden bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- 1) Tutuklamanın CMK m.100 esaslarına aykırı olarak adeta bir cezalandırma niteliğinde uygulaması önlenmeli;
- 2) Koşullu salıverilme bakımından, terör ve örgütlü suçlular için öngörülen 3/4 genel süre olan 2/3'e düşürülmeli;
- 3) Koşullu salıverilme yolunun kapalı tutulduğu hükümler, AİHM kararlarını da dikkate alarak düzeltilmeli¹⁸;

18 **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel, s. 714 vd.

- 4) Hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz etkilerini dikkate alarak, cezalar sistemindeki payının azaltılarak, para cezasının payı artırılmalı¹⁹;
- 5) Suç politikasının temel problemi olarak, suçun önlenmesi, en azından azaltılması yönünde, kriminolojik çalışmalara ağırlık verilmelidir²⁰.

Ceza infaz kurumlarındaki aşırı doluluğu siyasi açıdan değerlendirmek isteyen MHP, 24.9.2018 tarihinde 19 Mayıs 2018'e kadarki suçlarda cezadan 5 yıl şartlı indirim içeren Kanun Teklifini TBMM Başkanlığına vermesiyle kamuoyunda yeni bir tartışmaya neden olmuştur. Ancak, af teklifi kapsamına giren suçların kriminoloji ve suç politikası verilerine dayanmadan belirlendiği anlaşılmaktadır; örneğin, TCK'daki suçlar yanında, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Bankacılık Kanunu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi çok sayıda özel kanun da af kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla toplumsal barışın korunması ve adalet ilkeleri ile suç mağdurlarının hakları dikkate alınmadan hazırlanan bu teklifin aceleyle getirildiği anlaşılmaktadır. Teklifin bu şekliyle yasalaşması halinde, kamu vicdanının derin yara alması kaçınılmazdır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce vermiş olduğu kararlarda olduğu gibi, kapsam dışı bırakılan suçlarla ilgili vereceği iptal kararıyla uygulama alanının genişletmek suretiyle, toplumda adalete olan inancın daha da sarsılacağı açıktır.

19 **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, s. 90 vd.

20 **Demirbaş** Timur, Kriminoloji, 6. baskı, Ankara 2016, s. 377 vd.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Beccaria, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul 1950

Demirbaş Timur, Af Tartışmaları ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.baskı, Ankara 2018 (Ceza Hukuku Genel)

Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2017 (İnfaz Hukuku)

Demirbaş Timur, Kriminoloji, 6.baskı, Ankara 2016 (Kriminoloji)

Schaetzer Johann-Georg, Handbuch des Gnadenrechtss, Gnade-Amnestie-Bewaehrung, 2. Auflage, München 1992

Sebük Mehmet Ali, Af İçin Mücadelem, İstanbul 1966

Yıldız Gültekin, Mapusâne, Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni(1839-1908), İstanbul 2012

Diğer Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.7.1991, E. 1991/17, K. 1991/23 (AMKD. S. 27, s. 473 vd.);

Anayasa Mahkemesi Kararı, 8.10.1991, E. 1991/34, K. 1991/34 (AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

Göçük Turgut, Genel af partilerüstü bir düzeyde ele alınmalıdır, Milliyet, 20.8.1985.

<http://www.prisonstudies.org/>, Erişim Tarihi: 30.08.2015.

GENEL AHLAK VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI: TAKDİR MARJİ VE ORTAK ZEMİN SORUNU**

Ar. Gör. Arca Alpan***

Özet

Genel ahlak modern hukuk sistemlerinin gelişim süreci ve hukuki düşünce tarihindeki tartışmalar açısından her zaman hukuk ile ilişkisi sorgulanan ve zaman zaman da hukuki alandan dışlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahlakı aykırı ifadelerin sınırlanmasının ya da yasaklanmasının konu edildiği yargı kararları, hukuk-ahlak ilişkisinin felsefe alanıyla sınırlı kalmayıp hukuk bilim alanında da tartışılmasını mümkün kılmaktadır. Zira ahlak, hukukla kıyaslandığında kesinliği tartışma yaratan ve üzerinde fikir birliği oluşturulamayan bir alandır.

Çalışma, genel ahlakın korunması nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanmasının konu edildiği AİHM ve AYM içtihatı üzerinden bir ortak zemin bulunup bulunmadığına odaklanmaktadır. Özellikle içtihadın oluşmaya başladığı yıllarda tartışmanın ana hattını oluşturan takdir marjı doktrininin güncel durumda nasıl değerlendirildiği ve eski önemini koruyup korumadığı hususları ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Takdir Marjı, İfade Özgürlüğü, Genel Ahlak, Avrupa Konsensüsü, Sınırlandırma, Müstehcenlik, Sanatsal İfade

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/02/2019. İlk hakem raporu tarihi: 18/03/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 27/03/2019.

** Bu çalışma ilk olarak, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı'nda verilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Işığında Anayasal Yorumu Giriş dersi kapsamında ödev olarak sunulmuş. Makalenin geliştirilmesi konusunda değerli katkıları ve yorumları için Prof. Dr. Sibel İnceoğlu başta olmak üzere Ar. Gör. Aslı Yılmaz, Ar. Gör. Hilal Nur Şarbak, Ar. Gör. Şeyma Cebeci, Ar. Gizem Günaydın, Ar. Gör. Enes Kethüda ve Ar. Gör. Halil Çiçekfidan'a teşekkür ederim.

*** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, arca.alpan@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9501-4522.

CONFLICT BETWEEN PUBLIC MORALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION: THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE PROBLEM OF COMMON GROUND

Abstract

Public morality emerges as a concept that is always questioned in the development of modern legal systems and in the history of legal thought, and is sometimes even considered to be excluded from the legal field. The judicial decisions, in which the limitation or prohibition of statements against the public morals, make it possible to discuss the relationship between law and morality, not only in the field of philosophy but also in the field of jurisprudence. Likewise, when compared with the law, the problem of certainty of morality creates controversy and it is impossible to be agreed upon.

This study focuses on whether there is a common ground in the case law of the ECHR and the Constitutional Court of Turkey on limitation of freedom of expression for the protection of public morality. Especially it is tried to delivered how the doctrine of margin of appreciation, which was the core of the discussion in the early years of the case law, evolved in the current situation and whether it maintains its old importance.

Keywords: Margin of Appreciation, Freedom of Expression, Public Morality, European Consensus, Limitation, Obscenity, Art Speech

Giriş

Ahlak, birçok toplumda özellikle “genel ahlak” (İng. *public morals*, Fra. *morales publiques*) şeklinde norm haline getirilmiş olsa da, modern hukuk sistemlerinin gelişim süreci ve hukuki düşünce tarihindeki tartışmalar açısından her zaman hukuk ile ilişkisi sorgulanan ve zaman zaman da hukuki alandan dışlanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Yazılı bir norm haline geldiği ve hukukun içine doğrudan girdiği ihtimalde dahi, ahlak ifadesiyle neye referans verildiği, içeriğin neyle doldurulduğu hususları tartışma unsuru olmaktan çıkmamaktadır. Bununla ilişkili biçimde AİHM'nin önüne gelen ifade özgürlüğü ve ahlakın korunması davalarında da devletlerin uyguladığı iddia edilen mü-

dahaleler ve müdahalelere konu olan maddi olgular geniş bir yelpazeyi oluşturmaktadır. Devletlerin müdahaleleri ağırlıkla sanatsal ifadelerin müstehcen bulunması üzerine yoğunlaşmaktayken, kimi zaman siyasi, mizahi, ticari ve akademik ifadelere de ahlakın korunması üzerinden müdahaleye konu olabilmektedir. Bu çalışma, ahlakın korunması nedeniyle yapılan müdahalelerin öznesi olan ifade özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi amacıyla (kavramın doğasına özgü muğlaklığa rağmen ve bu muğlaklığı aşmaya çaba göstermek için) kaleme alınmıştır. Bu amaçla, genel ahlakın korunması hususunda AİHM ve AYM kararları incelenecek ve hem Avrupa açısından uluslararası, hem Türkiye açısından ulkese bir ortak bir zemin bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

I. Hukuk Normu Haline Getirilmiş Ahlak Kavramı: Genel Ahlak

Ahlaka aykırı ifadelerin sınırlanmasının ya da yasaklanmasının konu edildiği yargı kararları, hukuk-ahlak ilişkisinin felsefe alanıyla sınırlı kalmayıp hukuk bilim alanında da tartışılmasını mümkün kılmaktadır. Hukuki pozitivism düşüncesine göre yalnızca insan yapımı yasalar hukuki bilişin konusunu oluştururlar. Ahlak normları gibi insan yapımı olduğu halde siyasi iktidar üzerinden getirilmeyen veya aşkın güçlerce getirildiği düşünülen normlar ise hukukun konusu değildirler¹. Bu tespit, hukuki bilişin dışında bırakılan türdeki kuralların hukuka kaynaklık edemeyeceğini/ilham olamayacağı veya etmemesi/olmaması gerektiğine denk gelmemektedir². Buna örnek olarak çalma eyleminin hem dinlerde, hem çoğu toplumun ahlak kurallarında, hem de ceza kanunlarında yasaklanmış olmasını örnek gösterebiliriz. Bizim burada uluslararası ve ulusal insan hakları hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatı bağlamında ele aldığımız ahlak davalarının konusu ise kategorik emirleri içeren türde bir ahlak kavramı değil, hukuk normlarının arasına alınmış olan ahlak kavramıdır.

Yukarıda sınırı çizildiği biçimde “hukuk normu haline getirilmiş ah-

-
- 1 **LEACH, Philip.** *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017. s. 487-488.
 - 2 **AUSTIN, John.** *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, İstanbul, 2014. s. 27-29.

lak” kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) ve Türk hukukundaki birtakım düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. AİHS, 10. maddesinde ifade özgürlüğünü güvence altına alırken, hakkın sınırsız olmadığını ortaya koyan biçimde “ahlakın korunması” unsurunu ifade özgürlüğünü koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara tabi tutan meşru amaçlar arasında saymıştır³. Ulusal hukukta ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 225 ve 229. maddeleri arasında hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve dilencilik fiillerini “Genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında suç olarak nitelendirilmiş ve yaptırıma bağlamıştır. Türk idare hukukunda ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun (PVSK) 11. maddesi “*Polis; A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları [...] C) Genel ahlâk ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, Herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller; davranışlarının devamını durdurarak yasaklar; sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeye tevdi eder.*” ifadesine yer vererek kolluk gücünü genel ahlakı denetlemekle görevlendirmiştir.

TCK’da genel ahlakın ve özellikle müstehcenliğin tanımı yapılmamıştır. Öte yandan, genel ahlak başlığı altına alınan suç tiplerinin genellikle yetişkinleri değil, çocukları korumaya yönelik bir içeriğe sahip olduğu gözlenmiştir. PVSK’da ise 11. maddenin ilk fıkrasında yüzeysel bir tanım verilmiştir. Burada spesifik olarak hangi davranışların genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olduğu bilgisi verilmemekte ve kolluğu bu normun içeriğini dilediği biçimde doldurma yetkisi verilmektedir. İdare hukukunda da bu husus farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre, kolluk tarafından temel olarak korunan kavram olan “kamu düzenini” ilgilendiren güvenlik, esenlik, sağlık gibi kategorilerin somut, genel ahlakın ise soyut bir kategori olduğunu vurgulamış ve ahlaka aykırı unsurların kişinin düşünce alanında soyut biçimde kaldığı sürece denetlenmeyeceğini, dışa vurulduğu anda maddi (dışsal)

3 **HART, H.L.A.**. “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, *HLA Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, İstanbul, 2015. s. 109.

bir nitelik kazanıp denetime tabi olacağını savunmaktadır⁴. Dolayısıyla bu görüşe göre ahlak tartışmaya açık, muğlak bir kavram değildir ve tamamen hukuk içinde çözülebilir niteliktedir. Bu görüşün karşısında ise ahlaka aykırı olduğu düşünülen davranışların kolluk faaliyetine tabi kılınması için ancak toplumun tepkisini çekmesi ve toplum düzenini bozması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre kolluk bu denetimi yaparken yalnızca anayasa ve kanunlardan aldığı yetkilerle hareket etmeli, yetkisini kişilerin düşünce ve inanç alanına el atmadan kullanmalı ve politik çıkarları uğrunda kullanmamalıdır⁵. İkinci görüşle uyumlu biçimde, gayri ahlaki davranışın tek başına kamu düzenini bozucu nitelikte değerlendirilemeyeceği, kamu düzeninin bozulması kavramına özgü özel şartların aranması gerektiği vurgulanmaktadır⁶. Materyalist görüş denen bu görüşe göre, genel ahlakın kamu düzeninin bozulması nedeniyle uygulanacak müdahalelere temel oluşturabilmesi için ya dirlik ve esenlik unsuru bakımında örneğin gürültü gibi huzur bozan bir davranışın var olması, ya güvenlik unsuru bakımından örneğin can veya mal kaybı yaratan bir olayın var olması, ya da sağlık unsuru bakımından örneğin bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi çabasının var olması gerekmektedir⁷.

Kavramın ceza hukukunun aksine idare hukukunda olduğu gibi daha somut olarak hukuk sisteminin içine alınması dahi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının kaygan bir zemine kaydırmasına engel olamamaktadır. Zira genel ahlaktan ne anlaşılacağı kolluğa bırakılmaktadır⁸.

II. İfade Özgürlüğünün Ahlakın Korunması Nedeniyle Sınırlandırılması

a) Genel Olarak

Ahlakın korunması, AİHS'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddesinde taraf devletlere tanınan meşru sınırlama ölçütleri ara-

4 **KORKMAZ, Ömer.** *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Ankara, 2014. s.171-175.; **HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY,** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, 2013. s. 491-493.

5 **TAN, Turgut.** *İdare Hukuku*, Ankara, 2011. s.388.

6 **GİRİTLİ, İsmet vd.** *İdare Hukuku*, İstanbul, 2011. s.988-989.

7 **ATAY, Ender Ethem,** *İdare Hukuku*, Ankara, 2014. s.645-646.; **OKAY TEKİNSOY, Özge.** *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul, 2011. s.108.

8 **OKAY TEKİNSOY,** 2011. s.41, 57, 85 ve 108.

sında sayılmıştır. Sözleşme'ye taraf ulusal hukuk sistemlerinde de Türkiye'de olduğu üzere muğlak nitelikteki “genel ahlaka” atıfta bulunan normların bulunması bir yana, Avrupa ulusları arasında ortak bir ahlak mefhumundan söz edilememektedir. Bu tespit, AİHM'nin ahlakın korunması amacına dayanan müdahaleleri incelediği 1976 tarihli *Handyside-Birleşik Krallık* ve 1988 tarihli *Müller vd.-İsviçre* kararlarında da açıkça ortaya konmaktadır. Hiçbir taraf devlet yazılı hukukunda Avrupa'ya özgü yeknesak bir ahlak algısının bulunmadığı, ahlakın zamandan zamana ve mekandan mekana farklılık gösterdiği, özellikle çağın ahlak anlayışının hızla değişen bir yapısının olduğu ve nihai olarak devlet makamlarının uluslararası yargıçlarla kıyaslandığında neyin ahlaka aykırı olup neyin olmadığına daha iyi karar verebileceği vurguları iki kararda da düşüncenin merkezini oluşturmaktadır⁹.

Handyside kararı, Sözleşme'ye de taraf olan birçok Avrupa ülkesinde Danca dilinden çevrilen¹⁰ fakat müdahaleye konu olmayan pedagojik bir kitabın (İng. *The Little Red Schoolbook*) Birleşik Krallık tarafından yasaklanması hakkındadır. Yaklaşık 200 sayfalık kitabın yirmiye yakın sayfası cinsel eğitime ve yirmiye yakın sayfası da çocuk-ebeveyn ilişkilerine ayrılmıştır. Çeşitli ebeveyn dernekleri bahsi geçen bölümlerde Britanya ahlak yapısına uygun olmayan bir içeriğin bulunduğunu ve bunların çocukların gelişimini kötü yönde etkileyeceğini iddia etmişlerdir. Kararda Mahkeme, ulusal makamların kitabın yasaklanması ve toplatılmasına yönelik müdahalelerine dair Madde 10'un birinci ve ikinci fıkraları bağlamında yaptığı değerlendirmede, müdahalenin yasayla öngörüldüğüne, yasaklama amacının müstehcen unsurlar olduğuna ve müstehcenliğin ahlakın korunmasının altında değerlendirilecek meşru bir amaç olduğuna kanaat getirmiştir¹¹. Ayrıca son aşamada müdahalenin yapılmasında taraf devlet yargı makamlarınca, “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın” (İng. *pressing social need*) varlığının aranması gerektiği vurgulanmış ve davada bu kriterin yerine getirildiği ifade edilmiştir. Buna göre müdahalenin gerekli olup olmadığını ilk elden denetleyecek olan ulusal makamlardır ve bu anlamda taraf “devletlerin takdir marjı doktri-

9 OKAY TEKİNSOY, 2011. s.115.

10 **Handyside – Birleşik Krallık**, 5493/72, 07.12.1976. Bağlantı: <https://bit.ly/2wJrmku>. Prg.48; **Müller ve diğ.leri – İsviçre**, 10737/84, 24.5.1988. Bağlantı: <https://bit.ly/2LUALGG>. Prg.35.

11 Eserin orijinali Danca olarak 1968 yılında yayımlanmıştır.

nine” başvurulmuştur¹². Dolayısıyla çeviri adaptasyonlarının yayımlanması Avrupa Konseyi üyesi ulusların bir kısmı (Fransa ve İtalya) tarafından kısıtlanan¹³, bir kısmı¹⁴ (Almanya, Avusturya, Belçika, Finlandiya, Hollanda, İsveç, İsviçre, İzlanda, Lüksemburg, Norveç ve Yunanistan) tarafından ise serbest bırakılan bir kitabın Birleşik Krallık’ta yasaklanmış olması, devletlere tanınan takdir marjı içinde uygun bulunmuş ve bir muhalefet oyuna karşı çoğunluk oyuyla hak ihlali olmadığına hükmedilmiştir.

Takdir marjı doktrini, yalnızca ifade özgürlüğü, ahlakın korunması amacıyla çatıştığında (veya genel olarak ifade özgürlüğü davaları bağlamında) değil, Sözleşme’nin başkaca maddelerine dair incelemelerde de kullanım alanı bulan¹⁵, ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve İnter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da başvuru bir hukuki araçtır¹⁶. Takdir marjı doktrininin genel ahlak davalarında standart haline gelişi Müller vd. kararıyla bir kez daha perçinlenmiştir¹⁷.

İsviçre’nin Fribourg Kantonu’nda halka açık bir galeride sergilenen ve müstehcen olduğu iddia edilen tablolara el konulması ve para cezası kesilmesi hakkındaki davada, Mahkeme sözleşmecî devletin müdahalesini ele almıştır. Özgün ve tartışmalı içerikli görsel eserleriyle ülke tanınırlığı bulunan bir ressam olan Josef Felix Müller’e ait üç büyük boy tablo, Fribourg’un Konfederasyon’a katılımının 500. yılı şerefine 1981 yılında düzenlenen etkinliklerin sanat ayağında (*Fri-Art 81*) karma bir sergiye davet edilmiştir¹⁸. Tablolar, hayvan-insan arası ve aynı cinsten

12 **Handyside**. Prg.44-46.

13 **Handyside**. Prg.47-49.

14 **McSMITH, Andy**. “The Little Red Schoolbook: A handbook for under-age revolution?”. *Independent*. Bağlantı: <https://ind.pn/2sbF8dx> (Erişim tarihi: 6.1.2019); **KELLY, Jen**. “Scandalous schoolbook banned in several countries became a hit in Australia”. *news.com.au*. Bağlantı: <https://bit.ly/2slwA4d> (Erişim tarihi: 6.1.2019). Eser Avrupa Konseyi sisteminin dışında, Avustralya’nın Queensland eyaletinde ve Yeni Zelanda’da da birtakım yasaklarla karşılaşmıştır.

15 **Handyside**. Prg.11.

16 **KARAN, Ulaş**. “Bölüm IX: İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, İstanbul, 2013. s.362.; **HARRIS, O’BOYLE, BATES, BUCKLEY**. 2013. s. 491-493.; **LEACH**. 2017. s.189.

17 **BAKIRCIOĞLU, Önder**. “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, C.08, S.07, 2007. s.715-716.

18 **RAINEY, Bernadette, WICKS, Elizabeth ve OVEY, Clare**. *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014. s. 456.

çoklu cinsel ilişkilerin realist değil soyut tarza tasvir edildiği eserlerdir. İlk bakışta eserlerin mesajı anlaşılammamaktadır, dolaylı bir anlatıma sahiptir¹⁹. Bilet kesilmeden ve yaş sınırı konmadan açılan sergilenmeden bir süre sonra, galeriyi ziyaret eden bir baba ve kızının şiddetli tepkisi²⁰ ve başka bir adamın tablolarından birini yere atıp üzerinde tepinmek suretiyle harap etmeye çalışması olayları üzerine yerel savcılık harekete geçmiş ve tablolara el koyarak, ressam ve sergi yetkilileri hakkında para cezası kesmiştir.²¹

Kantonun o andaki yasalarında ve yerleşik içtihadında müstehcenliğin çerçevesinin çizilmiş ve yaptırımların belirli olduğu, dolayısıyla yaşla öngörülebilir bir müdahalenin mevcut olduğu dile getirilmiştir²². Sergi esnasında tabloyu tahrip eden bir adam ve bir baba-kızın verdiği tepki emsal gösterilerek yapılan müdahalenin Madde 10/2'deki meşru amaca uygun olduğu savunulmuştur²³. Ayrıca müdahalenin, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç unsuruyla uyumlu biçimde demokratik toplumda gerekli olduğu tespiti yapılmış ve ihlal olmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir²⁴. Genel ahlakın belirlenmesi hususunda uluslararası yargıç ile ulusal makam arasındaki asimetrik ilişkiye, birebir Handyside kararındaki aynı ifadelerle yeniden yer verilmiştir²⁵:

“Özellikle, Sözleşmecî Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esash güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar”²⁶.

19 **DAŇKOVÁ, Michaela.** *Art Speech in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Brno, 2018. s.37.

20 **Müller vd.** Prg.16.; **DAŇKOVÁ**, 2018. s.38.

21 Şiddetli tepkinin tam olarak ne olduğu açıklanmamıştır.

22 **Müller** vd. Prg.11-14.

23 **Müller**, Prg.29.

24 **Müller**, Prg.30.

25 **Müller**, Prg.32-37.

26 **Müller**, Prg.35.

Karşı oy yazılarında da vurgulandığı üzere, konu edilen ifadenin başvuru Mülller'e ait bir sanat eseri olması, bunun sanatsal değerinin müstehcenlikle ilişkisi ve sözleşmecî devlet yargı makamlarının sanatsal ifadeler üzerindeki farklı yorumları üzerinde durulmamıştır²⁷. Aynı eserlerin daha önce sergilendiği İsviçre'nin Basel Kantonu'nda yapılan yargılamada Ressam Mülller'in neden haklı bulunduğu, federal bir taraf devletin aynı seviyedeki makamları arasındaki kültürel ve yargısal farklılığın takdir marjî açısından değerinin ne olacağı hususları tartışılmamıştır. Göz ardı edilen benzer bir duruma örnek olarak, Handyside davasında Britanya'nın İskoçya gibi farklı bölgelerinde yapılan yargılamaların yayıncılar lehine sonuçlanmış olmasının esaslıca tartışılmamış olması verilebilir²⁸. Bu gibi durumlar 1970'lerden 1990'lara gelirken ahlakın korunması söz konusu olduğunda takdir marjına geniş bir kullanım alanı tanındığı ve başvurucuların aynı devletlerde kendi lehlerine sonuçlanan diğer yargılamalarla ilgili yasayla öngörülebilirlik bakımından haklı bulunmadığı, hatta bu hususun hiç tartışılmadığı görülmektedir²⁹.

b) Güncel Durum

Son on yılda AİHM'nin önüne genel ahlakın korunması nedeniyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarla ilgili, kabul edilebilirlik şartlarını taşıyan 11 dava getirilmiştir. Bu başvurulardan dokuzu Doğu Avrupa/Avrasya ülkelerine karşı yapılmıştır. Aşağıda ortaya konulacağı üzere kararlara konu olan müdahalelerin içerikleri ve Mahkemenin üzerinde durduğu noktaların büyük bir dönüşüm geçirdiği gözlemlenmiştir. Ayrıca davaların sonuçları bakımından niceliksel bir değişim de söz konusudur. On bir davanın dokuzu Madde 10'un ihlal edildiği kararıyla, biri Madde 11 ihlal edildiği için Madde 10'un incelenmesine gerek kalmadığına dair kararlar³⁰, biri ise Madde 10'un ihlal edilmediği kararıyla sonuçlanmıştır.

Güncel davalar içinde takdir marjî doktrininin diğer davalardan daha

27 **Mülller**, Prg. 35 üzerinden: **Handyside** (Osman DOĞRU çevirisi), Prg.48.

28 **Mülller**. Yargıç Spielmann'ın karşı oyu.

29 **Handyside**. Prg.19.

30 Başvurucuların, bu argümanları bizzat kendileri öne sürmemeleri veya gerekli biçimde göstere-memeleri de etkili olmuş olabilir.

çok vurgulandığı ve vazgeçilmez bir önem arz ettiği bir karar öne çıkmaktadır; bu da ihlal olmadığı ile sonuçlanan tek dava olan 2012 tarihli PETA Deutschland – Almanya kararıdır. Mahkeme, hayvan haklarını savunma amacıyla faaliyet gösteren STÖ'nün³¹ Holokost ile beslenme amaçlı hayvan kesimini kıyasladığı kampanya posterlerinin yasaklanmasının konu edildiği davada, Almanya'nın tarihsel sorumluluğu gereği Holokost ile ilgili konularda geniş bir takdir alanına sahip olduğuna hüküm getirmiş ve müdahaleyi Holokost kurbanlarının acılarının bayağlaştırılmasının önlenmesi bağlamında haklı bulmuştur³². STÖ, hayvan kesimine karşı yürüttüğü kampanya için, açlıktan kaburgaları gözükmeye hale gelmiş toplama kampı esiri Yahudilere ait tarihi fotoğraflarla besi çiftliklerinde yetersiz beslenmeden dolayı kaburgaları gözüken hayvan fotoğraflarını aynı karede kolaj haline getiren afişleri yaygınlaştırmıştır. Kampanya afişlerinden birinde ise “Tabağımızdaki Holokost” başlığı altında “Holokost sırasında, 1938 ile 1945 yılları arasında 12 milyon insan öldürüldü. Avrupa’da her saat, insan tüketimi için bu sayıda hayvan katlediliyor” spot metni yer almaktadır³³.

İhlal kararı verilen diğer davalarda ise başvuru sahiplerinin haklı bulunmasının altında, daha çok müdahalelerin “yasa ile düzenlenmiş olma” ve özellikle de “demokratik toplumda gereklilik” ölçütlerinden geçemeyişi yatmaktadır. Takdir marjı doktrini Mahkeme içtihatı için yol gösterici bir unsur olarak karar metinlerinde bolca zikredilse de³⁴, yukarıda yer verilen PETA Deutschland Kararı dışında hiçbir kararda müdahalenin bu hususu yeniden tartışmaya açabilecek nitelikte olmadığı rahatça söylenebilir.

Başvurucu tarafından hapisanede kaleme alınan kitap taslağına el konulmasına dair Sarıgül – Türkiye Kararı’nda söz konusu müdahalenin yasada açıkça bulunmadığı ortaya konarak, diğer ölçütlerin incelenmesine gerek dahi olmadığı vurgulanmıştır³⁵. Sarıgül – Türkiye kararını

31 **Identoba ve diğerleri – Gürcistan**, 73235/12, 12.05.2015. Bağlantı: <https://bit.ly/2shgwjz>.

32 PETA, People for the Ethical Treatment of Animals [Tür. *Hayvanlara Etik Muamele Edenler*]. Dernek 6,5 milyon destekçisiyle, kendini dünyanın en büyük hayvan hakları kuruluşu olarak tanımlamaktadır. Kaynak: <https://www.peta.org/about-peta/>.

33 **PETA Deutschland – Almanya**, 43481/09, 8.11.2012. Bağlantı: <https://bit.ly/2TCfWSD>. Prg.30, 36, 49.

34 **PETA Deutschland**. Prg. 7.

35 Nitekim, takdir marjı en çok da demokratik toplumda gereklilikle ilgilidir. **LEACH**, 2013. s.189.

ihlal sonucuna götüren çözümlenmede, taraf devletin kusuru yasa ile düzenleme unsurunda aranmaktadır.

Benzer fakat daha karmaşık bir bağlamda, Rusya’da “LGBT propagandası”nı suç sayan yasanın yürürlüğe girmesinin ardından haklarında cezaya hükmedilen aktivistlerin başvurusunu konu alan Bayev ve diğerleri – Rusya Kararı’nda Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin içeriğinde bulunan tanımların muğlaklığının hukuken uygulanmaya müsait olmadığına ve ayrıca sırf çoğunluk tarafından tasvip edilmedikleri için genel ahlaka aykırı bulunarak bir azınlığın kimliğinin bastırılmasının ayrımcılık olacağına ve Sözleşme’nin esas amacıyla bağdaşmayacağına hükmetmiştir³⁶. Rusya Federasyonu’nun yasama organı olan Duma’da kabul edilen söz konusu LGBT propagandasını önleme yasası, kişilerin heteroseksüel olmayan cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini ifade etmesi eylemlerini cezalandıran bir düzenlemedir. Mahkeme, yasanın yazılı şekilde mevcut bulunduğunu kabul etmekle birlikte, yasanın uygulandığı anda -nasıl ve kime karşı uygulandığından bağımsız olarak- yani kategorik olarak Sözleşme’nin varlığına aykırı olduğunu şu biçimde ortaya koymuştur:

“Başvuruculara karşı yapılan müdahale küçükler arasında eşcinselliğin ve geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin özendirilmesini yasaklayan ve yasama tarafından kabul edilen düzenlemeye dayanmaktadır. İlgili makamların yasaya uygun davrandığı ortada olmakla birlikte, hukuka aykırılığın esas ortaya çıktığı nokta başvuru sahiplerinin kendisinin ve uygulamasının bizzat müphem ve öngörülemez olduğuna dair iddialarıdır. Nitekim Mahkeme, bu tarz durumlarda yasanın kalitesinin gereklilik unsuru karşısında ikinci sırada geldiğini de kabul etmektedir”³⁷.

“Mahkeme, Hükümetin Rus toplumunun çoğunun eşcinselliği onaylamadığına ve aynı cinsten ilişkileri gücendirici bulduğuna dair iddiasına dikkat etmektedir. Ahlakın meşru zemininin arandığı durumlarda, toplumsal hassasiyetlerin Mahkeme’nin değerlendirmesinde önemli bir rol oynayabildiği doğrudur. Ancak, Sözleşme’nin sağladığı garan-

36 Sarıgül – Türkiye, 28691/05, 23.05.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Ay3FhK>. Prg.48.

37 Bayev ve diğerleri – Rusya, 67667/09, 20.06.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2FdOnBY>. Prg. 63, 69-71.

tilerin esnekliğinin balk desteği uğrunda genişletilmesiyle balk desteği uğrunda bu garantilerin özünün daraltılması arasında önemli bir fark vardır. Sözleşme'nin altında yatan değerlerin, Sözleşme'nin sağladığı haklar kullanılırken bir azınlık grubun, çoğunluk tarafından kabulüne endeksli uygulanacak yaklaşımla uyumlu olmadığı Mahkeme tarafından vurgulanmaktadır. Aksi halde, bir azınlık gruba ait, Sözleşme tarafından şart koşulan din, ifade ve toplanma özgürlükleri uygulanabilir ve etkili olmaktan daha çok yalnızca kuramsal kalır.³⁸

Yukarıdakileri göz önünde tutan Mahkeme, Hükümete ait, ablakın korunması temeline dayanarak LGBT meselelerine ilişkin kamusal tartışmayı düzenleyebilme iddiasını reddeder³⁹.

Müstehcen bulunan tiyatro oyununun resmi makamlarca sahneye konmadan yasaklanmasının tartışıldığı Unifaun Theatre Productions Ltd. ve diğerleri – Malta Kararı'nda Mahkeme, Sarıgül - Türkiye başvurusunda olduğu gibi meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerinin de eksik olduğunu, ancak daha bu kriterlere gelmeden, müdahalenin ilk adım olan yasayla düzenleme ölçütünden geçemediğini belirtmiştir. Ayrıca oyunun metnini denetlemeden ve sansürlemeden sorumlu ulusal makamın temel aldığı mevzuat, başvurusunun erişimine de açık bulunmamaktadır⁴⁰. Burada, yasa ile düzenleme ölçütünün unsurları olan öngörülebilirlik ve ulaşılabilir bir norma sahip olma özelliklerinin ikisinin birden sağlanmadığı tespit edilmiştir.

İkinci olarak ve hatta yasayla düzenlemeden daha şiddetle vurgulanan denetim kriteri ise demokratik toplumda gerekliliktir. Dünyaca ünlü yazar Apollinaire'in *Les onze mille verges* isimli romanını *On Bir Bin Kırbaç* başlığıyla bastıran yayıncı hakkındaki hüküm ve kitabın toplatılmasına ilişkin Akdaş – Türkiye başvurusunda Mahkeme, yazarın ve yazara ait eserin Avrupa Edebiyatı'na mal olmuş birer değer olduğunu ileri sürmüş ve ortak bir Avrupa değerine müdahale söz konusu olduğundan, taraf ülkenin takdir marjından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir⁴¹. Buna göre sözleşmecilerin hepsinin ortak değeri olan bir ede-

38 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 63.

39 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 70.

40 **Bayev ve diğerleri**. Prg. 71.

41 **Unifaun Theatre Productions Ltd. ve diğerleri – Malta**, 37326/13, 15.05.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scgd9Z>. Prg.68-69.

biyat eseri müstehcen de olsa ona karşı yapılan müdahalenin, -orijinal yayınlanışının üzerinden geçen zaman da hesaba katıldığında- demokratik toplumda gerekli olduğu iddia edilemeyecektir⁴².

Üstünde tütün yasaının değiştirilmesiyle ilişkili olarak yolsuzluk iddiaları bulunan bakan hakkında verdiği gensoru önergesi iki kere usulsüz biçimde reddedilince, bakanı kaba bir dille kürsüden eleştiren ve iktidar vekillerine uygunsuz el hareketi gösteren muhalefet vekilinin disiplin cezası almasına dair başvurunun incelendiği 2016 tarihli Szanyi – Macaristan Kararı’nda Mahkeme, usulsüz reddedilen gensoru önergelerine ek olarak verilen disiplin cezasını, başvuruçunun bilgisine açık olmayan, şeffaflıktan uzak ve öngörülemez bir müdahale olarak nitelendirmiştir⁴³. Başvurucu Tibor Jenö Szanyi, müdahalenin gerçekleştiği 2013 yılında dönemin ana muhalefet partisi olan Macaristan Sosyalist Partisi’nden Macaristan Parlamentosu üyesidir⁴⁴. Yukarıda bahsi geçen mevzularda Ulusal Kalkınma Bakanı hakkında biri Mart ayında biri Nisan ayında olmak üzere iki kez gensoru önergesi sunmuştur. İki önerge de Macar Parlamentosu’nun iç tüzüğüne aykırı şekilde reddedilmiştir. Szanyi, gensoruların reddedilmesinin ardından kürsüye çıkarak konuşma yapmış, iktidar vekillerini ve bakanı sert bir üslupla eleştirmiş, “mafya-hükümet”, “yaptığınız ağır hayvanlık”, “ikiyüzlü” gibi Macarca’da aşağılayıcı sayılan veya siyaseten ağır nitelikli ifadeler kullanmıştır⁴⁵. Vekil Szanyi hakkında el hareketleri sebebiyle, para cezası kesilmiştir, Mahkeme verilen cezanın somut gerekçelere dayanmaması ve parlamento usulleri çerçevesinde disiplin işleminin verilisinde kendisinin savunmasının alınmamasını demokratik toplumda ölçülü ve gerekli bir müdahale olarak görmemiştir ve ihlale hüküm getirmiştir⁴⁶. Szanyi’nin muhalefet vekili bir politikacı olması ve o dönem parlamentoda iktidar partisinin üçte ikilik bir çoğunluğa sahip bulunması, ifadenin ağırlığı karşısında ifade özgürlüğüne ağırlık verilmesinde en büyük pay sahibi olmuştur⁴⁷.

42 Akdaş – Türkiye, 41056/04, 16.02.2010. Bağlantı: <https://bit.ly/2C6M6Fv>. Prg.25-29.

43 LEACH, 2013. s.488.

44 Szanyi – Macaristan, 35493/13, 8.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2C75Rg8>. Prg.27.

45 Szanyi. Prg.5.

46 Szanyi. Prg.6-10.

47 Szanyi. Prg.32 ve 46.

Yaklaşan seçimleri siyasi mizah ile eleştirmek için çocuklar tarafından sevilen bir çizgi film karakterinin dilinden yazılan ve müstehcen ifadeler içeren köşe yazılarıyla ilgili verilen mahkumiyete ilişkin Grebneva ve Alisimchik – Rusya başvurusunda Mahkeme, siyasi tartışma ortamına katkı sunmasına rağmen *satirik* eserlere (hiciv) yapılacak müdahalelerin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayacağına hükmetmiştir⁴⁸.

Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği'nin (Kaos GL) süreli olarak yayınladığı ve ilgili sayısında pornografiyi bir dosya konusu olarak ele alan akademik makaleye de yer veren dergi, müstehcenlik dolayısıyla toplatılmıştır. Handyside kararına benzer biçimde toplatılma müdahalesi hakkındaki Kaos GL – Türkiye başvurusunda Mahkeme, yasayla düzenlenmiş olmasına ve meşru bir amaca sahip olmasına rağmen derginin bir bütün olarak ele alındığında konuyu analitik bir çerçevede incelediğine ve zevk vermeye yönelik pornografik bir amacının olmadığına karar vermiş ve müdahaleyi demokratik toplumda gerekli görmemiştir⁴⁹. Akademik ifadelerin sistemdeki konumu açısından önemli bir aşamadır⁵⁰.

Bir giyim şirketinin İsa ve Meryem karakterine bürünmüş mankenleri kullandığı reklam posterlerinin yasaklanmasına ilişkin Sekmadienis Ltd. – Litvanya başvurusunda Mahkeme, ulusal makamların müdahalenin gerekliliğini açıkça ortaya koymamış olduklarına karar vermiştir. Burada asıl ele alınan başkalarının hakları bağlamında dine hakaret konusu olsa dahi, ulusal makamlar müdahalelerini gerekçelendirirken evrensel etik değerlere atıf yaparak, genel ahlakın korunması üzerinden meşrulaştırmayı denemişlerdir⁵¹.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütü son olarak ise politik eleştiri içeren eylem ve şovlarıyla dünyada da tanınırlık kazanan protest müzik grubu Pussy Riots'ın Rus Ortodoks Kilisesi'nin hükümetle olan ilişkisini eleştirmek için Khrista Spasitelya Katedrali'nde ayın sırasında izinsiz

48 **Szanyi**, Prg.21.

49 **Grebneva ve Alisimchik – Rusya**, 8918/05, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CU09Qr>. Prg.7, 48-49.

50 **Kaos GL – Türkiye**, 4982/07, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CX4K4l>. Prg.59.

51 **GRABENWARTER, Christoph**. *European Convention on Human Rights Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, Münih, Münih, 2014. s.259.

konser vermesinin ardından grup üyelerine yapılan müdahalelere ilişkin 2018 tarihli Mariya Alekhina ve diğeri – Rusya kararında gündeme gelmiştir. Katedraldeki eylemlerinin ardından grup üyeleri tutuklanmış ve “Aşırılıkla Mücadele Kanunu” kapsamında hüküm giymişlerdir. Mahkeme, ilgili kanunun muğlak hükümlerinin varlığını görmekle ve özellikle başvuru sahiplerinin hüküm giydiği holiganlık suçunun uygulamaya elverişsizliği sebebiyle yasayla öngörülebilir olmadığına vurgu yapmakla birlikte, yasanın kapsamının ve sınırlarının genişliğinin başlı başına demokratik toplumdaki gerekliliğini sorgulamış ve başvuru sahiplerinin haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir⁵². Bayev vd. – Rusya kararıyla paralel bir yol izlenmiştir.

AİHM’in ifade özgürlüğünün ahlakın korunması ile çatıştığı kararlardaki güncel içtihatı, Handyside ve Müller ile özetleyebileceğimiz temel içtihadında yer alan “ahlakın ne olduğu” üzerine yapılan ve takdir marjını tartışma masasına koyan içeriğinin aksine daha teknik değerlendirme kriterlerinin yeniden ve yeniden üzerinden geçilmesine yol açmıştır. Bu durum ahlakın korunmasının sınırlarının tartışılarak ileri götürülmesinden ziyade, politik içerikli birçok konunun ahlak potasına atılmasının sonuçlarıyla uğraşmak olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³. İncelenen dönem içinde bu akımın tersi yönünde elde edilen bazı kararlar öne çıkmaktadır. Özellikle Akdaş – Türkiye ve Unifaun Ltd. ve diğeri – Malta başvuruları sanatsal ifadeler için güncel ve yol gösterici kararlardır. Aynı şekilde KAOS GL – Türkiye, Bayev vd. – Rusya ve PETA Deutschland – Almanya kararları akademik veya aktivistlere ait ifadelerle ilgili bir çerçeveye sunmaktadır.

III. Anayasa Mahkemesi İchtihatlarında İfade Özgürlüğünün Ahlakın Korunması Nedeniyle Sınırlandırılması

Bireysel başvuru yolu mümkün kılındığından bu yana ifade özgürlüğü ve ahlakın korunmasının çatıştığı iki başvuru AYM’nin önüne getirilmiştir. İlki 2016 tarihli Korkut Duman Başvurusu’dur. İsveç’te yaşayan Türk vatandaşı Korkut Duman’a ait müstehcen içerikli blog niteliğindeki web sitesi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından

52 **Sekmadienis Ltd – Litvanya**, 69317/14, 30.01.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2Az08j8>. Prg.81.

53 **Mariya Alekhina ve diğeri – Rusya**, 38004/12, 17.07.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scA8FH>. Prg.6-8, 208-210, 228-230, 258-259, 268-269.

engellenmiştir. Ayrıca hakkında müstehcenlikten ceza davası açılmıştır. Başvurucu davadan beraat etmiş, fakat TİB'in engellemesi devam etmiştir. Başvurucu birçok içeriğe "+18" ibaresini konulmuş olmasını ve beraat etmesini dayanak göstererek TİB'in engellemesinin kaldırılmasını talep etmektedir. AYM, sitenin ana girişine bir uyarı koyulmamış olması ve çocuklarla ilgili cinsel görsel içeriklere yer verilmiş olması hususlarını göz önünde tutarak, başvurucu beraat etmiş olsa dahi TİB'in işlemini, idari bir işlem olarak suçun önlenmesine yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulup kabul edilemezliğe hüküm getirmiştir⁵⁴.

Diğer başvuru ise 2017 tarihli İrfan Sancı Başvurusu'dur. Akademik yayınlarıyla da tanınan Sel Yayınları'nın editörü olan başvurucu, William S. Burroughs'a ait "Yumuşak Makine" isimli çeviri romanın müstehcen içeriği nedeniyle beraat yerine aldığı denetimli serbestlik tedbirinin ifade özgürlüğü ihlali olduğunu iddia etmektedir⁵⁵. Mahkeme, kitabın edebi değerinin gerek Koruma Kurulunca, gerek Başsavcılıkca kabul ediliyor olmasını referans alarak; kitabın yazılış tarzı ve okunuşunun zorluğu nedeniyle küçüklerin tüketimine açık olmayacağına ulaşıldığını, bu nedenle müstehcen unsurlar içermesine rağmen sanatsal değer taşıması sebebiyle yasaklanmayacağına belirtmiş ve ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir⁵⁶.

Hala yeni sayılabilecek AYM bireysel başvuru mekanizmasında, ifade özgürlüğünün ahlakın korunması nedeniyle sınırlandırılmasına ilişkin bir standardın oluştuğunu söylemek için henüz erken olacaktır⁵⁷. Zira İrfan Sancı başvurusu dışında kabul edilebilir bulunup detaylı incelenen bir vaka Mahkeme önüne getirilmemiştir. Ancak bu dar materyalle, AYM'nin Handyside, Müller ve özellikle de Akdaş kararlarına yapılan atıflarla AİHM'nin içtihadını takip ettiği ve ona uyum sağladığı söylenebilir⁵⁸.

54 **KARAN**, 2013. s.362-363.

55 **Korkut Duman Başvurusu**, B. 2013/7896, T. 20.04.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2sb9mNW>.

56 **İrfan Sancı Başvurusu**, B. 2014/20168, T. 26.10.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Rzullr>, 2017. Prg.8-10, 37.

57 **İrfan Sancı Başvurusu**. Prg.49-68.

58 **KARAN, Ulaş. İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**, Ankara, 2018. s.21-25.

Sonuç Yerine: Ahlak Davalarında Ortak Zemin Sorunu

AIHM'in ahlak davalarında izlediği temel içtihat burada yeniden incelenmeli ve takdir marjı doktrinin güncel bağlamda nereye oturduğu yeniden tespit edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ahlak davalarında takdir marjı tartışması giderek sönümlenmiş, yerini daha teknik hususların incelenmesine bırakmıştır.

Takdir marjı doktrini genel olarak uluslararası hukukta ortaya çıkmış ve AIHS'nin yorumuna incelemelerin ilk dönemlerinden itibaren dahil olmuştur. Bu kavram sadece ifade özgürlüğü için değil, ifade özgürlüğü ile yakın ilişki içinde olan örgütlenme/toplantı özgürlüğü davalarında da özellikle ölçülülük kriteri üzerinden önemli bir konum kazanmıştır⁵⁹. Takdir marjının gündeme getirilmesindeki temel amaç, taraf devletlerin bağlanma rızasına bağlı bu ince buz tabakasında Avrupa toplumunun, Sözleşme'nin getirdiği korumadan faydalanabilmesini sağlamak olarak açıklanmıştır. Zira bireylere getirilen hukuki korumanın ve mahkemenin üstlendiği gözetim işlevinin diri kalabilmesi için devletlerin egemenlik alanına serbestlik tanınması sözleşme ilişkinin doğası gereği de anlaşılabilir⁶⁰.

Takdir marjının devreye girmesinin egemenlik sorunundan daha somut/pratik diğer bir sebebi ise Mahkemenin belirli konularda Avrupa çapında bir ortak zemin (konsensüs) bulunmadığına dair tespitidir. Ortak zeminin yokluğunun en çok vurgulandığı ve takdir marjının en geniş tutulduğu konu ise genel ahlaka karşı ifadelere yönelik müdahalelerin görüldüğü davalardır⁶¹. Mahkeme özellikle gazetecilere ve siyasetçilere ait ifadelerde takdir marjı makasını son derece dar tutar ve ifade özgürlüğünü bu bireylerin lehine yorumlarken, yargı organına yönelen ifadelerde makası açarak devletlere önemli bir alan bırakmakta ve hakkın kullanımını daraltmakta; ahlak söz konusu olduğunda ise makası olabildiğince açmaktadır⁶². Belirtmek gerekir ki, nefret söylemi konusunda da gazetecilik ve siyasetteki gibi dar bir sınır çizmektedir. Sözleşmeciler devletlerin en geniş yetkiye sahip oldukları ifade türü

59 İrfan Sancı Başvurusu. Prg.29-35.

60 LEACH. 2013. s.189.

61 BAKIRCIOĞLU. 2007. s.731.

62 GRABENWARTER. 2014. s. 290-291.

ise ahlaka karşı ifadeler olmaktadır. Bu durum Mahkeme tarafından, “rencide edici, nahos ve şok edici ifadelerin de özgürlük kapsamında korunuyor olmasına” rağmen ahlak kavramına dair Avrupa toplumları arasında bir konsensüs olmayışının tespitine dayandırılmaktadır⁶³.

Takdir marjının bu biçimde geniş bir skalada değerlendirilmesinin devletler lehine bir keyfiyet getirdiği ve Mahkemenin denetleyici rolünün aşındığı eleştirileri literatürde sıkça dile getirilmektedir⁶⁴. Ahlak davalarında geniş tutulmasına dayanılarak takdir marjı kavramının toptan reddinin sözleşme düzeniyle getirilen koruma mekanizmalarına zarar verici olabileceği karşı eleştirisi de yapılmıştır. Özellikle Doğu Bloku'nun yıkılmasıyla Konsey sistemine eklenen ülkelerle birlikte, takdir marjının hakların korunması açısından dengeleyici ve içerici bir araç olduğu da bu karşı eleştiriye eklenmiş ve en azından literatürde bir ara formül aranmaya çalışılmıştır⁶⁵. Fakat son yıllarda Mahkemenin incelemesine giren on bir davanın dokuzu Doğu Avrupa ve Avrasya devletlerine (üç Türkiye, üç Rusya, bir Litvanya, bir Macaristan, bir Gürcistan) karşı yapılmış başvurulardır. Bu, takdir marjı konusunda bağdaştırıcı bir tutum alınması gerektiğini savunanları haklı çıkartan bir tablodur. Nitekim yukarıda da kısmen belirtildiği üzere 1980'lerden 2000'li yıllara kadar takdir marjı ve demokratik toplumda gereklilik çevresinde gelişen tartışmalar güncel dönemde (coğrafyanın da etkisiyle) yasayla düzenleme ölçütü gibi daha temel ve birincil unsurlara kaymıştır. Bu durum kararlarda takdir marjı tartışmalarının daha az yapıldığı sonucunu doğursa da tartışmanın sonlanmayacağını ve evrimin devam ettiğini göstermektedir.

63 RAINY, WICKS ve OVEY. 2014. s. 456.

64 Handyside. Prg.48.

65 BAKIRCIOĞLU. s.717.

KAYNAKÇA

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Akdaş – Türkiye, 41056/04, 16.02.2010. Bağlantı: <https://bit.ly/2C6M6Fv>

Bayev ve diğerleri – Rusya, 67667/09, 20.06.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2FdOnBY>

Grebneva ve Alisimchik – Rusya, 8918/05, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CU09Qr>

Handyside – Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976. Bağlantı: <https://bit.ly/2wJr-mku>

Handyside – Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976. (Türkçe çeviri versiyonu), (Çev. Osman DOĞRU). Bağlantı:

Identoba ve diğerleri – Gürcistan, 73235/12, 12.05.2015. Bağlantı: <https://bit.ly/2shgwjz>

Kaos GL – Türkiye, 4982/07, 22.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2CX4K4l>

Mariya Alekhina ve diğerleri – Rusya, 38004/12, 17.07.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scA8FH>

Müller ve diğerleri – İsviçre, 10737/84, 24.5.1988. Bağlantı: <https://bit.ly/2LU-ALGG>

PETA Deutschland – Almanya, 43481/09, 8.11.2012. Bağlantı: <https://bit.ly/2T-CFwsD>

Sarıgül – Türkiye, 28691/05, 23.05.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2Ay3FhK>

Sekmadienis Ltd – Litvanya, 69317/14, 30.01.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2Az08j8>

Szanyi – Macaristan, 35493/13, 8.11.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2C75Rg8>

Unifaun Theatre Productions Ltd ve diğerleri – Malta, 37326/13, 15.05.2018. Bağlantı: <https://bit.ly/2scgd9Z>

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

İrfan Sancı Başvurusu, B. 2014/20168, T. 26.10.2017. Bağlantı: <https://bit.ly/2R-zullr>

Korkut Duman Başvurusu, B. 2013/7896, T. 20.04.2016. Bağlantı: <https://bit.ly/2sb9mNW>

Elektronik kaynaklar

Kelly, Jen. “Scandalous schoolbook banned in several countries became a hit in Australia”. news.com.au. Bağlantı: <https://bit.ly/2slwA4d> (Son erişim tarihi: 6.1.2019)

McSmith, Andy. “The Little Red Schoolbook: A handbook for under-age revolution?”. Independent. Bağlantı: <https://ind.pn/2sbF8dx> (Son erişim tarihi: 6.1.2019)

PETA resmi internet sitesi, “about” sayfası. Bağlantı: <https://bit.ly/2hQD9tH> (Son erişim tarihi: 7.1.2019)

Kitap, kitap bölümleri ve makaleler

ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan, Ankara, 2014.

AUSTIN John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, (Çev. Ülker YÜKSELBABA, Saim ÜYE, Umut KOLOŞ), Tekin, İstanbul, 2014.

BAKIRCIOĞLU Önder, “The Application of the Margin of Appriciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, C.08, S.07. 2007. ss.711-733.

DAŇKOVÁ Michaela, *Art Speech in the Case Law of the European Court of Human Rights*, (Tez), Masaryk University, Brno, 2018.

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, *İdare Hukuku*,. 4.Baskı. Der, İstanbul, 2011.

GRABENWARTER Christoph, *European Convention on Human Rights Commentary*, C.H.Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, Münih, 2014.

HARRIS D.J., O’BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Çev. Mehveş Bingöllü KILCI ve Ulaş KARAN), Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

HART H.L.A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, *HLA Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, (Der. Sercan GÜLER), (Çev. Ertuğrul UZUN), Tekin, İstanbul, 2015. ss. 101-152.

KARAN Ulaş, “Bölüm IX: İfade Özgürlüğü Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Der. Sibel İNCEOĞLU), 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013. ss. 355-380.

KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

KORKMAZ Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin, Ankara, 2014.

LEACH Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2017.

OKAN TEKİNSOY Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha, İstanbul, 2011.

RAINEY Bernadette, WICKS Elizabeth ve OVEY Clare, *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, 6.bası, Oxford University Press, 2014.

TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2011.

ÇOCUK CEZA ADALETİNDE İNFAZ SORUNLARI*

Cansu Selmin Demir**

Özet

Çocuk ceza adaleti başlığı altında ele alınabilecek infaz hukuku sorunları; tutukluluk, hapis cezası, denetimli serbestlik, alternatif tedbirler, güvenlik tedbirleri, koruyucu destekleyici tedbirler gibi uygulamaları kapsamaktadır. Bu çalışmada, çocukların hapsedilmesinden doğan sorunlar ve hak ihlalleri esas alınmıştır. Özgürlüğünden yoksun bırakıcı tedbir ve cezaların bir çocuk için en çare olması ve çocukların yaş küçüklüğünden kaynaklanan ihtiyaçlarının dikkate alınması gerekliliği, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile kabul edilen ilkelerdir. Türkiye’de, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların tabii olduğu mevzuat ve uygulamalar, çocuk haklarının temel ilkelerine aykırılık teşkil etmekte, çocukların farklı hak ihlallerine maruz kalmalarına neden olmaktadır. Çocukların, tutuklanmaları ya da hapis cezasına mahkûm edilmeleri, onların yeniden suça sürüklenmelerini önlememektedir. Çocuk haklarının temini için, hak ihlaline neden olan yasa hükümlerinin değiştirilmesi ve çocukların üstün menfaatlerini koruyacak uygulamaların meslek elamanlarınca hayata geçirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Adalet Sistemi, Çocuk Ceza Hukuku, Çocuk Hakları, Suça Sürüklenen Çocuk, Tutukluluk

EXECUTION ISSUES IN JUVENILE JUSTICE

Abstract

The problems related to law on criminal execution that can be considered under the title of juvenile justice, cover many applications such

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 16/02/2019. İlk hakem raporu tarihi: 18/03/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 26/03/2019.

** Öğretim Görevlisi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cansu.demir@ozyegin.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5485-8569.

as detention, imprisonment, probation, alternative measures, security measures, protective support measures. In this study, problems arising from the imprisonment of children and violation of their rights are taken as the basis. Application of the punishments and measures, which causes deprivation of the liberty, as the last resort for children; and the necessity of taking into account the needs of children due to age, are the principles which are adopted by the United Nations Convention on the Rights of the Child. The legislation and practices in Turkey, which the children, who have been deprived from their liberty, are subjected; are contrary to the basic principles of children's rights and causes children to be subjected to different rights violations. Arresting or imprisoning children does not prevent them from being driven into crime again and does not provide an opportunity for them to be socialize. In order to ensure the rights of the child, it is necessary to change the provisions of the law that violate the rights and to ensure that the practices which will protect the children's best interests are implemented by the professional staff.

Keywords: Juvenile Justice System, Juvenile Criminal Law, Children's Rights, Juvenile Delinquency, Arrest

Giriş

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 yılında kabul edilen, Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (BMÇHS) 1'inci maddesi; uygulanacak kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşın altındaki her insanı çocuk olarak kabul eder. Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi Hakkında Asgari Standart Kuralların (Pekin Kuralları) 2'nci maddesine göre; çocuk, mevcut hukuk sistemi içerisinde işleyebileceği bir suçtan ötürü, kendisine büyük insanlardan farklı davranılması gereken kişidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde, çocuk, on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanır. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yer alan çocuk tanımına göre ise evlilikle ya da mahkeme kararıyla daha erken yaşta reşit olsa dahi 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

BMÇHS, temel insan haklarının çocuklar için de geçerli olduğunu öngörmekle birlikte, gelişmekte olan bireyler olmaları nedeniyle çocukların refahını ve gelişimini koruyan hakları da düzenlemiştir. BMÇHS'de, korumacı yaklaşım ile özgürlükçü yaklaşım birbirini tamamlayarak çocuk haklarının temini için hayat bulmuştur¹.

BMÇHS'nin 40'inci maddesi uyarınca, taraf devletler, ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının, toplumda yapıcı rol üstlenmesinin önemini göz önünde bulundurarak, saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul eder. Çocuklara özgü bir ceza adalet sistemini işaret eden bu hak, çocukları ilgilendiren işlem ve kararlarda, çocukların üstün menfaatlerinin ve ayrımcılık yasağının dikkate alınmasını, yaşama, katılım, gelişim ve korunma haklarının temin edilmesini, çocuğa hizmet verecek kurum ve kişilerin çocuk alanına özgü ve bu alanda uzmanlaşmış olmasını da zorunlu kılar.

Çocukların, bedensel ve psikolojik gelişimleri ile duygusal ve eğitimsel ihtiyaçları açısından yetişkinlerden farklı olmaları, bir suç ile ilişkilendiklerinde yetişkinlere kıyasla daha az kusurlu olmalarının temelini oluşturur². Çocuk adalet sisteminin esaslarına göre, insani gelişiminin henüz erken aşamasında olan çocuğa, yetişkin gibi davranmak ve işlediği suçun sorumluluğunu tümüyle kendisine yüklemek yanlıştır. Çocuk adaletinin amacı, çocuğu cezalandırmaktan çok eğitmek olmalıdır. Çocukla ilgili karar, çocuğun özel koşulları ve ihtiyaçları esas alınarak verilmelidir. Çocuk adalet sistemi, yetişkinlerin tabii olduğu katı, karmaşık, cezalandırıcı ve şekilci işlemlerden uzak durmalıdır³. Çocuğun üstün menfaat ilkesi gereği, uygulayıcı konumunda olan hakimler, ço-

-
- 1 Atılğan Aydın/ Ümit Atılğan Eylem, *Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi (Rapor)*, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayınları, Ankara 2009, s. 23; Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2. Basım, İstanbul 2005, s.6
 - 2 BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 02.02.2007 tarihli 10 Numaralı Genel Yorum'un 10'uncu maddesi, Çevrimiçi: <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/BMCHK-Genel-Yorum-10-Ceza-Adaleti-Sistemi.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2019)
 - 3 Uluğtekin Sevdâ, *Çocuk Mahkemeleri Ve Sosyal İnceleme Raporları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s. 6

çuğun yararına ve zararına sonuçlanacak tüm sonuçları göz önüne alarak karar vermeli ve uygulamalıdır⁴.

BMÇHS, özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğun insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılması gerektiğini düzenlemiştir. BMÇHS'nin 37/b. maddesi uyarınca, taraf devletler, suçta sürüklenen çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı ceza ve tedbirlere en son çare olarak başvurma yükümlülüğü altındadır. Bu uygulamanın olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulması ve eğitim esaslı kurumlarda, yetişkinlerden ayrı bir şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Amacı, korunma ihtiyacı olan ve suçta sürüklenen çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması hakkındaki usul ve esasları düzenlemek olan ÇKK'nın 4'üncü maddesi ile BMÇHS'de kabul edilen ilkeler benimsenmiş, bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının en son çare olması ilkesi de maddenin i bendi ile güvence altına alınmıştır.

Adalet Bakanlığının verilerine göre, 2017 yılında hakkında dava açılan çocuk sayısı 120.786; çocuk nüfusunda her 100.000 kişideki suçta sürüklenen çocuk sayısı ise 1.608'dir⁵. 2017'de mahkûmiyet kararlarının %31.1'ine denk düşecek şekilde 11.264 çocuk hakkında Çocuk ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerince hapis cezası kararı verilmiş ancak ceza davası açılan 120.786 çocuğun kaçı hakkında tutuklanma kararı verildiği bilgisi adli istatistik verilerinde açıklanmamıştır. Ceza Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, en son 02.10.2017 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarında 1003'ü hükümlü, 1.825'i tutuklu olmak üzere, 12 – 17 yaşları arasındaki 2.828 çocuğun özgürlüğünden yoksun bir şekilde tutulduğunu açıklamıştır⁶.

4 Akyüz Emine, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, MilliEğitim Basımevi, 1. Baskı, Ankara 2000, s.7

5 Adli İstatistikler 2017, Tablo 2.1-3 Çocuk Nüfusunda Her 100 000 Kişideki Çocuk Sanık Sayısı, TÜRKİYE (2010-2017) Çevrimiçi: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2019)

6 Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Yıllara Göre Dağılım, Çevrimiçi: http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/istatistikler/yeni_yillar.asp (Erişim tarihi: 09.01.2019)

1. Çocuk Hakları Bağlamında Tutukluluk

Tutuklama, kısa süreli hapis cezasının tüm olumsuzluklarını içermektedir. Kural olarak tutuklamanın eğitici bir yapısından ve etkisinden söz edilemez⁷. Suça sürüklenen bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması her ne kadar uluslararası ve ulusal mevzuat ile son çare olarak kabul edilmiş olsa da yukarıda açıklanan veriler, tutuklu yargılanmaları nedeniyle infaz kurumlarında bulunan çok sayıda çocuk olduğunu ortaya koymaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Türkiye'ye karşı açılan pek çok davada, çocukların tutukluluğu karşısındaki endişesini ifade etmiş ve AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen *"Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir"* hükmünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir⁸. Mahkeme, Bilal Doğan/Türkiye kararında, yaşının küçüklüğüne yargılama esnasında dikkat çekilen başvuru hakkındaki tutukluluk kararlarının incelenmesi sırasında, hakimlerin başvuranın yaşını gerektiği gibi dikkate aldıklarını düşündürecek hiçbir olguya rastlanmadığını belirtmiş; dokuz aydan fazla bir süre boyunca tutukluluk halinin devamına ilişkin verilen kararlarda, başvuruçunun yaşının dikkate alınmamasının, tek başına dahi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli olduğu kanısına varmıştır⁹.

Anayasa Mahkemesi, Furkan Omurtag kararında, çocuk adalet sistemine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuktaki düzenlemelere değindikten

7 Heinz Wolfgang, *Genç Ceza Hukukuna İlişkin Yaptırım Uygulaması – Eyaletler Bakımından Karşılaştırma*, Çev: Şimşek Oğuz, Ed: Ünver Yener, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (4) Çocuklar ve Suç-Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.319

8 Selçuk/Türkiye, Başvuru No: 21768/02, §§ 26-37, Karar Tarihi: 10.01.2006; Nart/Türkiye, No: 20817/04, §§ 28-35, 6.05.2008; Taşçı ve Demir/Türkiye, No: 3623/10, §§ 30-37, 03.05.2012; Fikri Yakar/Türkiye, No: 23639/10, §§ 41-48, 22.05.2012.

9 Bilal Doğan/Türkiye, Başvuru No: 28053/10, Karar Tarihi: 27.11.2012. Çevrimiçi: <http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/bilaldogan.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2019)

sonra çocuk tutukluluğuna ilişkin ilkeleri ortaya koymuştur. Mahkeme, karara konu olayda, hırsızlık suçu ile yargılanan başvurucunun tutuklama kararında çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediğini, tutuklama dışındaki diğer tedbirlerin yetersizliğinden bahsederken başvurucunun yaşının dikkate alınmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, çocuk hakkındaki tutuklamanın çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda mümkün olduğu dikkate alındığında hırsızlığa teşebbüsün ne denli ciddi bir suç olduğu somut olayda ortaya konamamıştır. Karar ile yaptırımının ağırlığı açısından tutuklamanın ölçülü olduğunun söylenemeyeceği, bu nedenle de tutukluluğun hukuki olmadığına ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğu, Anayasa'nın 19. maddesinin 3. fıkrası ile güvencelenen kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir¹⁰.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği tarafından çocuk adalet sistemi ile ilgili uluslararası standartları ve Avrupa standartlarını tespit etmeyi ve bu standartların nasıl uygulandığına dair örnekleri ortaya koymayı hedefleyen Çocuklar ve Çocuk Adalet Sistemini İyileştirmeye Yönelik Öneriler başlıklı raporda, Avrupa'da çok sayıda tutuklu çocuk bulunduğu, bu çocukların sayısının pek çok ülkede arttığı ve oldukça karmaşık nedenleri olan çocuk tutukluluğunun siyasi bir hedef olarak belirlenmedikçe kendiliğinden azalmayacağı belirtilmiştir. Raporda, alternatif tedbirlerin sınırlı olduğu hukuk düzenlerinde tutukluluğun son tedbir olarak görülemeyeceği, alternatif yaptırımların bulunmaması halinde çok hızlı bir biçimde tutuklama kararı verildiği tespiti yer almaktadır¹¹. Türkiye'de de tutuklamaya alternatif tedbirlerin azlığı ve var olan tedbirlerin uygulamalarında yaşanan eksiklikler ve sorunlar, tutuklamanın son çare olması ilkesinin bir kenara bırakılarak çok sayıda çocuk için tutuklama kararı verilmesine neden olmaktadır. Tutukluluk kararı verilebilmesi için tartışılması ve yetersiz kalacağına hukuki ve fiili nedenlerle açıklanması gereken adli kontrol uygulaması, ÇKK'nin 20'nci maddesi uyarınca, çocuklar için daha geniş düzenlenmiştir. Buna

10 Başvuru No:2014/18179, Karar Tarihi: 25.10.2017. Çevrimiçi: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfa-lar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2014-18179.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2019)

11 Anayasa Mahkemesi, Furkan Omurtag Kararı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, *Çocuklar ve Çocuk Adalet Sistemini İyileştirmeye Yönelik Öneriler*, Strasbourg, 19 Haziran 2009, Çevrimiçi: <https://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/uploads/pages/cocuk-haklari/cocuk-adalet-sistemi.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2019)

rağmen uygulamada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109'uncu maddesi esas alınarak tutuklama kararları verildiği görülmektedir. Çocuğun yargılanması ve özgürlüğünden yoksun bırakılmasının en son çare olarak başvurabilmesini güvence altına almak için alternatif tedbirleri içerir etkili seçeneklerin mevcut olması gerekmektedir. AIHM, Agit Demir/Türkiye kararında, 13 yaşındaki başvuru hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ancak son çare olarak başvurulabilecek bir yöntem olarak öngörülüşken, diğer tedbirler değerlendirilmeden doğrudan bu tür tedbirlere başvurulmasını Sözleşme'nin 5'inci maddesinde düzenlenen özgürlük hakkının ihlali anlamına geldiğini kabul etmiştir¹².

Tutuklama nedenlerinden tutuklama sürelerine kadar, tutukluluğa ilişkin düzenlemelerde, yetişkinler için getirilen kuralların dışında çocuklara özgü uygulamaların olmadığı görülmektedir. Bu sorunların karşısında çocuk adalet sisteminin temel ilkeleri esas alınarak geliştirilebilecek çözüm önerilerinin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

CMK'nın tutuklama nedenlerini düzenleyen 100'üncü maddesi ve devamındaki maddelerde, çocuklar için ayrı bir düzenlemenin olmadığı, yetişkinler için sıralanan hükümlerin çocuklar için de geçerli olduğu görülmektedir. Bu aşamada yaşanan sorunlardan biri, soruşturma aşamasında tutuklama kararının, yetişkin hukuk sisteminin bir ögesi olan ve çocuk hukukunda uzmanlığı bulunmayan sulh ceza hâkimliklerince çocuk hakkında sosyal inceleme yapılmadan verilmesi ve tutukluluk kararlarına itirazın da yine sulh ceza hakimliklerince incelenmesidir.

CMK'nın 102'nci maddesinde yer alan tutuklulukta geçecek süre düzenlemesinde de çocuklar için ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar ÇKK, çocuk haklarının korunması amacıyla süratli usul izlenmesi gerektiğini temel ilke olarak benimsemişse de mevcut yargılama süresinin uzunluğu dikkate alındığında, özel olarak çocuklar için asgari tutukluk sürelerin belirlenmesi gerekliliği açıktır. Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Komitesi, BMÇHS Çocuk Ceza Adaletinde Çocuk Hakları başlıklı 10 Numaralı Genel Yorum'unda, taraf devletlerin, çocuklara yönelik suçlamalara ilişkin nihai kararlarını 6 aydan fazla geciktirmemeleri için gerekli yasal önemleri alması gerektiği vurgulanmıştır.

12 Agit Demir/Türkiye, Başvuru No: 36475/10, Karar Tarihi: 27.02.2018, Çevrimiçi: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/agit-demir-turkiye> (Erişim tarihi: 10.01.2019)

Bununla birlikte CMK'nın 108'inci maddesi uyarınca, çocuklar, tutukluluk incelenmesinde de yetişkinlerin tabii olduğu 30 günlük genel uygulamaya tabiidirler. 10 Numaralı Genel Yorum'a göre, tutukluluğun, yargılama öncesinde iki haftada bir olmak üzere düzenli biçimde gözden geçirilmesi için katı yasal önlemler alınması tavsiye edilmiştir¹³.

ÇKK'nın 21'inci maddesi ile getirilen tutuklama yasağı, 15 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı 5 yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceğini hükme bağlasa da bu düzenleme çocuk tutukluluğu sorununun çözümünde yetersiz kalmaktadır. Buradaki yaş sınırınının 18'e çekilmesi ve/veya üst sınıra bakılmaksızın tüm fiiller bakımından kabul edilmesi gerekmektedir.

2. İnfaz Kurumları

Çocuk adaletinde ceza, kendi başına bir amaç olamaz, aksine eğitici müdahaleye ilişkin bir araçtır¹⁴. Suça sürüklenen çocuklara özgülünen infaz kurumları, yetişkin infaz kurumlarına kıyasla eğitim ve yeniden sosyalleştirme programlarının sunulmasına elverişli olmalıdır. Bu kurumlarda verilen eğitim, çocuğun yaşamını düzeltmeyi değil çocuğu yaşama hazırlamayı amaçlar¹⁵.

BM Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallar, kurumlara yerleştirilen çocukların eğitim ve iyileştirmelerinin amacının, onların toplumda yapıcı ve üretken roller üstlenmelerine yardımcı olmak için, bakım, koruma, eğitim ve mesleki beceriler elde edebilmelerini sağlamak olduğunu söyler. Bu kurallara göre, kurumlarda çocuklara, yaşları, cinsiyetleri ve kişilikleri itibarıyla gerekebilecek ve tamamen gelişmelerinin yararına olabilecek sosyal, kültürel, mesleki, psikolojik, tıbbi ve fiziki yardım sağlanması gerekmektedir.

Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları), çocuklar için minimum

13 BMÇHS Çocuk Ceza Adaletinde Çocuk Hakları başlıklı 10 Numaralı Genel Yorumu Madde 83 <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/BMCHK-Genel-Yorum-10-Ceza-Adaleti-Sistemi.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2019)

14 Heinz Wolfgang, *Genç Ceza Hukukuna İlişkin Yaptırım Uygulanması – Eyaletler Bakımından Karşılaştırma*, Çev: Şimşek Oğuz, Ed: Ünver Yener, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (4) Çocuklar ve Suç-Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.308

15 Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4.baskı, Ankara 2015, s.419

seviyede güvenlik tedbirlerinin alındığı ya da hiç alınmadığı açık tutma kurumlarının kurulması ve çocuğun toplumsal, ekonomik ve kültürel çevre ile bütünleşmesi gerektiğini söyler. Buna göre, kurumlardaki çocukların sayısı da bireysel muamele yapılmasına imkân verecek şekilde asgari sayıda tutulmalıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Rec (2006) 2 sayılı Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Tavsiye Kararına Ek'in çocuklarla ilgili maddelerinde, 18 yaşın altındaki çocukların yetişkinlere ait cezaevlerinde değil, özel olarak bu amaca tahsis edilmiş kurumlarda tutulması gerektiği belirtilmektedir. 18 yaşından küçük çocukların yetişkinlere ait bir cezaevinde tutulduğu istisnai hallerde, kurumdaki çocukların, tüm mahpuslara sunulan hizmetlere ek olarak toplum içindeki çocuklara sunulan sosyal, psikolojik ve eğitsel hizmetlere, dini korunmaya, eğlenceli programlara veya bunlara denk hizmetlere erişimlerinin sağlanması gerekir¹⁶.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'una (CGTİHK) göre, hükümlü çocuklar, firara karşı engeli bulunmayan, gündüz dışarı çıkarak okula ya da işe gidebildikleri, eğitim, meslek edinme ve toplumla yeniden bütünleşme amaçlarının gözetildiği, aileleri ile daha rahat iletişim ve görüşme imkanlarının bulunduğu örneğin ücretli kurum telefonları ile haberleşebildikleri, açık görüş hakkından faydalanabildikleri, yılda 4 kez özel izin alarak 3 güne kadar kurum dışına çıkabildikleri çocuk eğitim evlerinde kalabilmektedir.

CGTİHK'nın 15'inci maddesine göre bir çocuğun eğitim evinde tutulabilmesi için hakkında tutuklama kararı bulunmaması gerekmektedir. Kanun'un 46/8'inci maddesinde sıralanan eylemleri işleyen çocuk hükümlüler hakkında da çocuğun, eyleminin nitelik ve ağırlığına göre çocuk kapalı ceza infaz kurumlarına, bu kurumların bulunmadığı hâllerde ise kapalı ceza infaz kurumlarının çocuklara ayrılan bölümlerine altı ay süre ile iadesine ilişkin disiplin cezası uygulanmaktadır. Tutuklu yargılanan ve disiplin nedeniyle kapalı kuruma iade edilen çocukların yanı sıra, çocuk yargılamasındaki sürelerin uzunluğu, çocuk hakkında verilen hapis cezasının infaz edilemeden çocukların 18 yaşını doldur-

16 Çevrimiçi: www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye_kararlari.doc (Erişim Tarihi: 07.01.2019)

ması, bu nedenle de çocuk eğitim evine gidememesi sonucunu doğurmaktadır. Anılan nedenler, çocuk eğitim evlerinin amacına uygun bir şekilde adli sisteme girmiş çocuklara hizmet vermesini engellemektedir. Bununla birlikte çocuk eğitim evlerinin sayısı sınırlı olduğundan çocuk hükümlüler, bulunduğu illerden farklı olan yerlerdeki eğitim evlerine nakledilmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından hazırlanan ve Eylül 2018'de yayınlanan İzmir Çocuk Ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporunda, bu kurumda bulunan çocukların hükümleri kesinleştikten sonra İstanbul ve Ankara illerindeki eğitim evlerine nakledildiği, bunun da pek çok sorunu beraberinde getirdiği ifade edilmiştir. Çocuk hükümlülerin, söz konusu eğitim evlerinde imkanların yetersizliğinden ve farklı bölgelerden gelen hükümlülerle kültür çatışması yaşadıklarından sıklıkla firara yöneldikleri, kısır bir döngüye sebep olan bu durumun çocuk eğitim evlerinin yeterli sayıda olacak şekilde yaygınlaştırılması, imkânlarının iyileştirilmesi ile giderilebileceği değerlendirilmektedir¹⁷.

Hükümlü çocuklar eğitim evinde tutulurken, sayıca çok daha fazla olan, cezaları henüz kesinleşmemiş tutuklu ve hüküm özlü çocuklar, CGTİHK'nın 11'inci maddesine göre çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında tutulmaktadır. Bu kurumlar, eğitim evine kıyasla, aile ile görüşme şartlarından eğitim hakkından faydalanma imkanlarına kadar pek çok alanda çocuklar için hak kısıtlaması getirmektedir. Aynı hükme göre çocuklara özgü kapalı kurumların bulunmadığı hallerde, çocuklar yetişkinlerin kaldığı kapalı ceza infaz kurumlarının kendilerine ayrılan bölümlerine kapatılmaktadır. Çocuklara özgülenmiş infaz kurumları olmaması ya da kapasitelerinin dolmuş olması nedeniyle, tutuklu çocukların büyük bir kısmı, yetişkin hapisanelerinin çocuk koğuşlarında kalmaktadır¹⁸.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 07.02.2018 tarihli toplantısında kabul edilen Maltepe

17 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 2018/94 sayılı kararı ile oybirliğiyle kabul edilen 2018/12 sayılı *İzmir Çocuk Ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu*, Eylül 2018, Çevrimiçi: <https://www.tihk.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/2018-12.pdf> (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

18 Çevrimiçi: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/861020/Buyuklerle_yan_yana.html (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

2 No'lu L Tipi inceleme raporunda, Maltepe Ceza İnfaz Kurumları Kampüsünde Çocuk ve Gençlik Ceza İnfaz Kurumu olmasına karşılık, burada yer olmadığı için 2 No'lu L Tipi Ceza İnfaz Kurumunun bir bölümünün çocuklara ayrıldığı, inceleme tarihinde burada kalan çocuk mahpus sayısının 258 gibi oldukça yüksek bir sayı olduğu, inceleme sonrası da bu sayının sürekli arttığı belirtilmiştir. 2 No'lu L Tipi Ceza İnfaz Kurumunun çocuklar için sağladığı fiziksel imkânların çeşitli projelerle iyileştirildiğini ancak bu imkânların ödül çerçevesinde kullanıldığı ve çocuk sayısının fazlalığı düşünüldüğünde çocuk cezaevleri ve eğitim evlerine kıyasla buradaki şartların yetersiz olduğu ve personel sayısının ihtiyaca karşılık gelmediği değerlendirilmiştir. Raporunda, cezaevi idaresi elinden gelenin en iyisini yapsa dahi evrensel prensiplere uygun olarak çocukların topluma kazandırılması amacıyla imkânların yenilenmesi veyahut yeni çocuk cezaevi/eğitimevi inşa edilmesi gerektiği tespit edilmiştir¹⁹. Yine TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu tarafından hazırlanan 08.11.2017 tarihli Muğla Açık ve E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporunda, Muğla E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda barındırılan az sayıdaki çocuk için yeterli eğitsel, sosyal, kültürel ve sportif faaliyetlerin sağlanamadığı bu nedenle, çocukların, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinin yoğun olduğu, tutuklu çocuklara yaklaşım konusunda eğitim almış personelin ve sivil memurların görev yaptığı ceza infaz kurumlarına nakledilmelerinin yerinde olacağı değerlendirilmiştir²⁰.

Anılan raporlarda, kapalı ceza infaz kurumları, personel ve etkinlik bakımından değerlendirilmiş olsa da çocuk adalet sisteminin temellerinden biri olan çocukların yetişkinlerden ayrı yerde tutulması ilkesinin dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır. Bu kurumlar, çocukların yetişkin mahpuslarla karşı karşıya gelmemeleri riskini taşımakla birlikte, çocukların sayıca çok az olduğu hallerde yetişkinlerden ayrı tutulmak

19 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun 07.02.2018 tarihli toplantısında kabul edilen *Maltepe 2 No'lu L Tipi İnceleme Raporu*, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2018 Çevrimiçi: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/maltepe_rapor_08022018.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

20 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, *Muğla Açık ve E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu* 26. Dönem 3. Yasama Yılı 2017. 8 Kasım 2017 tarihli Komisyon toplantısında kabul edilmiştir. Çevrimiçi: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/mugla_etipi_ceza_infaz_kurumu.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

uğruna tecrit edilmeleri gibi fiili bir durumu da barındırabilir. Yine bu tür kurumlarda kalan çocuklar, kurum içindeki yaşamları ile ilgili olarak idarenin vereceği kararlara tabiidirler, çocuk alanında çalışma deneyimi ve uzmanlığı olmayan idari personelin çocuğun menfaatine davranma ve onun gereksinimlerini karşılama ihtimali oldukça zayıf kalmaktadır.

Açıklanmaya çalışıldığı üzere, temel uluslararası kuralların aksine Türkiye’de bir çocuğun kapalı çocuk ceza infaz kurumunda ya da yetişkinlere ait hapishanelerde kalması istisnai değildir. İstisnai olan sayıca çok daha az çocuğun kaldığı çocuk eğitim evidir. Cezası kesinleşmiş hükümlü bir çocuğun faydalandığı eğitim evinden henüz hakkında karar dahi verilmemiş tutuklu bir çocuğun yararlanamaması hukuken kabul edilemez. Çocuk eğitim evi, çocuğun toplum içinde eğitim ihtiyaçlarına uygun bir şekilde muamele görme hakkını temin etme amacına, kapalı kurumlardan çok daha uygundur. Bu hususta yasal değişikliğe gidilmesi düşünülmeli ve tartışılmalıdır.

3. Çocukların Tabii Olduğu Kapalı Kurum Uygulamaları

Çocukların tutuldukları kapalı ceza infaz kurumları; şiddet, intihar, akran zorbalığı, istismar, işkence ve kötü muamele haberleri ile daha önce defalarca gündeme gelmiştir²¹. BM Çocuk Hakları Komitesi, 15.06.2012 tarihinde sunduğu Türkiye hakkındaki gözlem raporunda; çocuklar hakkında ağır hapis cezalarının uygulanması, hapsedmeye alternatif tedbirlerin olmayışı, uzun tutukluluk süreleri ve bazı hapishanelerdeki yetersiz koşullar ile birlikte Pozantı Cezaevinde çocuklara karşı tecavüz ve işkence suçlamaları hakkında endişe duymakta olduğunu belirtmiştir. Komite, Türkiye’ye; çocukların tutuklanmasının en son çare olduğundan ve çocuklara karşı alternatif tedbirler uygulandığından emin olmak için acil tedbirler almasını, cezaevlerinde tutuklu bulunan çocukların tecavüz ve kötü muamele suçlamalarını incelemesi başta olmak üzere uluslararası prensiplerle aynı standartta çocuk adalet sistemini oluşturmasını tavsiye etmiştir.

AİHM, A.Ş./Türkiye kararında, kurum içinde 2 kez cinsel istismara uğrayan ve koğuş arkadaşları tarafından ahlaksızca davrandığı gerekçe-

21 Demir, Selmin Cansu, *Çocuk Hapishaneleri Neden Kapatılsın?*, Türkiye’de Mahpus Olmak Konferans Kitabı, TCPS Kitaplığı, Temmuz 2016, s.49-57

si ile dövülen başvuruçunun maruz kaldığı eylemlerin cezasızlıkla sonuçlanmasını değerlendirmiştir. Mahkeme, cezaevi ortamında genellikle sessiz kalma kuralının hüküm sürdüğü ve misillemeye maruz kalma korkusunun kolayca bir saldırının mağdurunu şikâyetle bulunmaktan vazgeçmeye itebileceğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda, henüz 15 yaşında olan başvuruçunun kendisine saldırıda bulunanları ihbar etmesi hâlinde misilleme tehdidiyle karşı karşıya bulunacağı kaygısını yaşadığı, çocukların doğası gereği yetişkinlere göre daha savunmasız olduğu ve bu hususun Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında birçok kez vurgulandığı hatırlatılmaktadır. Mahkeme, söz konusu karar ile başvuruçunun beden bütünlüğüne yönelik ihlallere karşı iç hukukun etkin ve yeterli koruma sağlamadığına kanaat getirmiştir²².

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu, 23.01.2019 tarih ve 2014/15586 başvuru numaralı FE ve diğerleri kararında, 11 çocuğun ceza infaz kurumunda tutuldukları sırasında işkence ve kötü muameleyle maruz kaldıkları iddiaları ile ilgili olarak Anayasa'nın 17'nci maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, çocuk ceza infaz kurumunda güç kullanmanın koşullarını değerlendirirken başvuruçuların 16 – 17 yaşında olduğunun göz önünde tutulması gerektiğini, otorite ile tartışmanın ergenlik çağının olağan davranışları olduğunu, bu nedenle çocukların tutulduğu kurumların kurallarının ergenlik dönemi özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini, bu kurumlarda çalışanların da bu davranışlarla baş etme konusunda uzmanlığa dayalı becerilere sahip kılınmasının önemli olduğunu vurgulamaktadır. Kararda, kötü muamele yasağının usul yönü açısından incelenmesini gerektiren hususlar; başvuruçuların kontrol altına alındıktan sonra kamerasız alanlarda darp edilmesi, ellerinin ve ayaklarının kelepçeli olarak müşahede odasında tutulmaları, doktor raporu almalarının geciktirilmesi ve sağlık raporunun gerekli koşulları taşıyıp taşımadığının araştırılmadan hükme esas alınması olarak belirtilmiştir. Başvuruya konu iddiaların gerçekliğinin ve iddialar gerçek ise güç kullanmayı gerektiren bir durumun ve misilleme veya bedensel cezaya yönelik bir uygulamanın olup olmadığının değerlendirilmemesi kötü muamele yasağının usul boyutu

22 Başvuru No: 58271/10, Karar Tarihi: 13.09.2016 Çevrimiçi: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/as-turkiye> (Erişim Tarihi: 06.01.2019)

bakımından ihlal edildiği sonucunu doğurmuştur²³. Yeniden soruşturma yapılması ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin savcılığa gönderilmesi kararı veren Mahkeme, anılan karar ile çocukların kapalı kurumlarda maruz kaldığı hak ihlallerinin soruşturulmasında yapılan ihmalleri ve cezasızlık olgusunu gözler önüne sermiştir.

Havana Kuralları ile çocukların tutuldukları kurumlardaki sınıflandırma, yerleştirme, eğitim, mesleki öğrenim, çalışma, eğlence, din, dış dünya ile ilişkiler, sağlık hizmetleri, kısıtlama ve zor kullanmasının sınırları, disiplin usulleri, denetim, şikayetler ve kurum personellerine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Türkiye’de çocuklar kapalı kurumlarda örgün eğitimden yararlandırılmamakta, sağlık, beslenme gibi temel insani haklara erişimde nitelik ve nicelik sorunları yaşamakta, keyfi şekilde çıplak aramaya tabii tutulmakta, uzmanlaşmış personel den hizmet alamamaktadır²⁴. Kapalı kurumlarda yaşanan tüm sorunları ayrı başlıklar halinde ele almak makalenin kapsamını aşacağından, bu bölümde çocukların kurum içinde yoğun olarak maruz kaldığı aile ile görüşme hakkına getirilen sınırlandırmalara, odaya kapatma cezasına, denetim ve izleme sorunlarına değinilmekle yetinilecektir.

3.1. Aile İle Görüşme Hakkı

Kapalı çocuk ceza infaz kurumu ile kapalı ceza infaz kurumlarında tutulan çocuklar, aileleri ile görüşmelerinde, ayda 3 kapalı, 1 açık görüş hakkı ve haftada 1 telefon ile sınırlandırılmaktadır²⁵. Mevzuattan kaynaklanan bu durum, yetişkin ile çocuğu bir tutmakta, özgürlüğünden yoksun bırakılanın henüz ailesinin bakım ve desteğine ihtiyaç duyan bir çocuk olduğunu göz ardı etmektedir.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (AİÖK), 2015 yılında yayınlanan Ceza Mevzuatı Uyarınca Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocuklar başlıklı 24. Genel Raporunda, çocukların kısa süreli ziyaretlerinin ku-

23 Başvuru No:2014/15586, Karar Tarihi: 23.01.2019. Çevrimiçi: <https://www.anayasa.gov.tr/media/5600/2014-15586.pdf> (Erişim tarihi: 10.03.2019)

24 Yalçın, Alper, *Türkiye’de Çocuk Mabpus Olmak*, TCPS Kitaplığı, Temmuz 2016, s.34-53

25 17.06.2005 tarihli, 25848 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik

ral olarak açık görüşme koşullarında gerçekleştirilmesi, ziyaret olanağından her hafta bir saatten fazla yararlanmaları aynı zamanda hafta sonunda da ziyaretçi kabul edebilmeleri gerektiğini belirtmiştir. AİÖK, bazı ülkelerde çocuklara uzun süreli ve yanlarında nezaretçi bulunmaksızın ziyaret yetkisi verildiğini, böyle bir yaklaşımın gencin ve yakınlarının aile yaşamını ve gencin toplumla yeniden bütünleşmesini destekleme açılarından olumlu olduğunu paylaşmaktadır²⁶.

CGTİHK'nın ödüllendirme başlıklı 51'inci maddesi çocuk hükümlülere, en geç iki ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar ana ve babasıyla veya vasisiyle kurum ya da eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın aile görüşmesi yaptırılabilirliğini düzenler. Bu hükmün çocuklara tanınan bir hak değil de teşvik esaslı ödül olarak düzenlenmesi, çocukların bu uygulamadan kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak faydalanabileceği sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, teşvik esaslı ayrıcalıklar, disiplin tedbir ve cezalarını düzenleyen CGTİHK'nın 45'inci ve 46'ncı maddeleri uyarınca ertelenebilmekte ya da geri alınabilmektedir.

Çocukların gelişimlerine ve ihtiyaçlarına uygun şekilde aileleriyle iletişim kurabilmeleri için çocukların görüş hakları yeniden düzenlenmelidir. Yapılacak yasal değişikliklerle, çocuk eğitim evlerinde olduğu gibi tüm ziyaretlerin açık görüş olarak yapılması sağlanmalı, aile ile 24 saatte kadar görüşme imkanı sağlayan uygulama ödül olarak değil her çocuğa tanınan bir hak olarak kabul edilmeli ve çocukların telefonla konuşma hakları genişletilmelidir.

3.2. Odaya Kapatma Cezası

CGTİHK'nın 45'inci ve 46'ncı maddelerinde çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbir ve cezaları düzenlenmiştir. Teşvik esaslı ayrıcalıkları ertelemekten kapalı ceza infaz kurumuna iadeye ka-

26 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (AİÖK), 2015 yılında yayınlanan Ceza Mevzuatı Uyarınca Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocuklar başlıklı 24. Genel Rapor, s.7. Çevrimiçi: <https://rm.coe.int/168073428d> (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

dar pek çok tedbir ve cezayı düzenleyen bu hükümler, özgürlüğünden yoksun çocuklar bakımından hak ihlallerine neden olmaktadır.

Odaya kapatma cezası, kapalı kurumda bulunan çocuğun, CG-TİHK'nın 46'ncı maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen eylemlerde bulunması hâlinde, beş güne kadar açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, gece ve gündüz tek başına bir odada tutulmasıdır. Düzenlemeye göre, bu ceza, çocuğun kurum görevlilerine istediği zaman ulaşmasına engel olunmayacak şekilde uygulanır. Çocuk, cezanın infazı öncesinde, sırasında ve sonrasında cezaevi hekiminin kontrolünden geçirilir. Cezanın infazı sırasında çocuğun ailesi, avukatı ve yasal temsilcisiyle görüşmesine izin verilir. Odaya kapatma cezasının infazı sırasında çocuk, günde üç saat açık havada bulunabilme hakkından mutlaka yararlandırılır ve kitap okumasına izin verilir.

Havana Kuralları, fiziksel ceza, karanlık bir hücreye konulma, kapalı veya tek kişilik bir odaya hapsedilme veya çocuğun fiziksel veya ruhsal sağlığını bozabilecek türden zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele oluşturabilecek herhangi bir disiplin tedbirinin uygulanmasını yasaklamıştır. AIÖK'nın görüşüne göre, çocukların herhangi bir şekilde tecrit edilmesi tedbiri, gençlerin fiziksel veya zihinsel esenliğini tehlikeye düşürebilmekte olup, bu nedenle anılan tedbire ancak son çare olarak başvurulmalıdır. Bir disiplin tedbiri olarak hücre hapsi yalnızca çok kısa süreler için uygulanmalı ve hiçbir koşulda üç günü aşmamalıdır. Çocuklar böyle bir tedbire maruz kaldıklarında kendilerine sosyal destek ve eğitim desteği verilmeli ve uygun insani temas sağlanmalıdır. Sağlık hizmetleri çocuğu ziyaret etmeli, bundan sonra da düzenli aralıklarla günde en az bir defa görmeli ve kendisine derhal tıbbi yardım ve tedavi sağlamalıdır²⁷.

Havana Kuralları bir çocuk için odaya kapatma cezasının kabul edilemez olduğunu, AIÖK'nın ise belirli koşullarda 3 gün ile sınırlandırılması gerektiğini belirtiyor olması karşısında CGTİHK'da yer alan düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir.

27 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (AIÖK), 2015 yılında yayınlanan Ceza Mevzuatı Uyarınca Özgürlüklerinden Yoksun Brakılan Çocuklar başlıklı 24. Genel Rapor, s.8, Çevrimiçi: <https://rm.coe.int/168073428d> (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

Disiplin cezalarına ve tedbirlerine karşı şikâyet ve itiraz durumunda 16.5.2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu hükümleri uygulanır. Kanun'un 6. maddesine göre disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. 2017 Adli İstatistik verilerine göre infaz hakimliğine yapılan başvuruların yüzde 80 ile 90 arasında değişen oranlarda aynen onaylandığı, itirazların da bir üst mahkemece reddedildiği görülmektedir²⁸. İnfaz hakimliğinin disiplin ceza ve tedbirlerine karşı etkili bir yol olup olmadığı tartışılırken, bu uygulamalar çocuğun haklarına ve özgürlüğüne bire bir etki ettiğinden, çocuğun avukat yardımından yararlandırılması zorunlu olmalıdır. Erişilebilirliği sağlamak adına şikâyet mekanizmalarının etkili, basit ve çocuğun diline uygun bir şekilde yapılandırılması gerekmektedir.

3.3. Denetim ve İzleme

Havana Kuralları, kurumların idaresine bağlı olmayan bağımsız ve nitelikli müfettişlere veya makamlara, düzenli aralıklarla ve önceden haber vermeden kurumları denetleme yetkisi verilmesi gerektiğini düzenler (Madde 72). AİÖK; çocukların kapatıldıkları kurumlara, şikâyetleri kabul etme, gerekiyorsa işlem yapma, tesisleri ve kalacak yerleri denetleme ve söz konusu kurumların ulusal yasalar ve ilgili uluslararası standartlara uygun bir biçimde işletilip işletilmediği konusunda değerlendirme yapma yetkisine sahip olan bağımsız bir organ tarafından yapılacak ziyaretlere özel bir önem atfetmektedir. Bu kişi ve kurullar, özel görüşme yapmak da dahil olmak üzere, çocuklarla doğrudan temasa geçebilmelidir²⁹.

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu uyarınca yürürlükteki ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmelerle belirle-

28 Çevrimiçi: http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

29 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelesinin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (AİÖK), 2015 yılında yayınlanan Ceza Mevzuatı Uyarınca Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocuklar başlıklı 24. Genel Rapor, s.9, Çevrimiçi: <https://rm.coe.int/168073428d> (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

nen ilkeler çerçevesinde ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin yönetim, işleyiş ve uygulamalarını yerinde görmek, incelemek, bilgi almak ve tespitlerini rapor haline getirerek yetkili ve ilgili mercilere sunmak üzere ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları kurulmuştur. Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda gerçekleştiği ileri sürülen cinsel şiddet iddiaları ile ilgili hazırladığı raporda, hükümlülerden, Cezaevi İzleme Kurulu üyeleriyle daha önce hiç görüşmedikleri yönünde bilgi alındığını, Cezaevi İzleme Kurullarının rutin raporlar hazırlamalarının ciddi bir sorun olduğunu, bu kurullara, rutin raporların dışında, sorunları tespit eden ve çözüm yolları önerebilen üyelerin atanması gerektiğini belirtmiştir³⁰.

Yine TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Kamu Denetçiliği Kurumu, TİHEK, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları kurumlarda inceleme ve raporlama yapmakla görevlidir. Yerel ve merkezi düzeydeki mekanizmaların başvuru alma yöntemlerinin gözden geçirilmesi, STÖ'lerin, bağımsız araştırmacıların, meslek odalarının ve akademisyenlerin bağımsız izleme yapabilmesine imkan verecek yapıların oluşturulması³¹ çocuk adalet sisteminin gereğidir.

4. Etkili Hukuki Yardımdan Faydalanma Hakkı

CMK'nın 150'nci maddesi uyarınca müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk ise istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir. Bu düzenlemeye göre soruşturma ve kovuşturma aşamasında avukat ile temsili zorunlu olan çocukların, uygulamada etkili olarak hukuki destek alıp alamadıkları tartışma konusu olmuştur.

AİHM, devletin, bir sanık avukatının davranış ve kararlarından sorumlu tutulamayacağını öngören yerleşik içtihadının yanı sıra adli yardım kapsamında atanmış bir avukatın etkili temsil sağlayamaması halinde, AİHS'nin 6/3. maddesinin (c) bendi gereğince ulusal makam-

30 Türkiye İnsan Hakları Kurumu, *Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Cinsel İstismar Ve Kötü Muamele İddiaları Raporu*, Rapor No:2014/06 Çevrimiçi: <https://hapistecocuk.files.wordpress.com/2015/09/25-aralc4b1k-2014-tihk-antalya-l-tipi-hapishanesinde-cinsel-istismar-iddialarc4b-1na-ilic59fkin-inceleme-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2019)

31 CİSST/TCPS Raporları, *Çocuk Mahpuslara İlişkin Hak İhlali İddiaları, Bilgi ve Denetim Mekanizmalarına Yapılan Başvurular ve Akıbetleri Raporu*, Çevrimiçi: <https://hapistecocuk.files.wordpress.com/2017/11/cisst-tcps-c3a7ocuk-mahpuslar-raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2019)

ların müdahalesini şart koşturmuştur. Güveç/Türkiye kararında, AİHM, çocuk yaştaki başvuruyu temsil eden avukatın adli yardım kapsamında atanmamasına rağmen hakimin başvuranın küçük yaşı, itham edildiği suçların ciddiyeti, polis ve iddia makamı tanıdığı tarafından aleyhinde ortaya atılan çelişkili iddialar ile avukatının kendisini gerektiği gibi temsil edememesi ve duruşmalara katılmamasını dikkate almıştır. Mahkemeye göre, yargılamayı yapan hakimin başvuranın acilen yeterli avukat yardımına ihtiyacı olduğunu düşünmüş olması gerekmektedir. Mahkeme, yargılamanın büyük bir bölümündeki, fiili avukat yardımı eksikliğinin, başvuranın yargılamasına etkili olarak katılmamasının sonuçlarını daha da kötüleştirdiği ve kendisinin etkili iç hukuk yollarına başvurma hakkını ihlal ettiği kanısına varmıştır³².

AİHM'in Süzer/Türkiye kararına konu olayda, yaşı küçük başvuru- cu, yağma suçu nedeniyle ifadelerinin alındığı sırada resen atanan bir avukat yardımından faydalanmıştır. Sözleşmenin somut ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığını göz önünde bulunduran Mahkeme, bu avukat yardımının etkinliğini değerlendirmiş ve resen atanan bir avukat huzurunda polise verdiği iki ayrı ifadesinde başvuranın, nitelikli hırsızlık suçunu iki kez işlediğini itiraf ettiğini, avukatın polis tarafından hukuka aykırı şekilde alınan ifadeye itiraz etmediğini ve başvuranın anne-babasının oğullarının yakalandığına dair haberdar edilip edilmediğini teyit etmediğini saptamıştır. Bu unsurları göz önünde bulunduran AİHM, başvurana sunulan yardımın açıkça yetersiz olduğu kanaatine varmıştır³³.

BM Çocuk Hakları Komitesi 15.06.2012 tarihinde sunduğu Türkiye hakkındaki gözlem raporunda, Çocuk Adalet Yönetimi başlığı altında, avukatların düşük ücretlerinden dolayı çocuklara sağlanan yasal desteğin düşük kalitesi nedeniyle endişe duyduğunu belirtmekte ve çocukları ilgilendiren vakalarda avukatları teşvik edici tedbirler alınmasını önermektedir.

Açıklandığı üzere, adli sisteme giren ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların etkili bir hukuki yardımdan yararlanabilmesini sağ-

32 Güveç/Türkiye, Başvuru No: 70337/01, Karar Tarihi: 20.01.2009 Çevrimiçi: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/guvec-turkiye> (Erişim Tarihi: 05.01.2019)

33 Süzer/Türkiye, Başvuru No. 13885/05, Karar Tarihi: 20.01.2009 23.04.2013 Çevrimiçi: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/suzer-turkiye> (Erişim Tarihi: 05.01.2019)

lamak adına avukatların mesleki yeterliliklerinin ve hizmet kalitelerinin yükseltilmesi için çalışmalar yapılmalıdır.

5. Tahliye Sonrası Destek Hizmetleri

Türkiye’de ceza infaz kurumlarının çocuk suçluluğunu önlemeye hizmet etmediği, kapatılma deneyimi olan çocuklarda suç işleme davranışının tekrar ettiği bilinmektedir³⁴. Bu nedenle infaz kurumuna kapatılmış bir çocuğun kurum içerisinde aldığı hizmetlerin niteliği kadar tahliye olduktan sonraki durumu da çocuk suçluluğunun önlenebilmesi için önem taşımaktadır.

Yeniden sosyalleştirme, mahpusun gelecekte sosyal sorumluluk içinde suç ile ilişki kurmadan bir yaşam sürme becerisi edinmesi amacını taşıyan infaz kurumundaki çabaların toplamıdır. Yeniden sosyalleştirmeye yönelik programlar, terapi ve danışma, eğitim ve öğretim, meslek ve iş kazandırma olarak 3 temel alanı kapsar³⁵. İnfaz kurumunda, bu programlardan etkili bir şekilde faydalanamamış, örgün eğitim hakkından mahrum bırakılmış, ailesi ile görüşmesi sınırlandırılmış, en temel insan haklarına erişimde sorun yaşamış bir çocuğun, tahliye sonrasında da destek hizmetlerinden yararlanamaması, suç ile ilişki kurmasına neden olan ortama geri dönmesine ardından da yeniden adli sisteme girmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, kurum içinde, çocukların tahliye sonrasında toplum içine dönüşlerinin kalıcı ve olumlu sonuçlarının olması ve çocuğun topluma en iyi şekilde uyum sağlayabilmesi amaçlarına uygun hizmetler sunulmalı; tahliye sonrasına ilişkin inceleme ve planlama süreçleri kapsamlı olarak ele alınmalıdır³⁶.

Sonuç

Türkiye’de çocuk adalet sistemine uygun bir yapının oluşturulmasını sağlama hedefinde BM Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların

34 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu’nun 2018/94 sayılı kararı ile oybirliğiyle kabul edilen 2018/12 sayılı *İzmir Çocuk Ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu*, Eylül 2018, Çevrimiçi: <https://www.tihk.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/2018-12.pdf> (Erişim Tarihi: 11.01.2019)

35 Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4.baskı, Ankara 2015, s.255-265

36 Bartollas Clemens/ Schmallegger Frank, *Çocuk Suçluluğu*, Çeviri Ed: Yücel Didem, Gönültaş Burak, Bölüm 16, Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Kurumlar, 9.basımdan çeviri, Nobel Yayıncılık, Ankara 2017, s.427-428.

Korunmasına İlişkin Kurallar ile düzenlenen asgari standartlara uzak kalındığı, mevcut düzenlemelerin çocukların ihtiyaçlarını karşılayamadığı görülmektedir.

Tutuklu ve hüküm özlü çocuk sayısındaki fazlalık ve tabii oldukları kurumların niteliği, tutuklu yargılamanın çocuklar için sorun teşkil ettiğini göstermektedir. Suça sürüklenen çocuklar için özgürlüğünden yoksun bırakmanın son çare olması ilkesi uygulamaya yansıyamadığından çocuklar hakkında verilen tutuklama kararı ve hapis cezaları için yasal sınırlar getirilmelidir. ÇKK'da yer alan tutuklama yasağının kapsamı genişletilmeli, ceza sorumluluğu yaşı yükseltilmeli ve ceza sorumluluğunun değerlendirilmesindeki yöntem sorunları giderilmelidir.

Çocukların toplum içinde, eğitim odaklı müdahaleye tabi tutulması çocuk adalet sisteminin gereği olduğundan, tutuklu çocuklar da hükümlü çocuklar gibi çocuk eğitim evlerinde kalmalıdır. Yapısal değişiklikler tamamlanana kadar mevcut kurumların mekânsal koşulları iyileştirilmeli, odaya kapatma cezası çocuk adalet sistemine aykırılık taşıyan düzenlemeler kaldırılmalı, çocukların eğitim ve aileyle görüşme haklarına erişimleri sağlanmalı, kurumlarda çalışan personelin çocuk alanında uzmanlaşması ve sayılarının artırılması gerekmektedir.

Hapishanelerin çocuklar için şiddet ürettiği ve yasal düzenlemelerin de çocukların maruz kaldığı bu mağduriyeti önleyemedi görülmektedir. Bu nedenle kapalı kurum anlayışının terkedilerek çocuğu ve çocuğun ihtiyaçlarını esas alan yapıların oluşturulması hedefi ile birlikte çocukların kapalı kurumlarda maruz kaldıkları şiddet olaylarına yenilerinin eklenmemesi için işkence ve kötü muamele ile etkili bir şekilde mücadele edilmeli, çocukların hak ihlallerine karşı seslerini duyurabilecekleri çocuklara özgü şikâyet mekanizmaları geliştirilmeli, kapalı kurumları denetleyecek bağımsız izleme kurulları acilen oluşturulmalıdır. Çocuk adalet sistemi için etkili çalışmalar yürütebilmek için kurumların şeffaflaşması, verilerin akademik bilginin üretilmesini sağlayacak şekilde tutulması ve açıklanması gerekmektedir.

İnfaz sisteminde, yabancı, LGBTİ+, hasta, engelli çocukların olabileceği, kız çocuklarının ihtiyaçlarının erkek çocuklardan farklılık gösterebileceği unutulmadan, genel normun dışında kaldığı için görünmez kılınan tüm çocukları kapsayacak politikalar üretilmelidir.

Küçük yaşlarda suç işlemeye başlamanın, gelecek dönemlerde de suç işleme olasılığını arttırdığı, çocuk tutukluluğunun suçlulukta her zaman caydırıcı olmadığı gibi suçluluğu pekiştirici bir etki yarattığı, kapatıldıkları süre boyunca kendilerinden daha deneyimli olan mahpuslar ile yakın bir temas içine girmelerinin, çocukları bazı becerileri öğrendikleri daha kriminal bir sürece ittiği, yetişkin sanıkların önemli bir oranının, çocukluk döneminde infaz kurumu deneyimi olan kişilerden oluştuğu düşünülmektedir³⁷. Tutulduğu şartlar nasıl olursa olsun, çok kısa süreli hapsedmenin dahi bir çocuğun ruhsal ve fiziksel sağlığına zarar verebileceği, bilişsel gelişimini sınırlandırabileceği, depresyon, anksiyete, travma sonrası stres bozukluğu gibi sorunlar yaşatabileceği bilinmekte, hapisyanenin çocukların sağlığı ve gelişimi üstünde çok derin olumsuz etkileri olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Bu makale ile açıklanmaya çalışıldığı üzere, çocuğun suç ile ilişkilmesini önleyemeyen ve onu ruhen yaralayan infaz sistemi, Faruk Erem Hoca'nın, 1955 yılında çocuk adalet sistemini adeta tek bir cümle ile özetlediği “*Gerçek bir ceza siyaseti, çocuğu olduğundan daha aşağı düşürmek değil, ruhen yükseltmek amacını gütmelidir*”³⁹ yaklaşımı ile tekrar ele alınmalı; çocukların üstün menfaatlerinin, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir hukuk sistemi mümkün kılınmalıdır.

37 Kızmaz Zahir, *Mükerrer Suçlulukla İntitli Değişkenler*, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2007, s.234. Çevrimiçi: http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/makaleler/zahirkizmazmakaleleri/zahirkizmaz_m%C3%BCkerrersucluluklailintilidegiskenler.pdf (Erişim Tarihi: 07.01.2019)

38 Dünya Hapishanelerinde Eğilimler 2016, Çevrimiçi: http://www.tcps.org.tr/sites/default/files/kitaplar/dunya_hapishanelerinde_egilimler-2.compressed.pdf s.19 (Erişim Tarihi: 10.01.2019)

39 Çevrimiçi: <http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s9.html> (Erişim Tarihi: 06.01.2019)

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- AKYÜZ Emine, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, Milli Eğitim Basımevi, 1. Baskı, Ankara 2000.
- ATILGAN Aydın/ ÜMİT ATILGAN Eylem, *Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi (Rapor)*, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayınları, Ankara 2009.
- BARTOLLAS Clemens/ SCHMALLEGER Frank, *Çocuk Suçluluğu*, Çeviri Ed: YÜCEL Didem, GÖNÜLTAŞ Burak, 9.basımdan çeviri, Nobel Yayıncılık, Ankara 2017.
- DEMİR Selmin Cansu, *Çocuk Hapishaneleri Neden Kapatılsın?*, Türkiye'de Mahpus Olmak Konferans Kitabı, TCPS Kitaplığı, İstanbul 2016.
- DEMİRBAŞ Timur, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, Ankara 2015.
- HEINZ Wolfgang, *Genç Ceza Hukukuna İlişkin Yaptırım Uygulaması – Eyaletler Bakımından Karşılaştırma*, Çev: ŞİMŞEK Oğuz, Ed: ÜNVER Yener, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (4) Çocuklar ve Suç-Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- KIZMAZ Zahir, *Mükerrer Suçlulukla İltimli Değişkenler*, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2007.
- SEROZAN Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2. Basım, İstanbul 2005.
- ULUĞTEKİN Sevdâ, *Çocuk Mahkemeleri Ve Sosyal İnceleme Raporları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- YALÇIN Alper, *Türkiye'de Çocuk Mahpus Olmak*, TCPS Kitaplığı, İstanbul 2016.

Kararlar

- AIHM, Bilal Doğan/Türkiye, Başvuru No: 28053/10, Karar Tarihi: 27.11.2012: <http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/bilaldogan.pdf>
- AIHM, Agit Demir/Türkiye, Başvuru No: 36475/10, Karar Tarihi: 27.02.2018: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/agit-demir-turkiye>
- AIHM, A.Ş/Türkiye, Başvuru No: 58271/10, Karar Tarihi: 13.09.2016: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/as-turkiye>
- AIHM, Güveç/Türkiye, Başvuru No: 70337/01, Karar Tarihi: 20.01.2009: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/guvec-turkiye>
- AIHM, Süzer/Türkiye, Başvuru No. 13885/05, Karar Tarihi: 23.04.2013: <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/suzer-turkiye>
- Anayasa Mahkemesi, Furkan Omurtag Kararı, Başvuru No:2014/18179, Karar Tarihi: 25.10.2017

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2014-18179.pdf>

Anayasa Mahkemesi, FE ve Diğerleri Kararı, Başvuru No:2014/15586, Karar Tarihi: 23.01.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/media/5600/2014-15586.pdf>

Çevrimiçi Kaynaklar

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları: www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/tavsiye_kararlari.doc

BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 02.02.2007 tarihli 10 Numaralı Genel Yorum: <http://www.cocukhaklariizleme.org/wp-content/uploads/BM-CHK-Genel-Yorum-10-CezaAdaleti-Sistemi.pdf>

Dünya Hapishanelerinde Eğilimler 2016: http://www.tcps.org.tr/sites/default/files/kitaplar/dunya_hapishanelerinde_egilimler2.compressed.pdf

Adli İstatistikler 2017: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf

Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Yıllara Göre Dağılım: http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/istatistikler/yeni_yillar.asp

Türkiye İstatistik Kurumu, Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri 2017: <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27610>

Çocuklar ve Çocuk Adalet Sistemini İyileştirmeye Yönelik Öneriler: <https://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/uploads/pages/cocuk-haklari/cocuk-adalet-sistemi.pdf>

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu, *2018/12 sayılı İzmir Çocuk Ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu*: <https://www.tihk.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/2018-12.pdf>

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, *Maltepe 2 No'lu L Tipi İnceleme Raporu*: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/maltepe_rapor_08022018.pdf

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, *Muğla Açık ve E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu*: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/mugla_etipi_ceza_infaz_kurumu.pdf

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi, *Ceza Mevzuatı Uyarınca Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocuklar başlıklı 24. Genel Rapor*: <https://rm.coe.int/168073428d>

Türkiye İnsan Hakları Kurumu, *Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Cinsel İstismar Ve Kötü Muamele İddiaları Raporu*: <https://hapistecocuk>

files.wordpress.com/2015/09/25-aralc4b1k-2014-tihk-antalya-l-tipi-hapishanesinde-cinsel-istismar-iddialarc4b1na-ilic59fkin-inceleme-raporu.pdf

CİSST/TCPS, *Çocuk Mahpuslar Raporu, Çocuk Mahpuslara İlişkin Hak İhlali İddiaları, Bilgi ve Denetim Mekanizmalarına Yapılan Başvurular ve Akıbetleri Raporu*: <https://hapistecocuk.files.wordpress.com/2017/11/cisst-tcps-c3a7ocuk-mahpuslar-raporu.pdf>

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/861020/Buyuklerle_yan_yana.html

<http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s9.html>

İDARİ YAPTIRIMLARDA MASUMİYET KARİNESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDAKİ YAKLAŞIMI*

Ar. Gör. Onur Kaplan**

Özet

Devletin anayasa ve kanunlarda verilen görevleri yerine getirmesi bakımından idare, kamu gücü kullanarak işlevini yerine getirmektedir. İdarenin kamu gücü kullanımının hukuk alanında bir tezahürü olarak, tesis ettiği idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Organik anlamda idari yaptırımların da birer idari işlem olduğu ve bu kapsamda tesis ettiği bu işlemlerin de hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte söz konusu aksi ispatlanabilir bir karine olduğu için, bireylerin yargısal yollara başvurarak hukuka aykırı idari işlemlerin hukuk düzeninden kaldırılmasını sağlamaları mümkün olabilmektedir. Özellikle Anayasa'nın 38. maddesi çerçevesinde masumiyet karinesi yalnızca kanunda tipik suç olarak kabul edilen fiil veya hareketler bakımından değil aynı zamanda cezalandırma niteliğini bünyesinde ihtiva eden fiil veya hareketler bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle masumiyet karinesi ve idari yaptırım kavramları tanımlanacak, sonrasında suç ve cezalar hakkında uygulanan ilkelerden masumiyet karinesi ilkesinin idari yaptırımlarla olan bağlantısı, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari İşlev, İdari İşlem, İdari Yaptırım, Cezalandırma Amacı, Masumiyet Karinesi

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 31/01/2019. İlk hakem raporu tarihi: 15/03/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 25/03/2019.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, onur.kaplan@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1252-6352.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND THE APPROACH OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

Abstract

The administration fulfills its functions by using the public power in order to fulfill the duties given by the state in constitution and law. Legal appropriation of the transactions established by the use of public power as a manifestation in the field of law is available. In terms of administrative sanctions in the organic sense, it is also stated that the administrative institution has established the administrative procedure and that these transactions, which are established within this scope, also benefit from the legal merit of the law. However, since it is an otherwise provable presumption, it is possible for individuals to resort to judicial remedies to ensure that unlawful administrative proceedings are removed from the legal order. Especially, in accordance with Article 38 of the Constitution, the presumption of innocence is not only related to acts or movements that are considered to be typical crimes in the law, but also in terms of acts or acts involving the quality of punishment. In this context, firstly the concepts of presumption of innocence and administrative sanction will be defined and then the connection between the principles of presumption of innocence and the administrative sanctions will be explained in the light of the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Administrative Function, Administrative Procedure, Administrative Sanction, Punishment Purpose, Presumption of Innocence

1. Giriş: İdari Yaptırım Kavramı ve Masumiyet Karinesi Bağıntısının Teorik Temelleri

Anayasa hukuku gibi idare hukuku ve idari yargılama hukuku da bir hukuk tekniği problemi olmaktan çok devletin sahip olduğu hukuk sisteminin ana unsurlarını teşkil etmektedir¹. Modern hukuk sistemlerinde bireylere kamu gücü kullanımı suretiyle uygulanan yaptırımların hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi hususunda söz

1 ÇAĞLAR, Bakır, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 17.

konusu hukuk disiplinlerinin gerekli teorik ve sistematik altyapıyı hazırlaması gerekmektedir². Hukuk biliminde yapılacak teorik temellendirmelerin doğrudan doğruya pratik uygulaması bulunduğundan; ortaya çıkabilecek meseleler ancak, söz konusu kavramların hukuki mahiyetleri çerçevesinde halledilebilir³. Diğer disiplinlerde olduğu gibi, hukukta da kavramlar -soyutlama çabasının ürünü olarak- olgular ile hukuki sonuçlar arasında bağlantı kurulmaya çalışıldığında; bu mantıki faaliyetin doğru biçimde yapılmasında yardımcı rol oynamaktadır⁴. Bu doğrultuda, araştırma yolu ile bulunup ortaya konulabilecek somut sebep-sonuç ilişkilerini ve bu ilişkinin temelinde yatan teorik esasları bulabilmek için izlenecek yolda, kavramlara verilen anlamlar değer taşımaktadır⁵. Özellikle devlet/birey, devlet/toplum ve toplum/birey ilişkileri bakımından otorite-hürriyet dengesinin ne şekilde sağlanacağı, hukuka uygun biçimde oluşturulmuş normlar çerçevesinde analiz edilebilecektir⁶. Bu sistematik içinde idari yaptırım özelinde hareket edildiğinde; kavram analiz edilirken, bu kavramın içkin olduğu kamu gücü ayrıcalığı nosyonu⁷ ile birlikte yorumlanması gerekmektedir⁸. Ancak bu yorumu yapmak suretiyle idari yaptırımlar ile masumiyet karinesi ilkesi arasındaki bağlantıyı açıklarken öncelikle söz konusu kavramların tanımlanması icap eder.

2. Kavramların Tanımlanması

A. Masumiyet Karinesi Kavramı

Modern hukuk sistemlerinde adil yargılanma hakkının ve daha geniş bir kavram olarak muhakeme hukukunun temel yapıtaşlarından olan

2 ULUSOY, Ali D., *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 2.

3 DUGUIT, Léon, *Kamu Hukuku Dersleri* (çev. DERBİL, Süheyy), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s. 17.

4 LATOURNERIE, Roger, *Conseil d'Etat'ın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme* (çev. YAYLA, Yıldızhan), İstanbul Üniversitesi SBF Yayınları, İstanbul, 1982, s. 27.

5 KURTKAN, Amiran, *Sosyal İlimler Metodolojisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 3.

6 TANÖR, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, 3. Bası, Beta Yayıncılık, 1994, s. 133.

7 ROUSSET, Michel, *L'Idée de Puissance Publique en Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1960, s. 26.

8 Gerçekten, idarenin yürüttüğü kolluk faaliyeti nezdinde sahip olduğu kamu gücü ayrıcalığını vurgulayan husus, yaptırım kararının tesisi bakımından; söz konusu kararların her zaman "tek taraflı kararlar" niteliğinde olmasıdır ki, bu anlamda konvansiyonel prosedüre başvurma, idarenin yürüttüğü kolluk faaliyetinde dışlanır. ROUSSET, Michael/ROUSSET, Olivier, *Droit Administratif I: L'action Administrative*, 2ème édition, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004, s. 96.

masumiyet karinesi⁹ (suçsuzluk karinesi¹⁰) kavramının pozitif temel-leri, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ne kadar uzanmak-tadır¹¹. Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (md.9) uyarınca, suçluluğu kanıtlanana kadar her insanın masum sayıldığı, tu-tulması gereken bir kimsenin kaçmasını önlemek için o kimseye karşı gereksiz zor kullanmanın suç sayılacağı ifade edilmiştir¹². Yine 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne göre (md.11/2) "*Hiç kim-se, işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez*"¹³. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, "*kendisine suç isnat edilen her kişi, yasa uyarın-ca suçlu olduğu kesinleşene dek*"¹⁴ masum sayılma hakkına sahip ola-caktır¹⁵". İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) md.6/2'ye göre ise "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*"¹⁶". Bu anlamda masumiyet karinesi (*presumption*

- 9 Anlam olarak Latince "praesumptio iuris tantum" olarak ifade edilen "karine" sözcüğü, aksi belirlenip ispat edilinceye değin hukuksal geçerliliği varsayılan durumu ifade etmektedir. ÖZAY, İl Han, *Gümsüğünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 407.
- 10 Doktrinde Feyzioğlu, söz konusu kavramı "suçsuzluk karinesi" olarak ifade etmektedir. FEYZİ-OĞLU, Metin, "*Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48, Sayı:1-4, 1999, s. 137. Buna koşut biçimde 1982 Anayasası md.38 hükmünün gerekçesinde de "suçsuzluk karinesi" ifade yer almaktadır. Ne var ki, bu çalışmada terim birliğinin sağlanması bakımından "masumiyet karinesi" ifadesi tercih edilmiştir.
- 11 FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 135-136.
- 12 AKIN, İlhan, *Kamu Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1993, s. 281; DOYLE, William, *Fransız Devrimi* (çev. GÜR, Hakan), Dost Kitabevi, Ankara, 2015, s. 28.
- 13 İHEB Türkçe metni için bkz. RG.27.05.1949-7217. Ayrıca bkz. AYBAY, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s.15. Metnin orijinal hali şu şekildedir: "*No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed*". (www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf), Erişim T. 19.01.2019.
- 14 Sözleşmenin orijinal metninde yer alan "*until proved guilty*" ifadesi doktrinde Gemalmaz tarafın-dan isabetli bir şekilde, resmi çeviriden farklı olarak "suçluluğu kanıtlanana dek" olarak çevril-miştir. GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 112.
- 15 RG. 21.07.2013-25175.
- 16 Bkz. GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011

of innocence) kavramının geniş anlamda ulusalüstü insan hakları belgelerinde yer bulduğu ifade edilebilecektir¹⁷.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, bir yandan demokratik, insan haklarına saygılı, barışçıl siyasal düzenleri amaçlayan bildiriler kaleme alınırken; diğer yandan insan haklarının ihlalleri ilgili olarak yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır¹⁸. Bu durumun varlığı iç hukuk sistemlerinde de düzenleme yapılmasını gerektirmiştir. Esasen Türk hukuk sistemine bakıldığında 1921 ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunları'nda masumiyet karinesinin yer almadığı görülmektedir¹⁹. Yine 1961 Anayasası'nın "*cezaların kanuni ve şahsi olması; zorlama yasağı*" başlıklı 33. maddesinde doğrudan "masumiyet karinesi"ne yönelik herhangi bir ifade yer almamıştır²⁰. 1982 Anayasası'nın (Anayasa) 38. maddesinin dördüncü fıkrasına göre ise, "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*". Bu kapsamda masumiyet karinesinin 1982 Anayasası ile birlikte Anayasal güvenceye kavuşturulduğu ifade edilebilecektir. Bunun yanında Anayasa, masumiyet karinesini yalnızca hukuk devletinin güvencesi olarak görmeye yetinmemiş, 15. maddesiyle bu karineyi olağanüstü yönetim usulleri altında bile dokunulamayacak "sert çekirdekli haklar" arasında saymıştır²¹.

Anayasada 38. maddesinin gerekçesine göre, "(...) *Sanığın, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; "beyyine külfeti"nin iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını "makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde" ispat etmesiyle "çürütülmüş" olacak ve bu halde de mahkeme mahkûmiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır*"²²". Buna göre masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda

17 GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt-I*, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 195.

18 ÖZEK, Çetin, "*İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt:60, Sayı:1-2, 2002, s. 136.

19 ŞİK, Hüseyin, "*Suçsuzluk Karinesi*", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2013, s. 106.

20 TİKVEŞ, Özkan, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulamaları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969, s. 99-100.

21 KANADOĞLU, Osman Korkut, "*Anayasal Bir İlke Olarak Masumiyet Karinesi*", Prof. Dr. Mümtaz Soysal'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, s. 370.

22 Anayasanın ilgili maddesinin gerekçesi için bkz. KUZU, Burhan, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 57.

suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmektedir²³. Bu anlamda masumiyet karinesi kavramı, İHAS md.6 ve AY. md.36 hükümleriyle birlikte yorumlandığında hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak ifade edilebilecektir. Esasen bir Anayasa Mahkemesi kararının karşı oyunda da ifade edildiği üzere, “*Masumiyet karinesini sadece kesin hüküm olmadan infaza başlanmaması veya suçun karşılığı olan cezanın sanık üzerindeki hukuki sonuçlarının veya toplumsal etkilerinin, hükmün kesinleşmesine kadar ötelenmesi biçiminde, dar bir şekilde yorumlamak günümüz insan bakları anlayışıyla bağdaşmaz*”²⁴. Dolayısıyla diğer temel hak güvencelerinde olduğu gibi masumiyet karinesinin de çok boyutlu bir niteliği bulunmaktadır²⁵. Başka bir deyişle, söz konusu kavramın anayasal konumu ve fonksiyonu itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir yeri haiz olduğu ifade edilmelidir.

B. İdari Yaptırım Kavramı

Toplum düzenini bozucu nitelikteki davranışlar başlangıçta muhtelif hukuk düzenlerinde suç niteliğinde olsa da 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya’da başlayan kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi neticesinde bu davranışların kabahat olarak adlandırılması söz konusu olmuştur²⁶. Bununla birlikte söz konusu davranışlar suç vasfında değilse de bunların yarattığı ihlalin doğurduğu sonuçların etkisi devam edebilmektedir. Bu nedenle bu davranışların varlığı söz konusu olduğunda, ceza hukuku alanı dışında kalan başka bir kamu gücü kullanımının varlığı gündeme gelmektedir²⁷. Gerçekten, idarenin toplumsal yaşamda düzenin sağlanması konusunda görevi, emniyeti, sağlığı, dirlik ve esenliği korumak olduğuna göre; polis fonksiyonu harekete geçebilmek ve polis tedbirleri ve tasarruflarını yapabilmek için sükûn

23 AYM. E.2015/23, K.2015/56, T.17.06.2015, RG. 26.06.2015-29398.

24 Bkz. AYM. E.2014/142, K.2014/182, T.04.12.2014, RG. 13.03.2015-29294.

25 KANADOĞLU, s. 370.

26 Doktrinde Mahmutoglu, bir davranışın suç olarak kabul edilmesi için hukuksal yararın toplumsal açıdan çok önemli olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, “*önemli olmak*” ifadesinin ne anlama geldiği sorusunun cevabı ise felsefi boyutta değerlendirilecektir. MAHMUTOĞLU, F. Selami, “*Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku’nun Yeri*”, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 37.

27 MAHMUTOĞLU, Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku’nun Yeri, s. 30.

ve nizamı, emniyet ve sağlığı ihlâl eden bir vakıa ve hiç olmazsa bir “teblikenin” mevcut bulunması gerekmektedir²⁸. İşte, hukuk düzenini ihlal eden bir eylemin varlığı halinde idarenin bunu cezalandırma²⁹ veya doğurduğu sonuçları telafi etme/giderme³⁰ iradesine bağlanan hukuki sonuç yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında idarenin görevlerini yerine getirebilmesi için söz konusu iradesine resen icra edilebilme kuvveti tanınmıştır³¹. Bu kapsamda “*idari yaptırım*” kavramı, kanunun açıkça yetki verdiği hallerde idarenin doğrudan doğruya bir işlemlerle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu müeyyideler olarak tanımlanabilir³². Bu tanıma koşut biçimde Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır*”³³. İdarenin söz konusu müeyyideleri uygulama sebebi, esasen “*gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri*” gereği gibi yerine getirebilmesinin neticesidir³⁴.

Üstün iktidar sahibi bir varlık olan devlet, organları aracılığıyla toplum hayatının doğurduğu çeşitli ihtiyaçlara cevap vermek zorunluğundadır³⁵. İdarenin söz konusu görevlerinin çeşitliliği karşısında, uygulama yöntemleri çeşitlilik arz etmekte: bazen maddi anlamda işlemleri icra etmesi, bazen de yeni idari kararlar tesis etmesi gerekebilmektedir³⁶. Gerçekten, insanların kendilerinin ve yakınlarını karışıklık ve kargaşanın olmadığı bir yerde güven içinde hissederek yaşayabilecekleri

28 ONAR, S. Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1483.

29 TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 423.

30 ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 17.

31 GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “*İdari Ceza Hukuku ve Anlamı-İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, s. 117.

32 ÖZAY, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 35.

33 AYM. E.2008/115, K.2011/86, T.02.06.2011, RG. 17.03.2012-28236.

34 GÖLCÜKLÜ, s. 117.

35 YARSUVAT, Duygun, “*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri*”, İÜHFİM, Cilt:30, Sayı:3-4, 1964, s. 666.

36 BENOIT, Francis-Paul, *Le Droit Administratif Français*, Librairie Dalloz, Paris, 1968, s. 29.

ortamı ifade eden kamu düzenini³⁷ ihlal eden davranışların varlığı söz konusu olduğunda bozulan düzenin yeniden sağlanmasına yönelik kullanılan pozitif araçlardan³⁸ birisi de idari yaptırımlardır. Bu bağlamda yasa ihlâli teşkil eden basit nitelikteki fiillere ilişkin ceza usul hukukunun geleneksel kuralları dışına çıkılarak kısa yoldan bir hükme varılma yolları öngörülmüş ve bu konuda idarî makamlar yetkili kılınmıştır³⁹. Bu anlamda organik unsur yönünden idarenin muhatapları üzerinde kullanabildiği yetkiler çerçevesinde⁴⁰ idareden sadır olan bir işlem mevcut olsa da bu işlemler, diğer idari işlemlerden caydırıcı ve cezalandırıcı nitelik taşıması sebebiyle ayırım göstermektedir⁴¹. Bu bakımdan; i. idari yaptırımlara sebep olan davranışların nitelendirilmesinde “nitelik” ayırımından ziyade “nicelik” ayırımının esas olacağı⁴², ii. idari yaptırımların, baskın karakterinin⁴³ idari işlem olduğu gözetildiğinde; diğer idari işlem kategorilerinden “niteliği” itibarıyla ayrılacağı⁴⁴ ifade edilebilecektir.

Türk hukuku bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa; 1982 Anayasası'nda (AY) doğrudan idari yaptırım kavramına yönelik bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁵. Bununla birlikte AY md.13 uyarınca, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Ana-*

37 YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 36.

38 TEKİNSOY, Özge Okay, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 33.

39 YARSUVAT, Duygun, “*Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar*”, İÜHFİM, Cilt:50, Sayı:1-4, 1984, s. 171.

40 ÖZAY, İl Han, “*İdari Kolluk-Adli Kolluk*”, İÜHFİM (Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci'ya Armağan), Cilt:71, Sayı:1, 2013, s. 949.

41 KARABULUT, s. 3.

42 MAHMUTOĞLU, Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukuku'nun Yeri, s.32. 5326 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “*esasen bukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında su veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır*”. Bkz. ZAFER, Hamide/PA-MUK, Gülfem/ÇAKIR, Kerim, Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 37.

43 TAN, s. 425.

44 DELVOLVÉ, Pierre, *L'acte Administratif*, Sirey, Paris, 1983, s. 267-268.

45 Bununla birlikte Türk hukukunda kabahat kavramının Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinden itibaren bir anlam içerdiği, dolayısıyla Türk hukuku bakımından kabahat kavramının temellerinin 1858 Ceza Kanunnamesi'ne kadar götürülebileceği hakkında bkz. TOROS KURTOĞLU, *Kabahatler Hukukunun Tarihi*, Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. KANGAL, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1.

yasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir". Bununla birlikte, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez⁴⁶. İdarenin kolluk faaliyetini yerine getirirken; gerçekleştirmeyi amaçladığı kamu düzeni ile temel hak ve hürriyetlerin bağdaştırılması gerekmektedir⁴⁷. İdarenin kolluk yetki ve usullerine hakim olan bu esas doğrultusunda⁴⁸ idari yaptırımların resen icra edilebilmesi ve cezalandırma niteliğinin varlığı göz önüne alındığında; kanunla düzenleme yapılması gerekmiştir ki, bu kapsamda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ihdas edilmiştir⁴⁹. Kabahat türünden eylemlerin varlığı halinde idarenin uyguladığı pek çok yaptırım türü bulunmakta olup, üst başlıklar kullanılmak suretiyle bunların tasnif edilmesi mümkün olabilmektedir⁵⁰. Bu kapsamda genel kanun olma niteliği 3. maddede ifade edilen⁵¹ 5326 sayılı Kanun'un, 16. maddesinde kabahat türünden eylemler için öngörülen yaptırımlar "*idari para cezası*" ve "*idari tedbirler*"⁵² olarak isimlendirilmiştir. 5326 sayılı Kanunun genel gerekçesinde ifade edildiği üzere, kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin neticesi olarak, belirli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiillerin karşılığında idari yaptırımlar öngörülmekte olup, bu yaptırımlar esas itibarıyla parasal nitelikte olmaktadır⁵³. Mahmutoğlu'nun ifade ettiği üzere, "*idari düzene aykırılık teşkil eden eylemler sebebi ile yasanın açıkça izin verdiği hallerde,*

46 "Anayasa'nın 13. maddesinde "(...) Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir. (...) Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun kısıtlamaların bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir". AYM. E.2018/9, K.2018/84, T.11.07.2018, RG. 15.11.2018-30596.

47 DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1982, s. 259.

48 DURAN, s. 259.

49 RG. 31.03.2005-25772 (Mükerrer).

50 MAHMUTOĞLU, Fatih S., "*İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi*", İÜHF, Cilt:55, Sayı:1-2, 1997, s. 151.

51 5326 sayılı Kanunun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesine göre, "*Bu Kanunun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller bakımında, uygulanır*".

52 5326 sayılı Kanun md.16/2 uyarınca idari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir.

53 Bkz. ZAFER/PAMUK/ÇAKIR, s. 32.

idarenin yargı organına başvurmaksızın kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması şeklinde gerçekleşen mali nitelikteki yaptırımlara” idari para yaptırımları denilmektedir⁵⁴. Bununla birlikte 5326 sayılı Kanununun 22. maddesinde ifade edildiği üzere, “Kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlileri yetkilidir. Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri bu konuda yetkilidir”. Dolayısıyla idari yaptırımların hukuki niteliğinin ne olduğu meselesi organik ve maddi boyutlarıyla ele alınmakta ve bu kapsamda kavramın tanımlanması söz konusu olabilmektedir. Bu doğrultuda yukarıda anlatılan hususlar çerçevesinde, “organ” ve “fonksiyon” kavramları arasında niteliği gereği bir korelasyonun varlığı da gözetilerek⁵⁵; idari yaptırım kavramının organik anlamda kanunda belirtilen sınırlar dahilinde idarece tesis edilen bir işlem olduğu; maddi anlamda ise, kamu düzenini bozucu mahiyetteki hukuka aykırı davranışların anayasa ve kanunlarda belirtildiği şekilde cezalandırılmasına yönelik olduğu⁵⁶ ifade edilebilecektir.

3. Kavramlar Arasındaki Bağıntının Ortaya Konulması

İdari yaptırım kararı tesis edildiğinde idari makamların uyması gereken birtakım usule ve esasa ilişkin ilkeler bulunmaktadır⁵⁷. Belirtmek gerekirse, bu ilkelere söz konusu kararın oluşum aşamasında uyulması bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından önem arz ettiği gibi, hukuk düzeninin korunmasında da rol oynayacaktır⁵⁸. Bununla birlikte, idari yaptırımlar ceza yaptırımlarından uygulanma usulü açısından da farklılık arz etmektedir⁵⁹. Özellikle idari yaptırımlar bakımından idareye tanınan yetkilerin kullanılması, bu yaptırımları ceza

-
- 54 MAHMUTOĞLU, İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi, s. 153.
55 TİMİT, Gérard, *Le Role de la Notion de Fonction Administrative en Droit Administratif Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963, s.11.
56 ZANOBINI, Guido, *İdari Müeyyideler*, (çev. GÜNAL, Yılmaz), Sevinç Matbaası, İstanbul, 1964, s. 16.
57 KARABULUT, Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 26.
58 Belirtmek gerekir ki, nitelik bakımından cezai yaptırımlardan farklı olması gerekçe gösterilerek idari yaptırım kararlarının alınması bakımından gerekli şekil ve usule uyulmaması da düşünüle-meyecektir. Bkz. MERKL, Adolf, *Umumî İdare Hukuku* (çev. ŞAMAN, Bedri Tahir), Titaş Basımevi, Ankara, 1942, s. 373.
59 OĞURLU, Yücel, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 46.

yaptırımından ayırmaktadır⁶⁰. Her ne kadar organik anlamda böyle bir farklılık mevcutsa da her iki yaptırımın cezalandırma niteliği göz önüne alındığında, yukarıda ifade edildiği üzere, farklılık niceliksel boyutta değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, her iki yaptırım türü, hukuka aykırı davranışları engellemeye yönelik olmakla birlikte, idari yaptırımlar ceza yaptırımlarına nazaran daha hafif veya daha az serttir⁶¹. Dolayısıyla idari yaptırımların uygulanması ile ilgili olarak ceza hukuku kavram ve ilkelerinin tamamen dışlanması düşünülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı üzere, “*Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır*”⁶². Özay’ın ifade ettiği üzere, ne tür uygulamaların idari yaptırım olarak ve ne tür yöntemler ile günlük toplum hayatına yansıtılacağına karar verilirken, kamu düzeni üzerindeki *olası etkilerinin tamamının öngörülmesi ve bu şekilde düzenleme yapılması* büyük önem taşımaktadır⁶³. Bu bağlamda ceza hukukunun “temel” ilkelerinin idari yaptırımlar bakımından da uygulama alanı bulacağı ifade edilebilecektir⁶⁴. Kaldı ki, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması da kabahatlerin ve bunların karşılığında uygulanacak idari yaptırımların ceza hukuku ilkeleri ile bağlantısını ortaya koymaktadır⁶⁵. Esasen Kabahatler Kanunu’nun geneline bakıldığında da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶⁶’na benzerliklerin ve bu nedenle ceza hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulabileceği alanların bulunduğu ve fakat bu benzerliğin bazı yerlerde fazla bazı yerlerde ise görece az olduğu (örn. kanunilik ilkesi; md.4)

60 OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, s. 46.

61 ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 28.

62 AYM. E.2017/137, K.2017/161, T.29.11.2017, RG. 19.12.2017-30275; ayrıca bkz. AYM. E.2017/95, K.2017/119, T.12.07.2017, RG. 25.08.2017-30165; AYM. E.2015/109, K.2016/28, T.07.04.2016, RG. 03.05.2016-29701.

63 ÖZAY, Adli Kolluk-İdari Kolluk, s. 949-950.

64 EKİNCİ, Murat, “*Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar*”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı:2017/3, 2017, s. 25.

65 ÖZEN, Mustafa, *İdari Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 14.

66 RG. 12.10.2004-25611.

söylenbilir⁶⁷. Öte yandan idari yaptırımlar bakımından geçerli olan ve fakat genel ceza kanunlarında geçerli olmayan bazı kaideler de bulunmaktadır: idari yaptırımların daha az sert olması, kabahatlerin şekli karakteri gibi⁶⁸. Buna göre denilebilir ki, “*ceza hukukuna özgü birtakım ilkeler, yargısal nitelikteki adli cezalardan farklı olarak idari işlem niteliği bulunan idari yaptırımlara, ancak bünyesine uygun düştüğü ölçüde*” uygulanabilecektir⁶⁹.

Öyleyse idari yaptırımlarda bakımından temel ceza hukuku ilkele-
rinin uygulama alanı bulabileceği (büyük önerme); idari yaptırımların
alt kategorisinde yer alan idari cezalar bakımından temel ceza hukuku
ilkelerinden olan masumiyet (suçsuzluk) karinesinin geçerli olabileceği
(küçük önerme) söylenebilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesine göre,
“*Masumiyet karinesi, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvence-
si olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve
etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkın-
daki ceza yargılaması devam etmeyen kişilerin, kamu görevlileri veya
otoritelerinin suçlu muamelesine maruz kalmalarını önlemelidir. Bu
kapsamda ceza davasını takip eden “ceza yargılaması niteliğinde ol-
mayan herhangi bir yargılamada” da (hukuk, disiplin gibi) masumi-
yet karinesine özen gösterilmelidir*”⁷⁰. Dolayısıyla masumiyet karinesi
yalnızca ceza yargılaması ile sınırlı olmayan, onun boyutları aşan; bu
sebeple de idari yaptırımlar bakımından değerlendirilmesi gereken bir
anlamı ifade etmektedir.

4. İdari Yaptırımlarda Masumiyet Karinesinin Anayasa Mah- kemesi Kararları Üzerinden Okunması

İdari yaptırımların idari işlem olarak ele alınması ve bu bağlamda
idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olmasının yanında, söz konusu

67 Bkz. BEKAR, Elif, “*Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, s. 1039. Bununla birlikte Anayasanın 38. maddesi uyarınca idarenin kişi hürriyetini bağlayıcı nitelikte ceza veremeyeceği göz önünde bulundurulduğunda; kanunilik ilkesinin en azından belirli idari yaptırımlar yönünden katı biçimde uygulanmasının gerektiği hakkında; EVREN, Çınar Can, “*Kabahatlerde Kanunilik İlkesi*”, İÜHFİM (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, s. 985.

68 ZANOBINI, Guido, “*İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi*” (çev. GÜNAL, Yılmaz), AÜHFİM, Cilt:18, Sayı:3, 1963, s. 309.

69 AKSOYLU, Özge, “*Türk Hukukunda İdari Yargımın Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2012/1, 2012, s. 80.

70 AYM. Mustafa Akın Başvurusu, B. No:2013/2696, T.09.09.2015, para. 38.

kavram bakımından maddi niteliklerin de üzerinde durulması gerekmektedir⁷¹. Zira idari yaptırımlar başlığı, idare tarafından alınan yaptırım kararları bakımından mahiyeti itibariyle idari makamların ceza yargılamasına benzer istisnai bir rolünü de ifade etmektedir⁷². İdari yaptırımlardan idari tedbirlerin değil ve fakat özellikle idari yaptırım niteliğindeki idari para cezaları⁷³ söz konusu olduğunda, Ulusoy'a göre ceza hukukunun tüm ilke ve kurallarının değil ve fakat çekirdek nitelikteki temel ceza hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır⁷⁴. Feyzioğlu'na göre ise, idari suç ve cezalarda Anayasanın 38. maddesiyle belirlenen ilkelere uyulması, mutlak bir zorunluluk arz etmemekle birlikte, sözü geçen maddenin idari suç ve cezaların düzenlenmesinde “*yol gösterici özelliğe*” sahip olduğu düşünülebilir⁷⁵. Esasen kavram olarak “*ilke*”nin “*yol gösterici fikri*” içeren genel kural olduğu göz önüne alındığında bu sonuca ulaşmak mümkündür⁷⁶. Nitekim Anayasa Mahkemesinin de bu anlayışa koşut biçimde AY md.38 hükmünün uygulama alanını daha geniş biçimde yorumladığı ifade edilebilir⁷⁷.

Bu anlamda idari yaptırımlar, idari işlemler içerisinde özel yeri haiz olan ve uygulanmalarında sıkı usul ve esasların gözetilmesini gerektiren işlemlerdir⁷⁸. Bu doğrultuda, idari yaptırımların başından yargıç müdahalesine gerek olmaması ve hemen uygulanabilirliği nedeniyle⁷⁹ bireyler üzerinde hukuki sonuçlar yaratması ve idarenin bireylere nazaran daha güçlü konumu, bu işlemlerin yargısal denetimini gerektir-

71 ÖZAY, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 68.

72 BENOIT, s. 552; MERKL, s. 364.

73 Söz konusu “idari yaptırım niteliğindeki idari para cezaları” ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda zikredilmiş olup, bu kararda söz konusu cezalar bakımından idare hukukuna özgü niteliklerin var olduğu hususu vurgulanmıştır. AYM. E.2017/166, K.2018/8, T.18.01.2018, RG. 27.02.2018-30345.

74 ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 49.

75 FEYZİOĞLU, Metin, “*İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1993/1, 1993, s. 15.

76 YÜCE, Turhan Tufan, “*Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tablil*”, Danıştay Dergisi, Sayı:88, 1994, s. 6.

77 “*Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir*”. AYM. E.2012/106, K.2012/190, T.29.11.2012, RG. 06.03.2013-28579. Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu, s. 15, dn. 14.

78 ÖZAY, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 73.

79 TAN, Turgut, “*İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler*”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 311.

mektedir⁸⁰. Ceza hukuku ilkelerinden tamamen bağımsız tutulamayan bu yaptırımlar bakımından masumiyet karinesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı yargı kararlarına konu olmuştur. Bu doğrultuda çalışma konusu bakımından Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları üzerinden bu meseleyi irdelemek gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin Kürşat Eyol Başvurusu'nda vermiş olduğu kararda belirtildiği üzere masumiyet karinesi, “*kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti “asıl” olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz*”⁸¹. Dolayısıyla masumiyet karinesinin bireylerin temel hak ve hürriyetlerini koruyan bir usulî güvence olduğu ve bu kapsamda ceza yargılamasını takip eden süreçte uygulama alanı bulacağı söylenebilir. İdari yaptırımlar söz konusu olduğunda da ceza yargılamasını takip eden süreç söz konusu ise, takip eden “ceza yargılaması niteliğinde olmayan *herhangi bir yargılamada*” da masumiyet karinesine özen gösterilmelidir⁸². Bununla birlikte ceza yargılamasını takip eden bir süreç söz konusu değilse idari yaptırımlar bakımından masumiyet karinesi yine de uygulama alanı bulacak mıdır sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir.

A. İdari Ceza-İdari Tedbir Farkının Masumiyet Karinesinin Uygulanması Bakımından Etkisi

İdari yaptırımın uygulanmasını gerektiren eylemler de aynen cezayı gerektiren eylemler gibi belirli bir normu ihlal eden insan davranışlarıdır⁸³. İdare, bu doğrultuda kamu düzenini layıkıyla tesis edebilmek için ya zorlayıcı tedbirlere başvurmakta ya da düzeni bozmama yükümlülüğü altında bulunan bireye bu yükümlülüğünü hatırlatmak için

80 KARABULUT, s. 70.

81 AYM. Kürşat Eyol Başvurusu, B. No:2012/665, T.13.06.2015, para. 26.

82 AYM. Mustafa Akın Başvurusu, B. No:2013/2696, T.09.09.2015, para. 38.

83 ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine*”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1228.

bir yaptırım uygulamaktadır⁸⁴. Bu kapsamda cezalar kural olarak ceza muhakemesi usulüne göre uygulanırken idari yaptırımlar, idari usullere göre uygulanır⁸⁵. Bununla birlikte söz konusu idari yaptırım kavramı, pozitif hukukta kendi içerisinde idari ceza⁸⁶ ve idari tedbirler olarak ayrıldığından; kural olarak idari tedbirler bakımından ceza hukuku temel ilkelerinin uygulanmayacağı ileri sürülebilecektir⁸⁷. Ne var ki, idari cezalar ve idari tedbirler arasında her durumda niteliksel bir farklılığın bulunduğu kolayca açıklanamamaktır⁸⁸. Özellikle idari yaptırım, idari ceza gibi kavramların başta kanun koyucu olmak üzere, ilgili merciler tarafından özenle kullanılmaması⁸⁹, sorunun daha da çetrefilli bir hal almasına sebebiyet vermiştir. Bu sebeple, idari ceza ve idari tedbir kavramları arasındaki niteliksel fark somut olayın verileri çerçevesinde değişiklik arz edebilmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara göre, “*Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve baksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır*”⁹⁰. Bu kapsamda Anayasa’nın 38. maddesinin uygulanması bakımından “idari tedbirler”den bahsedilmemiştir. Yine Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir başka karara göre, “*Kamu*

84 İÇEL, Kayhan: “*İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, 1980, s. 119.

85 SANCAKDAR, Oğuz, “*İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri*”, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 108.

86 Kabahatler Kanununda olduğu gibi günümüzde çeşitli kanunlarda idari ceza kavramına pozitif hukuk düzenlemelerinde yer verilmekte aynı zamanda bu kavram, Anayasa Mahkemesi ve diğer bazı yüksek mahkeme kararlarında ifade edildiğinden hukuki bir değer taşımaktadır. SANCAKDAR, s. 108.

87 ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 26.

88 ULUSOY, Ali D., “*İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri*”, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 46.

89 SANCAKDAR, s. 63.

90 AYM. E.2017/103, K.2017/108, T.31.05.2017, RG. 18.07.2017-30127.

ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez. Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır⁹¹”. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi esasen “yaptırım” niteliğinin var olması için “cezalandırma” amacının bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁹². Dolayısıyla bu karardan hareketle Anayasa Mahkemesinin idari yaptırımlar bakımından kategorik bir ayırım yaptığı sonucuna varılamayacaktır⁹³. Ancak, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karardan hareketle idari yaptırımlar bakımından masumiyet karinesinin uygulama alanı bulması, cezalandırma amacının varlığı ile ilişkilendirilmiştir denilebilir. Bununla birlikte, söz konusu olayda ifade edilen idari tedbir esasen bireyin ilgili ihaleye katılmasının engellenmesi sonucunu doğurduğundan; cezalandırma amacının hiçbir suretle bulunmadığı da ifade edilemeyecektir⁹⁴. Yukarıda değinildiği üzere, idari tedbir-idari ceza kavramlarının ayrılmasında gerek hatalı terminolojik kullanımdan gerekse hatalı sistematik izlenmesinden kaynaklanan bu güçlük, bu gibi durumlarda kendisini gösterebilmekte ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açabilmektedir. Dolayısıyla idari yaptırım kararlarının uygulanması söz konusu olduğunda; yetkili idarenin nitelendirmesinden ziyade kararın bireylerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde doğurduğu etki ve sonuçların öncelikle dikkate alınması gerekmektedir⁹⁵.

91 AYM. E.2007/68, K.2010/2, T.14.01.2010, RG. 28.04.2010-27565.

92 İdari yaptırım kavramının esasen cezalandırma amacına yönelik olduğu yönünde bkz. İÇEL, s. 119.

93 Aksi yönde; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 16.

94 ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 15.

95 Doktrinde Ulusoy, bu hususu “muhatapı için yeterli hukuki korunma testi” olarak ifade etmekte-

B. İdari Cezalar Bakımından Masumiyet Karinesinin Değerlendirilmesi

İHAS md.6/1'de yer alan suç isnadı kavramının yorumlanması ise, İHAM tarafından otonom kavram doktrini içerisinde⁹⁶, ulusal nitelendirmelerden bağımsız olarak yapılmaktadır⁹⁷. Bu kapsamda suç isnadı kavramına verilecek anlam bakımından İHAM⁹⁸, kişilere yönelik işlem veya eylemin şekli niteliğinden çok içeriksel yönüne ağırlık vermektedir⁹⁹. Bu çerçevede, masumiyet karinesinin hukukumuz bakımından uygulama alanının tayininde suç isnadının varlığı şartını İHAM uygulamasını dikkate alarak belirlemek gerekmektedir¹⁰⁰. Belirtmek gerekirse, İHAM kararlarında cezanın niteliği açısından cezaların verilmesinde *güdülen amaç*¹⁰¹ ve *yöneldiği kişi sayısı ve statüsü*¹⁰² ön planda olmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesi ile ilişkilendirildiğinde; masumiyet karinesi adil yargılanma lehine daha geniş yorumlanabilir¹⁰³. Bununla birlikte idari yaptırımların idari işlem niteliği göz önünde bulundurulduğunda bu işlemin yürütülebilir tek yanlı bir işlem olduğu¹⁰⁴ ve bu kapsamda hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı¹⁰⁵ ifade edilebilir. Bu kapsamda masumiyet karinesinin söz konusu idari işlemler bakımından nasıl uygulama alanı bulacağı sorunu; idari işlemin oluşum süreci ve -yargısal denetim söz konusu olduğunda- yöneltelen

dir. ULUSOY, İdari Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri, s. 48.

96 TOSUN, Seyfullah, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 12.

97 İNCEOĞLU, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. İNCEOĞLU, Sibel), Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 257.

98 Bu konuda bkz. CREMER, Wolfram, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku" (çev. NART, Serdar), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 177 vd.

99 İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s. 257.

100 ÜZÜLMEZ, İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005, s. 47.

101 İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Bastı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 95.

102 TOSUN, s. 19.

103 İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s. 259.

104 BENOIT, s. 550.

105 Belirtmek gerekirse, doktrinde Özay, idari işlemlerin hem yasal dayanağının bulunduğu hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade etmek için "hukuka uygunluk" ifadesi yerine "kanunilik" karinesi ifadesini kullanmaktadır. ÖZAY, *Günüşiğında Yönetim*, s. 407.

fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat yönünden gerekli imkanların sağlanıp sağlanmadığı hususları göz önünde bulundurularak cevaplandırılmalıdır.

İfade edilecek olursa, doktrinde bir görüşe göre, ceza yargılamasının aksine idari yaptırımlar bakımından *bir ön yargılama aşaması bulunmadığından*, ispat yükü idareden bireye geçmekte olup, suçsuzluk karinesi kabul edilmemektedir¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesi de bu görüşe koşt biçimde vermiş olduğu bir kararda, -kategorik yaklaşım sergileyerek-masumiyet karinesinin Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen "*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar çerçevesinde değerlendirilen idari davalar*" bakımından uygulama alanı bulamayacağına karar verilmiştir¹⁰⁷. Oysaki mahkemenin muhakeme sürecinde bireylere muhatap olduğu işlemin aksinin ispatı bakımından gerekli imkanları sağlamaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak yorumlanabilir¹⁰⁸. Bunun yanında söz konusu savunma imkanları sağlansa da idari yaptırım kararının oluşum sürecinde meydana gelen birtakım eksiklikler bireylerin temel hak ve hürriyetlerini etkileyebilir¹⁰⁹. Nitekim İHAM da Krause/İsviçre davasında¹¹⁰ masumiyet karinesinin her türlü ceza davasında geçerli olduğunu fakat sadece ceza davasıyla sınırlı olmadığını ifade etmiştir¹¹¹. İdare hukukunda kararların tesis edilme aşaması kaide olarak gizli nitelikte olduğundan¹¹²; bireylerin bu karar alma sürecine katılma olanağı bulunmadığı gibi, bireyler bu kararın sonuçlarına da katılmak

106 OĞURLU, s. 47.

107 AYM. Münür İçer Başvurusu, B. No:2012/584, T.12.03.2015, para. 26.

108 TOSUN, s. 50.

109 ULUSOY, İdari Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri, s. 46.

110 "*Article 6 (2) of the Convention, laying down the principle of presumption of innocence, is certainly first of all a procedural guarantee applying in any kind of criminal procedure (cf. Commission's Report concerning Application No. 788/60, Austria v. Italy, Yearbook 6, p. 741 et seq. on p.7841. However, the Commission is of the opinion that its application is wider than this. It is a fundamental principle embodied in this Article which protects everybody against being treated by public officials as being guilty of an offence before this is established according to law by a competent court. Article 6 (2), therefore, may be violated by public officials if they declare that somebody is responsible for criminal acts without a court having found so*". İHAM. Krause v. Switzerland, App. No:7986/77, 03.10.1978.

111 ORMANOĞLU, Hatice Derya, "*Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutunda Suçsuzluk Karinesi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s. 2252.

112 HOSTIOU, René, *Procédure et Formes de L'acte Administratif Unilatéral en Droit Français*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, s. 21.

zorundadırlar¹¹³. Oysa, Genel İdari Kanun Tasarısı¹¹⁴'nin 15. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere, usul prosedürünün amaçlarından birisi maddi gerçeğin *idare ve ilgililerce yeterince irdelenip* ortaya konulmasıdır¹¹⁵. Bu bağlamda idari yaptırımlarda yaptırım kararının yapılaş sürecinde söz konusu irdelemenin yeterince yapılmaması durumunda “masumiyet karinesinin” adil yargılanma hakkı çerçevesinde uygulanabilirliği de söz konusu olabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu’nda izin verilen azami yük ağırlığının aşılması suretiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 65. maddesi hükmünün¹¹⁶ ihlal edildiği gerekçesiyle başvurucu Şirkete “gönderen” sıfatıyla idari para cezası verilmiştir¹¹⁷. Bununla birlikte Mahkemece gönderenin kastının bulunup bulunmadığı, ağırlığın aşılmasına karşın yükün bilerek verilip verilmediği değerlendirilmemiş; bu konuda bir tespit yapılmamış ve karineden yararlanılarak sonuca ulaşılmıştır¹¹⁸. Bu durumda başvurucu Şirket bakımından yöneltilen fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat yönünden yaptırımı uygulayan idare ile arasında önemli bir dezavantaj olduğu ve böylelikle kullanılan varsayımın “*masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı*” anlaşılmıştır¹¹⁹. İHAM’ın vermiş olduğu Salabiaku/Fransa kara-

113 ÖZAY, Günişığında Yönetim, s. 14.

114 Belirtmek gerekirse söz konusu Tasarı kanunlaşmamıştır. Oysaki, bu Tasarının hazırlanması sürecinin idarenin işleyişi bakımından bir fırsat olarak görülmesi gerektiği doktrinde de ifade edilmiştir. Nitekim, idare tarafından alınacak kararların hukuka ve ihtiyaçlara en uygun şekilde gerçekleştirilmesinin bu yolla sağlanabileceği ifade edilmiştir. KANLIGÖZ, Cihan, “Katılımcı Demokrasi Ya Da İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, 1996, s. 182.

115 Bkz. ÖZAY, Günişığında Yönetim, s. 924. Buna ek olarak Tasarı md.15/son hükmüne göre, “*idare tüm muamelelerinde, benzer konulardaki idari işlemlerle yargı yerleri tarafından verilmiş bulunan kararlardaki ilke ve gerekçeleri de dikkate almakla yükümlüdür*”.

116 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu md.65/1 “*Araçların yüklenmesinde, yönetmeliklerle belirlenen ölçü ve esaslara aykırı olarak; (...) b) Azami yüklü ağırlığın veya izin verilen azami yüklü ağırlığın aşılması (...) yasaktır*”. 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu md.65/3 “*Birinci fıkranın (b) bendine uymayarak; a) % 10 fazlasına kadar yüklemelerde 500 Türk Lirası, b) % 15 fazlasına kadar yüklemelerde 1.000 Türk Lirası, c) % 20 fazlasına kadar yüklemelerde 1.500 Türk Lirası, d) % 25 fazlasına kadar yüklemelerde 2.000 Türk Lirası, e) % 25’in üzerinde fazla yüklemelerde 3.000 Türk Lirası, işleten ve gönderenlere ayrı ayrı idarî para cezası verilir*”.

117 AYM. Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, B. No:2014/3905, T.19.04.2017, RG. 17.05.2017-30069.

118 Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, para. 33.

119 Fameka İnş. Plastik San ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, para. 34.

rında¹²⁰ belirtildiği üzere, İHAS md.6/2 hükmü hukuk sistemlerindeki maddi ve hukuki karinelere kayıtsız kalamayacağından; devletlerin söz konusu karineleri savunma hakkının sağladığı korumayı dikkate alarak makul sınırlar içinde tutması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de yargı yolunun bireylere güvence oluşturduğundan bahisle bireyler tarafından bu yolun etkin kullanılabilmesi için bazı hukuksal araçlara sahip olunmasının da gerekli olduğunu belirtmektedir¹²¹. Dolayısıyla Sözleşme'nin hukuk sistemlerindeki maddi ve hukuki karineleri kural olarak yasaklamadığı ifade edilebilirse de¹²² niteliği itibariyle idari yaptırımlar bakımından söz konusu karinelerin bireylerin savunma haklarının özüne dokunmayacak şekilde uygulanması icap eder.

Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarına koşut biçimde, idari cezalar bakımından söz konusu karinelerin, savunma hakkının kullanılmasını güçleştirmeyecek ölçüde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin Taner Koyuncu Başvurusuna konu olayda başvuru, kendisine ait olan bir aracı kiralama şirketine kiralamıştır¹²³. Söz konusu araç, daha sonra anılan şirket tarafından üçüncü bir kişiye kiraya verilmiş ve fakat aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin verildiği iddiasıyla araç sahibine de tescil plakası üzerinden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca 1609 TL idari para cezası verilmiştir¹²⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “*somut olayın özel koşullarında kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlarda -adli suç ve cezalara nazaran- sorumluluk karinelerine ilişkin standartların daba esnek yorumlanması mümkündür. Ancak bu durumda dahi ispat bakımından kullanılan karinelerin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir*”¹²⁵. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesinin idari yaptırımlarda uygulama alanı bulabileceğini belirterek; adli suç ve cezalar ile idari yaptırımlarda uy-

120 Salabiaku v. France, App. No:10519/83, 07.10.1988, Seri A No. 141-A, para. 28; aktaran, DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-I (İHAS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 643.

121 Bkz. KURT, Hayrettin, “*İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, 2014, s. 148.

122 DOĞRU/NALBANT, s. 643.

123 AYM. Taner Koyuncu Başvurusu, B. No:2015/11678, T.24.05.2018, RG. 06.07.2018-30470.

124 AYM. Taner Koyuncu Başvurusu, para. 9.

125 AYM. Taner Koyuncu Başvurusu, para. 29.

gulanacak standartların daha esnek yorumlanabileceğini ifade etmiştir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, araç sahibinin kastının bulunup bulunmadığı ve aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine bilerek izin verilip verilmediği hususlarının değerlendirilmemiş olmasını ve başvuru- rucunun yöneltlen fiille ilgili savunma ve bunun aksini ispat bakımın- dan yaptırımı uygulayan idare ile arasında önemli bir dezavantaj oluş- masını Anayasa'nın 36.¹²⁶ ve 38. maddelerine aykırı bularak masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹²⁷. Bu karara koşut biçimde Anayasa Mahkemesi, Mehmet Güzeloğlu Başvurusu (2) kararına konu olayda Mahkemenin, başvuru- rucunun aracı kiralayan firmanın sahibi ol- masını idari para cezası yaptırımı uygulanması için yeterli görmesini; yani, salt belli bir statüde (mülkiyet hakkı sahibi) olma idari para cezası yaptırımı uygulanmasına gerekçe yapılmasını hukuka aykırı bulmuş- tur¹²⁸. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, somut olgular yerine aksi ispat edilemeyecek bir fiili karineden hareketle kabahatin işlendiğine karar verildiği takdirde, "*savunma imkânı bireye tanınmış olsa dahi*" söz konusu masumiyet karinesinin ihlal boyutunu telafi edemeyeceğine hükmetmiştir¹²⁹. Bu doğrultuda, savunma imkânının sağlanıp sağlanma- dığı meselesi bir yana, somut olgudaki nedenler araştırılmaksızın fiili karineden hareket edilmesi dahi, masumiyet karinesinin ihlali bakımın- dan yeterli görülmiştir. İfade edilecek olursa, her idari işlemin yapıl- ması bakımından bir sebep unsurunun varlığı söz konusu olmaktadır¹³⁰. Bu doğrultuda Danıştay da tesis edilen idari işlemin hukuka uygunlu- ğunu irdelerken, işlemin sebep unsurunun gösterilmesi gerekliliğine hükmetmektedir¹³¹. İdarenin söz konusu işlemi yapması bakımından sebep unsurunun hukuka uygun olması için *gerekli araştırmaların ya- pılmış olması* gerekmektedir. Dolayısıyla resen araştırma ilkesi, bilhas-

126 AY md.36 "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde da- vacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçmaz*".

127 AYM. Taner Koyuncu Başvurusu, para. 32-33.

128 AYM. Mehmet Güzeloğlu Başvurusu (2), B. No:2014/12757, T.07.06.2017.

129 AYM. Mehmet Güzeloğlu Başvurusu (2), para. 40; AYM. Taner Koyuncu, para. 32.

130 KARAHAÑOĞULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 432.

131 Bkz. OĞURLU, Yücel, "*Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi*", A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 1998, s. 129.

sa temel hak ve hürriyetlere müdahale¹³² eden işlemler bakımından, sadece yargılama aşamasında değil; idari işlemin yapılış sürecinde de dikkate alınmalıdır¹³³. Bu anlamda yetkili idare, karar almadan önce her işi inceleme, araştırma ve soruşturmaya tabi tutmakla yükümlüdür¹³⁴.

İdari yaptırımlar bakımından masumiyet karinesinin uygulama alanı bulduğu bir başka olay tarım arazilerinde anız yakılmasından ileri gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Başvurusu¹³⁵ ile Mehmet Şirin Akın Başvurusu¹³⁶ kararlarına göre başvuru-cların maliki oldukları tarım arazilerinde anız yakıldığının tespit edildiği gerekçesiyle her bir başvuru adına maliki oldukları tarım arazisinin büyüklüğüne göre belirlenen tutarda idari para cezası verilmiştir. Oysaki her iki bireysel başvuru kararına konu olayda bireylerin malik olarak bulunduğu çok sayıda tarla bulunmaktadır ve herhangi bir tarlada başlayan yangının rüzgarın etkisiyle diğer arazilere sıçrayabilmesi mümkündür¹³⁷. Özellikle, her iki kararda da tarım arazilerinde yapılan incelemede, anızı yakan kişiye ait herhangi bir bulguya rastlanmamış ve fakat anız yakıldığı tespit edilen arazinin maliki olan başvuru tarafından, taşınmazında anız yakıldığı yönünde herhangi bir ihbarda veya suç duyurusunda bulunulmadığı dikkate alınarak anız yakma eyleminin mülk sahibince gerçekleştirildiğine dair fiili karineden yararlanmıştır¹³⁸. Bu kapsamda söz konusu fiili karineden yararlanmak suretiyle

132 Belirtmek gerekir ki, burada "müdahale" sözcüğünün sadece olumsuz anlamıyla değerlendirilmesi eksik bir anlayış olacağından; sözcüğün temel hak ve hürriyetleri "koruma" düzlemindeki anlamının da dikkate alınması gerekmektedir. ODER, Burak, "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme", Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2008, s. 247.

133 Örneğin, takdir komisyonunca *yeterli araştırma ve tespit yapılmadan*, yükümlünün defter ve belgeleri incelenmeden *takdirin hangi amaçla yapıldığı gözetilmeden genel ve soyut ifadelerle takdir edilen matrah üzerinden yapılan tarbiyatta* isabet bulunmadığı hakkında bkz. D11D. E.1996/575, K.1996/1528, T.08.04.1998, (<https://legalbank.net>), ET. 29.01.2019. Ülkemizde idarenin yalnızca bireysel işlemler bakımından değil; aynı zamanda, koyduğu düzenleyici kuralların etkilerini de önceden araştırıp değerlendirmeye almadığı hakkında bkz. ÇAL, Sedat, "İdari Usul Kanunu (ve Bilgi Edinme Hakkı) Gereksinimi Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/2, 2012, s. 156.

134 DURAN, s. 409.

135 AYM. Ahmet Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, B. No:2015/19616, T.17.05.2018, RG. 27.06.2018-30461.

136 AYM. Mehmet Şirin Akın Başvurusu, B. No:2015/17644, T.03.07.2017.

137 AYM. Mehmet Şirin Akın Başvurusu, para. 33; AYM. Ahmet Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, para.35.

138 AYM. Mehmet Şirin Akın Başvurusu, para. 35; AYM. Ahmet Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, para. 37.

doğrudan idari yaptırıma karar verilmesi, masumiyet karinesini ihlal eden boyuta ulaştığından ve söz konusu işlem tesis edilmeden gerekli araştırmalar yapılmadığından; Anayasa Mahkemesince isabetli biçimde, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinin söz konusu olay bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır¹³⁹. Bu doğrultuda idari yaptırım kararının alınış sürecinde öncelikle idari işlemi gündeme getiren sorunun ne olduğunun tanımlanması ve ortaya konulması gerekmektedir¹⁴⁰. Sonraki süreçte ise, söz konusu işlemin tesisinden önce idarece bilgilerin toplanılması ve bu bilgilerin yeterli biçimde değerlendirilmesi icap eder¹⁴¹. İşte bu sürecin tam anlamıyla yerine getirilmeyerek belirli karinelere hareketle neticeye varmak Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, idari yaptırımlar söz konusu olduğunda Anayasal güvence altında olan adil yargılanma hakkı çerçevesinde masumiyet karinesinin ihlalini sonuçlayacaktır.

5. Sonuç

İdari yaptırımlar ile masumiyet karinesi ilkesi arasındaki bağlantıyı açıklarken öncelikle söz konusu kavramların tanımlanması gerekmektedir. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gereğini ifade eden bir kavram olarak adil yargılanma hakkı çerçevesinde hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir. Anayasal konumu ve fonksiyonu itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir yeri haizdir. Kanunların yetki verdiği durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar idari yaptırım kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte söz konusu idari yaptırım kavramı, pozitif hukukta kendi içerisinde idari ceza ve idari tedbirler olarak ayrıldığından; idari tedbirlerde ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilebilir. Ancak, idari ceza ve idari

139 AYM. Mehmet Şirin Akın Başvurusu, para.36; AYM. Ahmet Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, para. 38.

140 AKYILMAZ, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 81.

141 AKYILMAZ, s. 81.

tedbir kavramlarının birbirinden ayrılmasında yaşanan güçlükler, bu konuda mutlak bir sonuca varılmasını zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda idari yaptırım kararlarının uygulanması söz konusu olduğunda; yetkili idarenin nitelendirmesinden ziyade kararın bireylerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde doğurduğu etki ve sonuçların öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. İdari cezaların ceza yaptırımlarından farkı noktasında, her ne kadar organik anlamda bir farklılık mevcutsa da her iki yaptırımın cezalandırma niteliği göz önüne alındığında, bu farklılık niceliksel boyutta değerlendirilmektedir. Masumiyet karinesi yalnızca ceza yargılaması ile sınırlı olmayan, onun boyutları aşan; bu sebeple de idari yaptırımlar bakımından değerlendirilmesi gereken bir anlamı ifade etmektedir. Bu kapsamda idari yaptırımların baskın idari işlem kimliği göz önünde bulundurulduğunda idari işlem yapılış sürecinde gerekli araştırmaların ve değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bu sürecin gereği gibi yerine getirilmeden idari yaptırım kararlarının uygulanması, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında belirtildiği üzere, masumiyet karinesinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde ihlali anlamına gelecektir.

KAYNAKÇA

- AKIN**, İlhan, Kamu Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1993
- AKSOYLU**, Özge, “Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2012/1, 2012, (ss.67-122)
- AKYILMAZ**, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- AYBAY**, Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, TBB Yayınları, Ankara, 2006
- BEKAR**, Elif, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM (Prof. Dr. İl Han Özyay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, (ss.1033-1050)
- BÉNOIT**, Francis-Paul, Le Droit Administratif Français, Librairie Dalloz, Paris, 1968
- CREMER**, Wolfram, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku” (çev. NART, Serdar), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.173-197)
- ÇAĞLAR**, Bakır, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, (ss.1221-1250)
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006
- ÇAL**, Sedat, “İdari Usul Kanunu (ve Bilgi Edinme Hakkı) Gereksinimi Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/2, 2012, (ss.149-168)
- DELVOLVÉ**, Pierre, L’acte Administratif, Sirey, Paris, 1983
- DOĞRU**, Osman/**NALBANT**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-I (İHAS 2,3,4,5,6 ve 7. maddeler), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012
- DOYLE**, William, Fransız Devrimi (çev. GÜR, Hakan), Dost Kitabevi, Ankara, 2015
- DUGUIT**, Léon, Kamu Hukuku Dersleri (çev. DERBİL, Süheyy), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954
- DURAN**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982
- EKİNCİ**, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı:2017/3, 2017, (ss.19-54)

- EVREN**, Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İÜHFİM (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, (ss.967-1001)
- FEYZİOĞLU**, Metin, “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1993/1, 1993, (ss.5-22)
- FEYZİOĞLU**, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48, Sayı:1-4, 1999, (ss.135-163)
- GEMALMAZ**, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt: Bölgesel Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011
- GEMALMAZ**, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Cilt: Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011
- GEMALMAZ**, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt-I, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı-İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, (ss.115-182)
- HOSTIOU**, René, Procédure et Formes de L’acte Administratif Unilatéral en Droit Français, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974
- İÇEL**, Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, 1980, (ss.117-131)
- İNCEOĞLU**, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. İNCEOĞLU, Sibel), Beta Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, (ss.209-286)
- İNCEOĞLU**, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013
- KANADOĞLU**, Osman Korkut, “Anayasal Bir İlke Olarak Masumiyet Karinesi”, Prof. Dr. Mümtaz Soysal’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, (ss.369-386)
- KANLIGÖZ**, Cihan, “Katılımcı Demokrasi Ya Da İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:45, Sayı:1-4, 1996, (ss.167-183)
- KARABULUT**, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- KARAHANOĞULLARI**, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- KURT**, Hayrettin, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, 2014, (ss.131-178)

- KURTKAN**, Amiran, Sosyal İlimler Metodolojisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978
- KUZU**, Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988
- LATOURNERIE**, Roger, Conseil d'Etat'nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme (çev. YAYLA, Yıldızhan), İstanbul Üniversitesi SBF Yayınları, İstanbul, 1982
- MAHMUTOĞLU**, Fatih S., "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", İÜHF, Cilt:55, Sayı:1-2, 1997, (ss.151-171)
- MAHMUTOĞLU**, F. Selami, "Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Yeri", T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.27-42)
- MERKL**, Adolf, Umumî İdare Hukuku (çev. ŞAMAN, Bedri Tahir), Titaş Basımevi, Ankara, 1942
- ODER**, Burak, "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme", Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2008, (ss.239-252)
- OĞURLU**, Yücel, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 1998, (ss.120-133)
- OĞURLU**, Yücel, İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2001
- ONAR**, S. Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966
- ORMANOĞLU**, Hatice Derya, "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, (ss.2241-2276)
- ÖZAY**, İl Han, İdari Yaptırımlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985
- ÖZAY**, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- ÖZAY**, İl Han, "İdari Kolluk-Adli Kolluk", İÜHF (Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci'ya Armağan), Cilt:71, Sayı:1, 2013, (ss.947-961)
- ÖZEK**, Çetin, "İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt:60, Sayı:1-2, 2002, (ss.135-160)
- ÖZEN**, Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- ROUSSET**, Michael/**ROUSSET**, Olivier, Droit Administratif I: L'action Administrative, 2ème édition, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004

- ROUSSET**, Michel, L'Idée de Puissance Publique en Droit Administratif, Librairie Dalloz, Paris, 1960
- SANCAKDAR**, Oğuz, "İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri", T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.59-110)
- ŞIK**, Hüseyin, "Suçsuzluk Karinesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2013, (ss.103-145)
- TAN**, Turgut, "İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, (ss.309-326)
- TAN**, Turgut, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018
- TANÖR**, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, 3.Bası, Beta Yayıncılık, 1994
- TEKİNSOY**, Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011
- TIMSIT**, Gérard, Le Role de la Notion de Fonction Administrative en Droit Administratif Français, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963
- TİKVEŞ**, Özkan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1969
- TOROS KURTOĞLU**, Kabahatler Hukukunun Tarihçesi, Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. KANGAL, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss.1-26)
- TOSUN**, Seyfullah, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Masumiyet Karinesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018
- ULUSOY**, Ali D., "İdari Ceza Hukuku'nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri", T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.43-48)
- ULUSOY**, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- ÜZÜLMEZ**, İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005, (ss.41-72)
- YARSUVAT**, Duygun, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İÜHF, Cilt:30, Sayı:3-4, 1964, (ss.665-691)
- YARSUVAT**, Duygun, "Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar", İÜHF, Cilt:50, Sayı:1-4, 1984, (ss.153-177)

- YAYLA**, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010
- YÜCE**, Turhan Tufan, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, Danıştay Dergisi, Sayı:88, 1994, (ss.5-14)
- ZAFER**, Hamide/**PAMUK**, Gülfem/**ÇAKIR**, Kerim, Gerekçeli-Açıklamalı-İçti-hatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014,
- ZANOBINI**, Guido, İdari Müeyyideler, (çev. GÜNAL, Yılmaz), Sevinç Matbaası, İstanbul, 1964

YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://legalbank.net>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.anayasa.gov.tr>

www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.mevzuat.gov.tr>

kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BEUZE V. BELÇİKA BÜYÜK DAİRE KARARININ ÖZET ÇEVİRİSİ VE KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Serde Atalay**

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Beuze v. Belçika* Büyük Daire kararı, Mahkeme'nin ceza yargılamasında avukata erişim hakkına ilişkin içtihadının bir devamı olarak oldukça önemli bir karardır. Bu karar ile Mahkeme, geçmiş içtihadına da uygun olarak özellikle polis gözaltı ve ön soruşturma aşamasında kişinin sessiz kalma hakkı ve kendini suçlamama imtiyazı ile ilgili önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu bağlamda karar, özellikle iç hukuktaki avukata erişim hakkına ilişkin doğrudan bir yasal sınırlamanın sonuca etkisi yönünden önemli tespitler içermektedir. Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Madde 6 §§ 1 ve 3(c) hükümlerinin Belçika tarafından ihlal edildiğine hükmettiği bu kararın özet çevirisi, konuya ilişkin geçmiş içtihadı da yer vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Avukata Erişim Hakkı, Kendini Suçlamama İmtiyazı, Polis Gözaltı, Soruşturma, Yasal Sınırlama, Adil Yargılanma

SUMMARY TRANSLATION AND EVALUATION OF BEUZE V. BELGIUM GRAND CHAMBER JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

Beuze v. Belgium Grand Chamber judgement of the European Court of Human Rights is quite an important judgement as a continuation

* Hakemli karar incelemesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 03/02/2019. İlk hakem raporu tarihi: 05/03/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 12/03/2019.

** Avukat, Ankara Barosu, atalayserde@gmail.com, yazarn ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0934-9570.

of the Court's case-law concerning the right of access to a lawyer in criminal procedure. With this judgement, the Court made significant evaluations in accordance with its previous case-law, particularly regarding one's right to remain silent and the privilege against self-incrimination during police custody and preliminary investigation phase. In this context, the judgement specifically includes substantial evaluations with regards to the material impact of a direct statutory limitation in domestic law on the right of access to a lawyer. The summary translation of this judgement, in which the Court ruled that Article 6 §§ 1 and 3(c) provisions of the European Convention on Human Rights have been violated by Belgium, also involves the relevant previous case-law.

Keywords: Right of Access to a Lawyer, Privilege Against Self-Incrimination, Police Custody, Investigation, Statutory Limitation, Fair Trial

Başvuru No: 71409/10

Karar Tarihi: 9.11.2018 [Büyük Daire]¹

Başvurucu: Philippe Beuze.

A. Olayların Özeti

1. Başvurucunun Fransa'da tevkifi

Başvurucu Philippe Beuze, Belçika'daki Charleroi ilk derece mahkemesinin aleyhine düzenlediği bir Avrupa yakalama emri uyarınca 17 Aralık 2007'de Fransız jandarması tarafından yakalanmıştır. Emre göre başvuru 5 Kasım 2007'de eski kız arkadaşı M.B.'yi tasarlayarak öldürme suçundan aranmaktadır ve başvuru kimliği daha önce M. B.'nin bir komşusu tarafından teşhis edilmiş, ayrıca şiddet geçmişi göz önünde bulundurulduğunda tekrar suç işleme riski taşıdığı belirtilmiştir. Yakalandığı gün jandarma tarafından tutulan tutanağa göre başvuru *Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uyarınca kendi seçtiği ya da zorunlu olarak atanan bir avukatın yardımından yararlanma hakkından feragat etmiştir*. 21 Aralık 2007'de Fransa temyiz mahkemesi soruşturma birimi, *bu birim önünde avukat Ms. A. tarafından temsil edilen başvuru* kimliğinin, hususilik kuralından² feragat etme-

1 AİHM, *Beuze v. Belçika* [Büyük Daire], Başvuru No: 71409/10, Karar Tarihi: 09.11.2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

2 **Hususilik Kuralı:** İstisnalar saklı kalmak üzere, iade edilen şahsın, önceden işlediği ve iade-

diğini de teyit ederek yukarıdaki yakalama emrinin icrası için Belçika otoritelerine iade edilmesine karar vermiştir.

2. Belçika otoritelerine teslim ve ön soruşturma süreci

31 Aralık 2007 günü saat 10.40'ta Belçika otoritelerine teslim edilen başvurucu saat 11.50 ile 03.55 (pm) arasında polis tarafından ifadeye alınmıştır. İlgili tutanaklara göre kanuna uygun olarak başvurucuya, kendisine sorulan tüm soruların ve cevaplarının yazılı halini talep edebileceği, her türlü soruşturma faaliyetinin yapılmasını ve ifadenin alınmasını isteyebileceği ve *beyanlarının delil olarak kullanılabileceği* bildirilmiştir. Başvurucu ilk ifade alımında mağdur M.B. ile o zamanki kız arkadaşı C.L. vasıtasıyla 2007 başlarında tanıştığını belirterek suçun işlendiği 5 Kasım 2007 tarihinde olay mahallinde bulunduğunu kabul etmiş, ancak suçu işlediğini reddetmiştir. İfadesinde başvurucu suçu M.B.'nin 13 yaşındaki oğlunun bir çekiç vasıtasıyla annesine vurarak işlediğini, olaya müdahale ederek çekici çocuktan almaya çalıştığını ama çocuğun annesine vurmaya devam ettiğini söylemiştir. Başvurucu olay yerinden – polisin daha sonra olay yerinin yakınında bulunduğu - bir baltayla kaçtığını, çünkü sicili nedeniyle suçlanmaktan korktuğunu ve ambulans geldiğinde aracında saklanmakta olduğunu, mağdurun öldüğünü ise fark etmediğini belirtmiştir. Polis kendisine M.B.'nin daha önce 25 Ekim 2007'de başvurucu aleyhinde verdiği, kendisini öldürmeye çalıştığı yönündeki beyanını sorduğunda ise Beuze bunu kabul etmeyip onu öldürmeye çalışmadığını, o zaman da bir kaza olduğunu ve M.B.'yi yanlışlıkla yaraladığını, öldürme niyeti ise olmadığını beyan etmiştir. Polis başvurucuyu, M.B.'nin ölümünden sonra başvurucunun telefonundan M.B.'nin yakınlarına gönderilen, biri taziye içeren mesajların tespit edildiği konusunda bilgilendirmiş, başvurucu ise bu mesajları kendisinin gönderdiğini reddetmiştir. Başvurucunun bu detaylı beyanları polis tarafından sekiz sayfa altında tutanağa alınmıştır. Tutanakta başvurucunun ifadesini okuduğu ve ekleme ya da değiştirme yapmak istemediği de yazılmıştır. Başvurucunun sonraki beyanlarını

ye esas olandan başka bir fiilden dolayı takip ve muhakeme edilemeyeceği gibi bir ceza veya emniyet tedbirinin infazı için tutuklanamayacağı ya da başka herhangi bir surette hürriyetten alıkonulamayacağı prensibidir. Bu prensibe ilişkin düzenleme, Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer almaktadır.

içeren tutanaklar da aynı ibareleri içermekte olup tüm bu tutanaklar da başvuru tarafından imzalanmıştır.

Polisteki ifadesinin akabinde başvuru aynı gün saat 4.45'te (pm) ilk derece mahkemesinin sorgu yargıcı tarafından sorguya alınmış ve sorguda da beyanlarını doğrulamıştır. Sorgunun başında sorulması üzerine başvuru yargıca bir avukat seçmediğini bildirmiş ve yargıç da bu hususta baroyu bilgilendirerek bu yöndeki şerhini tutanağa geçirmiştir. 5.42'de (pm) biten sorgu sonrasında yargıç, acilen bir psikiyatriste ihtiyaç olduğu saptamasında bulunmuş, ayrıca başvurucuya M.B.'yi tasarlayarak öldürme fiilini isnat etmiştir. Aynı gün başvuru aleyhine tutuklama kararı çıkarılarak başvuru gözaltında tutulmaya devam edilmiştir.

Bu itibarla, başvuru 31 Aralık 2007'de Belçika otoritelerine iadesinden, polis nezdinde gözaltının sona ermesine kadar avukat yardımıyla yararlandırılmadığı ve bir avukata danışma hakkının kendisine ancak sorgu yargıcı tarafından gözaltının devamına karar verildiğinde tanındığı tartışmaya kapalıdır. Baroya da görevlendirme yapılması için ancak o zaman haber verilmiştir. Bundan da öte yargı makamlarınca sürdürülen ön soruşturma aşamasında başvurucuya avukat yardımı sağlansa da, aşağıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere süreç içerisinde polisin ifade alımlarında, sorgu yargıcının yaptığı incelemelerde ve diğer soruşturma işlemlerinde avukatın hazır bulunmadığı sabittir.

Başvuru 11 Ocak 2008'de polis tarafından tekrar ifadeye alınmıştır. Başvuru önceki beyanlarını doğrulayarak olayla ilgili daha detaylı bilgi vermiştir. Bu doğrultuda olayın gerçekleştiği anda olay yerinden geçen bir tanığa ilişkin beyanlarda bulunarak, tanığın M.B.'nin oğlunun darbelerine şahit olduğunu gördüğünü, bu tanığın yanında bir kadın olduğunu belirterek kendisinin de bu tanığı, daha sonradan tevkif edildiğinde arabasında bulunan sahte bir silahla tehdit ettiğini kabul etmiştir. Polis, ifadelerindeki çelişkiye dikkat çektiğinde ise silah taşıdığını kabul etmekle birlikte cinayeti işlediğini yine reddetmiştir. Bu ifadeye ilişkin tutanakta da 31 Aralık 2007'de baroya yapılan bildirim sonrasında başvurucuya bir avukat atandığına ya da ifade öncesinde başvuru bir avukatla görüştüğüne ilişkin bir ibareye rastlanmamaktadır.

M.B.'nin öldürülmesine ilişkin soruşturmaya paralel olarak başvuru-
cu ayrıca 6-7 Mart 2008 tarihleri arasında araba hırsızlığı olaylarına iliş-
kin olarak “suça ilişkin bağlantı” nedeniyle dört kez ifadeye alınmıştır.

17 Mart 2008'de sorgu yargıcı tarafından tekrar sorgulanırken so-
rulması üzerine başvuru bu kez Brüksel barosundan bir avukatla
irtibat halinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucuya, kendisi hak-
kında yapılan psikiyatrik incelemede antisosyal kişilik bozukluğu teş-
his edildiği bildirilmiştir. Yine cinayetle ilgili olarak sorgulandığında ise
başvuru, yetkililer fark etmeden dosyadan bir belge çaldığını ikrar
ederek, failin M.B.'nin oğlu olduğunu tekrarlamasına karşın olayların
akışına yönelik ifadesini değiştirmiştir. Başvuru, M.B.'ye saldırıldığın-
da C.L.'nin olay mahallinde bulunduğu bahsederek, cinayet günü
C.L. ile M.B. arasında bir kavgaya tanıklık ettiğini ve bir çekici C.L.'nin
elinden zorla aldığını belirtmiştir.

25 Mart 2008'de polis başvurucuyu ahlak ve kişilik değerlendirmesi
için ifadeye almıştır. Yine aynı gün C.L.'nin 17 Eylül 2007'de yaralanma-
sı olayı ile ilgili olarak başvuru tekrar ifadeye alınmıştır. Başvuru,
o zaman hamile olan C.L.'yi arabaya çağırıldığını, M.B.'nin telefonunu ve
banka kartını çalmak için ayarlanan bir buluşmaya gitmekten ‘korumak’
için onu suratından yumrukladığını, sonrasında ise M.B.'nin bir iştirak-
çinin yardımıyla C.L.'yi kanala ittiğini söylemiştir.

Başvuru hakkındaki 28 Nisan 2008 tarihli nöropsikolojik değer-
lendirmede başvuru kendisini ifade etme sıkıntısı çekmekle bir-
likte algısında bir anomali gözlenmediği, ancak başvuruda ciddi bir
empati ve sosyabilite eksikliği olduğu belirtilmiştir.

6 Haziran 2008'de, yukarıda bahsi geçen iki görgü tanığının da hu-
zurunda olay mahallinde 5 Kasım 2007'deki cinayete ilişkin bir yeni-
den canlandırma yapılmıştır. *Yasal düzenleme uyarınca başvuru*
avukatının yine hazır bulunmadığı canlandırma esnasında başvuru
bu kez de A.N. adlı bir kişinin o gün olay mahallinde bulunduğu
söz etmiş ve tekrar olayların akışına ilişkin ifadesini değiştirmiştir. Bu
kez mağdurun oğlunu yanlışlıkla suçladığını, esas öldürücü darbelerin
C.L. tarafından vurulduğunu ve kendisinin de C.L.'yi korkutmak için
silahı ateşlediğini beyan etmiştir. Aynı gün polis tarafından alınan ifa-
desinde iki görgü tanığının farklı yönde anlatımlarına karşı çıkmış ve

kendi versiyonunu doğrulamıştır. Dosyada başvurunun canlandırma öncesinde ya da sonrasında veya ifade esnasında avukatı ile iletişim kurmaya çalıştığına ilişkin bir delil yoktur.

8 Ağustos 2008'de suçlamaların genişletilmesi suretiyle başvuru aleyhine M.B.'yi öldürmeye teşebbüs, C.L. aleyhine işlenen şiddet ya da tehditle hırsızlık ve sahtekârlık suçlarından bir tutuklama kararı çıkarılmıştır. Buna ilişkin 18 Ağustos 2008 tarihli sorgu yargıcı huzurundaki sorgusunda başvurucuya genişletmeyi reddetme ve önce avukatıyla görüşme hakkı dâhil olmak üzere yasal hakları hatırlatılmıştır. Tutanaklara göre başvuru, suçlamaların genişletilmesine itiraz etmemiş ve dolayısıyla Fransız otoritelerince tanınan hususilik kuralından (dipnot 1'e bkz.) feragat etmiş, buna ilişkin olarak avukatından da onay alınmasını talep etmiştir. 5 Aralık 2008'de savcı kendisine suçlamaların genişletilmesini kabul edip etmediğini sorduğunda başvuru bu konuyu avukatına danışmak istediğini tekrar beyan etmiştir. Bunun üzerine [hususilik kuralını işleten Fransız] temyiz mahkemesi soruşturma bürosu, başvurunun nihai olarak rıza göstermediğini kabul etmekle birlikte, bahsi geçen üç suçlamanın da kovuşturulması için iade gerekçesinin bu suçlamaları içerecek şekilde genişletilmesine karar vermiştir.

Soruşturma aşamasının sonunda Belçika mahkemesinin 31 Ağustos 2009 tarihli kararıyla, tanık beyanları, soruşturmacıların bulguları, toplanan deliller ve adli, tıbbi ve psikolojik değerlendirmeler ışığında başvurunun suçluluğuna yönelik ciddi göstergeler olduğu gerekçesiyle başvurunun ağır ceza mahkemesinde yargılanmasına karar verilmiştir³.

3 Genel tablonun anlaşılması adına, bu aşamaya kadar olayların özeti şöyledir: Verilerden anlaşıldığı kadarıyla başvuru, 31 Aralık 2007'de Belçika otoritelerine teslim edilmesi ile 31 Ağustos 2009 tarihli yargılanma kararı arasında atılı suçlar hakkında *avukat yardımı almaksızın* toplam beş kez polis tarafından ifadeye, üç kez sorgu yargıcı tarafından sorguya alınmış, başvurunun iki kez de avukat bulunmaksızın savcı tarafından ifadesi alınmıştır. Ayrıca başvurunun avukatı 6 Haziran 2008 tarihli olay canlandırmasına da katılmamıştır. Buna ek olarak, başvurunun avukatı olmadığına yönelik olarak baroya yapılan 31 Aralık 2007 tarihli bildirimden sonra ne zamandan itibaren savunmasını hazırlamak üzere bir avukatla irtibata geçtiği dosya kapsamında AIHM tarafından tespit edilemediği gibi, bu konuda Hükümet de bir veri sunabilmiş değildir. Dolayısıyla genel itibarıyla başvurunun avukat yardımından yararlandırılması konusundaki eksikler ve belirsizlikler başvurunun can alıcı noktasını oluşturmaktadır.

3. Ağır ceza mahkemesindeki süreç

1 Şubat 2010'da ağır ceza mahkemesinde görülen duruşmada Belçikalı avukatı tarafından temsil edilen başvuru, 31 Aralık 2007'deki polis ifadesinde ve sonrasındaki soruşturma işlemlerinin çoğunda avukata erişim hakkından mahrum bırakılması nedeniyle çok temel bir savunma hakkının ihlal edildiğini ve dolayısıyla bu işlemlere dayanan tutuklama kararının bir geçerliliği olmadığını öne sürerek, bir avukatın yokluğunda gerçekleştirilen tüm soruşturma işlemlerinin geçersiz sayılıp kovuşturma dosyasının kabul edilemezliğine karar verilmesini talep etmiş ve ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM", "Mahkeme") içtihadı ışığında bu husustaki Belçika hukukunun Sözleşme'nin gerisinde olduğunu savunmuştur. Zira başvuruçunun iddiasına göre AİHM içtihadı⁴ somut olay bazında farklı değerlendirme yapılmasını mümkün kılmayan kesin bir ilke ortaya koyarken, Belçika hukukundan doğan genel ve emredici nitelikteki sınırlama Sözleşme'nin gerekliliklerine uymamaktadır.

Mahkeme, iddiaları reddederek, o dönemde gelişmekte olan AİHM içtihadını yorumladığı şekilde kovuşturma dosyasının kabul edilmezliğine karar verilmesi talebini ara kararında reddetmiştir. Zira mahkemeye göre öncelikle AİHM içtihadı ceza muhakemesinin her aşamasında kesin olarak avukatın bulunmasını zorunlu kılmamakta, sürecin bütünü itibarıyla değerlendirilerek adil yargılama incelemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre savunma hakları, prensip olarak, şüpheli/sanık kendini suçlayıcı beyanlarda bulunduğu telafi edilemez şekilde etkilenir. Bu doğrultuda mahkemenin değerlendirmesi uyarınca özetle, başvuru Fransız'daki işlemler esnasında kendi iradesiyle avukat yardımından feragat etmiş, sonrasında da Fransız temyiz mahkemesi soruşturma bürosu nezdinde zaten bir avukatın yardımından yararlanmış ve ayrıca başvuruçunun bu süreçte kendisi aleyhine işleyecek bir beyanda bulunduğu ya da kendisini suçladığı da söylenemez. Yine Belçika'daki süreç yönünden de mahkeme başvuruçunun, iki yıllık yargılama süreci içerisinde avukat yardımından ya-

4 Başvuruçunun özellikle şu kararlara dayanmıştır: AİHM, *Salduz v. Türkiye* [Büyük Daire], Başvuru No: 36391/02, Karar Tarihi: 27.11.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> [son erişim tarihi: 02.02.2019]; AİHM, *Dayanan v. Türkiye*, Başvuru No: 7377/03, Karar Tarihi: 13.10.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95015> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

arlanabilecekken şimdi mahkemeye şikâyet ettiği hususu o dönemde zaten hiç dile getirmediğini, yargılanma gerekçesinin de esasen kendi beyanlarından öte dosyada bulunan objektif delillere dayandığını, bunlar ve diğer hususlar bir bütün olarak gözetildiğinde sonuç olarak başvurunun savunma haklarından mahrum bırakılmadığını belirtmiş ve kovuşturma dosyasının kabul edilebilirliği ile yargılamanın devamına karar vermiştir.

9 Şubat 2010 tarihli duruşmada okunan (ve objektif delillerin yanı sıra başvurunun beyanlarından bazılarını da içeren, ek olarak bu beyanların edinilen çeşitli bulgularla ve tanık beyanlarıyla çeliştiği yönünde ibareler de barındıran) detaylı iddianame ışığında jüri başvurucuyu 5 Kasım 2007'de M.B.'yi tasarlayarak öldürmekten ve 17 Eylül 2007'de C.L.'yi de tasarlayarak öldürmeye teşebbüsten suçlu bulmuştur. 10 Şubat 2010 tarihli hükmünde ağır ceza mahkemesi başvurucuyu müebbet hapse mahkûm etmiştir.

Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS", "Sözleşme") Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) ışığında sorgu ve ifade esnasında avukat yardımından yararlandırılmasının zorunlu olmasına karşın yararlandırılmaması gerekçesine dayanarak temyize başvurmuş fakat temyiz talebi de, ağır ceza mahkemesinininkine benzer gerekçelerle reddedilerek karar kesinleşmiştir.

B. Başvurucunun İddiaları

Başvurucu, Belçika'ya iadesinden itibaren ilk ifade alımında ve sorgusunda avukat bulunmadığını belirtmiş, mahkemenin kanaatinin aksine Fransa'daki süreçte avukat yardımından yararlanmasının sonuca etkisiz olduğunu, zira mahkûmiyetine esas olan sürecin Belçika'daki yargılamayla ilgili olduğunu iddia etmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere başvuru, söz konusu soruşturma aşamalarında avukat yardımından mahrum bırakılmasının Belçika hukukundaki düzenlemelerin bir sonucu olduğunu ve AİHM'nin ilgili içtihadı ışığında bu düzenlemelerin Sözleşme ilkelerine uygun olmadığını savunmuştur.

İlgili ceza muhakemesi kanunu düzenlemesinde şüphelinin sessiz kalma hakkına ilişkin olarak bilgilendirilmesine yönelik bir düzenleme olmadığından, başvuru, 31 Aralık 2007'de avukat yokluğunda ifade-

sinin alınmasının, avukattan yararlanma hakkı ya da kendini suçlama imtiyazı hakkında bilgilendirilmediği anlamına geldiğini belirtmiştir. Sınırlı akli kapasitesi nedeniyle, beyanlarının delil olarak kullanılabileceği şeklindeki uyarıdan sessiz kalma hakkı olduğu şeklinde bir çıkarımı yapamadığını savunmuştur. Yine, tutanağı imzalamasının, söz konusu uyarının ifadesinin alınmasından önce kendisine açıkça yapıldığı anlamına da gelmediğini belirtmiştir.

Başvurucu, hukuki yardımdan yararlanma hakkından mahrum bırakılmasının meşru kılınması için ortada hiçbir zorlayıcı neden olmadığını da belirtmiştir. Başvurucuya göre, hukuki yardımdan yararlanmaya ilişkin genel ve emredici bir sınırlama, şüpheli iddiaları reddettiğinde ya da sessiz kalma hakkını kullandığında dahi atıf yapılan AİHM içtihadı ışığında Madde 6 ihlali oluşması için tek başına yeterlidir. Her ne kadar *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*⁵ kararı, Hükümetin, başvurusunun hukuki yardımdan yoksun bırakılmasının yargılamanın genel itibarıyla adil olmasına engel olmadığını göstermesine müsaade etse de, başvurucuya göre yasal bir sınırlamanın söz konusu olduğu bu dava bakımından bu ihtimal ancak çok istisnai bir durumda gündeme gelebilir. Zaten başvurucuya göre hukuki yardımdan yararlanma hakkına yönelik sınırlama, somut olayın koşulları çerçevesinde, yargılamanın bütünü itibarıyla adil olmasını telafi edilemez şekilde engellemiştir.

Sonuç olarak başvurucu öncelikle, gözaltındayken sessiz kalma hakkı ile kendisini suçlamaya zorlanamama hakkına yönelik olarak yeterince bilgilendirilmeksizin hukuki yardımdan yararlanma hakkından mahrum bırakıldığı ve ikinci olarak da izleyen ifade alımlarında, yargıç sorgularında ve diğer soruşturma eylemlerinde bir avukat tarafından temsil edilmediği gerekçesiyle AİHS Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) hükümlerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.

C. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

1. Ön açıklamalar

Mahkeme, daha önce avukata erişim hakkını inceleme fırsatı bulunduğu çeşitli Büyük Daire kararlarını hatırlatarak incelemesine başlar.

5 AİHM, *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [Büyük Daire], Başvuru No: 50541/08, 50571/08 ve 40351/09], Karar Tarihi: 13.09.2016, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-166680> [erişim tarihi: 01.02.2019].

Buna göre, başvuruçunun şikâyetinin, avukata erişim hakkının yasal bir düzenlemeden kaynaklanmasına ilişkin olduğu görülmektedir ki Mahkeme daha önce *Salduz* kararında aynı yönde bir şikâyeti inceleme fırsatı bulmuştur. Bundan da öte Mahkeme, *İbrahim ve Diğerleri* kararında avukata erişim hakkına yönelik olarak önemli açıklamalarda bulunsa da, söz konusu karar genel ve emredici nitelikte bir sınırlamaya ilişkin değildi. Dolayısıyla işbu dava, *İbrahim ve Diğerleri* kararındaki açıklamanın başvuruçunun öne sürdüğü gibi genel bir uygulamaya sahip olup olmadığını ya da tek başına yasal bir sınırlamanın varlığının Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) ihlali için yeterli görülüp görülemeyeceğini ortaya koyma imkânı sunmaktadır.

Yine bu dava, avukata erişim hakkının içeriği ve kapsamına ilişkin sorular da doğurmaktadır. *Salduz* kararından beri gelişen içtihadının da farkında olarak Mahkeme, bu davanın, söz konusu hakkın neden adil yargılanma hakkının temel boyutlarından birini teşkil ettiğini ve ilk polis ifadesi ile ilk yargıç sorgusu öncesinde ihtiyaç duyulan hukuki yardımın şekline yönelik açıklamaları tekrar ortaya koyma şansı sunduğunu gözlemlemektedir. Ayrıca dava Mahkeme'ye, polis gözaltı ya da ön soruşturma sürecinde gerçekleştirilen herhangi bir sorgulama esnasında ya da diğer soruşturma faaliyetleri sırasında bir avukatın fiziki varlığının gerekli olup olmadığını netleştirme imkânı vermektedir. Aşağıdaki genel ilkeler ışığında söz konusu sorular incelenecektir.

2. Genel prensipler

Mahkeme, Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) ile getirilen güvencelerin, Sözleşme'nin otonom yorumu çerçevesinde bir "suç isnadı" altında olan kişiler açısından uygulanır olduğunu hatırlatır. Bir suç isnadı, yetkili makam tarafından kişiye bir suç işlediğine yönelik iddianın resmi olarak bildirildiği ya da aleyhinde mevcut şüphe nedeniyle otoriteler tarafından gerçekleştirilen eylemlerden dolayı kişinin durumunun ciddi şekilde etkilenmeye başladığı anda mevcut hale gelir.

Bir ceza davasının adillliği, her durumda garanti edilmelidir ancak *İbrahim ve Diğerleri* kararında ortaya konduğu üzere adil bir yargılamanın varlığı tek bir değişmez kurala göre değil, somut olayın koşullarına göre belirlenir. Madde 6 § 1 şikâyeti incelemesi yaparken Mahkeme'nin

önceliği, ceza yargılamasının genel adilliğini incelemektir. Mahkeme pek çok olayda, adil yargılamanın gereklerine uygunluğun her somut olayın koşulları uyarınca yargılamanın bütününe bakılarak incelenmesi ve tek bir olayın ya da boyutun tek başına ele alınarak değerlendirme yapılmaması gerektiğini, bazı hallerde spesifik bir faktörün yargılamanın adilliğini belirleme yönünden tek başına belirleyici olabileceği gerçeğini de göz ardı etmeksizin belirtmiştir. Mahkeme yargılamanın genel adilliğini incelerken, uygun olduğu ölçüde, ceza davalarında ortaya çıkan usule ilişkin tipik durumlar bakımından adil bir yargılamanın gereklerini örnekleyen Madde 6 § 3'teki asgari hakları dikkate alacaktır. Dolayısıyla bunlar, 6 § 1'deki ceza yargılamasında adil yargılanma kavramının özel boyutları olarak görülebilir.

Avukata erişim hakkı ile ilgili değerlendirmeler

Madde 6 § 3 (c)'de düzenlenen, suç isnadı altındaki herkesin bir avukat tarafından etkili şekilde savunulma hakkı adil yargılanmanın temel unsurlarından biridir.

Bir kişi gözaltına alındığında, kişi Mahkeme'nin içtihadı tarafından anlaşıldığı ve tanımlandığı şekliyle bir suç ile isnat edildiği ve özellikle de şüpheli - söz konusu süreçte sorgulanıp sorgulanmadığına/ifadeye alınıp alınmadığına ya da başka bir soruşturma faaliyetine katılıp katılmadığına bakılmaksızın - yakalandığı andan itibaren avukata erişim hakkı tartışmasız şekilde uygulanabilir hale gelir⁶.

Yargılama öncesi aşamada avukata erişim, adli hataların önlenmesini sağlar ve silahların eşitliği ilkesi özelinde Madde 6'nın amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet eder. *Salduz* kararından bu yana Mahkeme, avukata hızlı erişimin, polis gözaltında hassas durumda bulunan şüpheliler bakımından önemli bir denge mekanizması teşkil ettiğini pek çok kez doğrulamıştır. Avukata erişim, şüphelilerin polisten kötü muamele görmesine ya da polis baskısı altına alınmasına karşı temel bir koruma da sağladığından ayrıca önleyici mahiyettedir.

Son olarak bir avukatın polis gözaltı ve soruşturma safhası esnasında temel işlevlerinden biri de şüpheli/sanığın kendini suçlamama hakkının gözetilmesini temin etmektir.

6 AİHM, *Simeonovi v. Bulgaristan* [Büyük Daire], Başvuru No: 21980/04, Karar Tarihi: 12.05.2017, § 114, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963> [son erişim tarihi: 02.02.2019].

Bu doğrultuda Mahkeme, Madde 6 bağlamında suç isnadı altındaki kişinin, kendi kendini suçlamama imtiyazı, sessiz kalma hakkı ve hukuki yardımdan yararlanma hakkına yönelik olarak bilgilendirilmesinin, madde ile temin edilen korumanın uygulanabilir ve etkili olması bakımından söz konusu haklara içkin olduğu kanaatindedir. Bundan olarak Madde 6 § 3 (c), bir suç ile isnat edilen her kişinin, yaşı veya özel durumundan bağımsız olarak ve kendi seçtiği ya da zorunlu olarak atanmış bir avukat tarafından temsil edilip edilmediğine bakılmaksızın, hukuki yardımdan yararlanma hakkının içeriğine ilişkin olarak derhal bilgilendirilmesini temin eder şekilde yorumlanmalıdır.

Kendi kendini suçlamama imtiyazının mahiyeti ve sessiz kalma hakkı ışığında Mahkeme, prensip olarak, bir şüpheliyi bu haklara ilişkin olarak bilgilendirmemenin hiçbir meşru açıklaması olamayacağı kanaatindedir. Ancak şüpheli bu yönde bilgilendirilmediğinde ise Mahkeme, bu eksiği göz ardı etmeksizin, yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığını incelemelidir. Usule ilişkin haklarla ilgili bilgi verebilecek bir avukata derhal erişim, söz konusu hakların bildirilmesinden kaynaklanan haksızlığı önleme potansiyeli taşımaktadır. Ancak avukata erişim geciktiğinde, soruşturma makamlarının şüpheliyi avukata erişim hakkı, sessiz kalma hakkı ve kendi kendini suçlamama imtiyazı konusunda bilgilendirmesi ayrı bir önem kazanmaktadır.

Madde 6 § 3 (c) avukata erişim hakkının icra ediliş şeklini ya da kapsamını açıkça ortaya koymaz ve bu hakkın yargısal sistemlerinde korunmasını temin biçimini devletlere bırakır; ancak elbette bu hakkın kapsamı ve içeriği, hakkın uygulanabilir ve etkili olmasını sağlayacak biçimde Sözleşmeye uygun olarak yorumlanmalıdır. Bir avukatın atanması tek başına onun sağlayacağı yardımın etkililiğini de garanti etmez, bu nedenle karşılanması gereken asgari standartlar özetle şunlardır:

1. Şüphelinin gözaltına alındığı andan itibaren, yani ifadesinden/sorgusundan önce bir avukatla görüşmesi mümkün olmalıdır.
2. Şüpheliler, avukatlarının ilk polis ifadesi sırasında ya da takip eden yargılama öncesi sürecin tümü boyunca sorgulandıkları her zaman zarfında fiziksel olarak hazır bulunması hakkına sahiptirler.
3. Somut olayın koşulları ve ilgili hukuk sistemi uyarınca, şu sınırlamalar yargılamanın adilliği önünde engel teşkil edebilir:

3.1. Avukatın yargılamanın erken safhalarında ya da ön soruşturma sürecinde dava dosyasına erişiminin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

3.2. Şüphelilerin sıraya dizilerek gerçek şüphelinin tespiti ya da yeniden canlandırma gibi soruşturma işlemlerinde avukatın hazır bulunmaması.

Tüm bunlarla birlikte Mahkeme yargılamanın genel adilliği incelenirken davanın tartışılması, savunmanın hazırlanması, lehe delillerin toplanması, sorguya hazırlık, stres altındaki sanığa destek, tutukluluk koşullarının incelenmesi gibi hukuki yardımla bağdaşan diğer tüm hizmetlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Avukata erişim hakkına yönelik sınırlamaların Mahkeme tarafından ne şekilde incelendiği, Mahkeme'nin içtihadı çerçevesinde ortaya çıkarılmıştır. Buna göre *Salduz* kararında Mahkeme öncelikle hakkın sınırlandırılmasını meşru kılan zorlayıcı nedenlerin olup olmadığına bakmış, ikinci aşamada ise yargılamanın genel adilliğini incelemiştir. Bu metot genel ve emredici yasal bir sınırlamadan ya da olay bazındaki uygulamalardan kaynaklanan çeşitli başka kararlarda da benimsenmiştir. Ayrıca belirtmelidir ki *Salduz* kararında Mahkeme, yasal bir dayanak uyarınca avukat yardımından mahrum bırakılmanın “zorlayıcı bir neden teşkil edemeyeceğini” ortaya koyarak, zorlayıcı nedenin yokluğuna karşın genel adillik incelemesi yapmıştır.

Hepsi Türkiye'ye karşı verilen bazı kararlarında ise Mahkeme, zorlayıcı neden ya da genel adillik incelemesi yapmaksızın avukata erişim hakkına yönelik sistematik engellerin *başlangıçtan itibaren (ab initio)* Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir⁷. Buna karşın kararların çoğunluğunda Mahkeme'nin daha az katı bir yaklaşımla yargılamanın genel adilliğini de incelediği görülmektedir.

***İbrahim ve Diğerleri* kararındanacak olan testin iki aşamalı olduğunu doğrulamış ve bu aşamaları netleştirerek aralarındaki ilişkiyi açıklık getirmiştir:**

(A) Zorlayıcı nedenler kavramı

Bu kavram, katı bir mahiyettedir, dolayısıyla avukata erken erişimin temel niteliği ve önemi gereğince avukata erişim hakkına yönelik

7 Diğer kararların yanı sıra özellikle bkz. *Dayanan v. Türkiye*, bkz. dipnot 3; AİHM, **ise Mahkeme, Salduz kararındaki ilkeyi pekiştirerek, uygula** *Boz v. Türkiye*, Başvuru No: 2039/04, Karar Tarihi: 09.02.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174813> [son erişim tarihi: 03.02.2018].

sınırlamalara sadece istisnai hallerde izin verilir, bu sınırlamalar geçici mahiyette olmalıdır ve her bir davada somut olayın koşullarının kendi içinde değerlendirilmesine dayanmalıdır. Bir avukatın varlığını önleyen yasal düzenleme tek başına zorlayıcı neden sayılmaz ve avukata erişim hakkına yönelik genel ve emredici bir düzenlemenin varlığı halinde dahi ulusal makamlar, dava özelindeki değerlendirmeler temelinde zorlayıcı nedenlerin varlığını göstermek zorundadır. Mahkeme, Hükümet belli bir durumda yaşam, özgürlük ve fiziksel bütünlük açısından ciddi olumsuz sonuçlardan kaçınma yönünde acil bir ihtiyacın varlığını gösterdiğinde zorlayıcı nedenlerin var olduğunu kabul etmektedir⁸.

(B) Yargılamanın bütün olarak adillığı ve testin iki aşaması arasındaki ilişki

İbrahim ve Diğerleri kararına göre zorlayıcı nedenlerin yokluğu tek başına Madde 6 ihlali doğurmaz. Bundan bağımsız olarak her durumda yargılamanın bütünü itibariyle incelenmesi gereklidir. Bu husus, işbu dava bakımından ayrıca önemlidir, zira başvuru bu olayda avukata erişim hakkına yönelik yasal bir sınırlamanın varlığının, zorlayıcı nedenlerin yokluğu karşısında tek başına Madde 6 ihlali teşkil ettiği iddiasındadır. Ancak Mahkeme gelişen içtihadıyla bu yönde kesin bir kural ortaya koyan (Türkiye aleyhine verdiği kararlarda görülen) ilkeden uzaklaşmıştır.

Zorlayıcı nedenlerin olmadığı hallerde Mahkeme çok katı bir adillik incelemesi yapmak zorundadır. Söz konusu nedenlerin yokluğu, ihlal bulunması ihtimalini ciddi şekilde arttırmaktadır. Dolayısıyla da görülen bir davanın şartları içinde, avukat erişimin engellenmesinin ceza yargılamasının adillğine telafi edilemez şekilde zarar vermediğini ispat yükü Hükümete ait olacaktır. Mahkeme ayrıca avukata erişimin geciktirildiği ve şüphelinin hakları konusunda bilgilendirilmediği durumlarda, Hükümetin yargılamanın bütün olarak adil olduğunu göstermesinin daha da zor olduğunu vurgular.

Son olarak belirtmelidir ki yargılamanın genel adillığı ilkesinin değerlendirilmesinin merkezinde yer alması, sadece Madde 6 § 3 (c)'teki avukata erişim hakkına yönelik olmayıp, Mahkeme'nin Sözleşme'nin

⁸ *İbrahim ve Diğerleri*, § 259; *Simeonovi*, § 117.

6 § 1. maddesinde düzenlenen savunma haklarına yönelik daha geniş içtihadının da doğasında vardır.

Mahkeme'nin içtihadı çerçevesinde, yargılamanın genel adilliği incelenirken dikkate alınacak faktörler, tüketici olmayan bir şekilde şöyle sıralanabilir:

1. Yaş ya da zihinsel kapasite gibi gerekçelerle başvuruçunun özellikle hassas bir durumda olup olmadığı,

2. Yargılama öncesi sürece ilişkin yasal çerçeve ve duruşmada delillerin kabul edilebilirliği ile bunlara uyulup uyulmadığı,

3. Başvuruçunun delillerin gerçekliğine ve bunların kullanılmasına itiraz imkânının olup olmadığı,

4. Delillerin niteliği ve - herhangi bir cebrin derecesi ve mahiyeti dikkate alınarak - elde edilme şekillerinin doğruluğu üzerinde şüphe uyandırıp uyandırmadığı,

5. Delillerin hukuka aykırı şekilde elde edildiği durumda söz konusu hukuka aykırılık ve bunun bir Sözleşme maddesinin ihlalinden kaynaklandığı hallerde bulunan ihlal,

6. Bir beyanın varlığı halinde beyanın mahiyeti ve derhal geri alınıp alınmadığı ya da değiştirilip değiştirilmediği,

7. Delillerin kullanılma şekli ve özellikle de mahkûmiyetin dayandığı ispat edici delillerin bütünüyle ya da önemli bir parçasını oluşturup oluşturmadığı ile dosyadaki diğer delillerin kuvveti,

8. Suçluluğun profesyonel hâkimler ya da sulh hâkimleri veya jüri üyeleri tarafından mı değerlendirildiği ile jüriye yapılan herhangi bir yönlendirme ya da rehberliğin içeriği,

9. Soruşturmadaki ve mevzubahis suçun cezalandırılmasındaki kamu yararının ağırlığı,

10. İç hukukun ve uygulamanın sağladığı usule ilişkin diğer ilgili güvenceler.

3. Genel ilkelerin başvurunun somut koşullarına uygulanması

Mahkeme, olayda polis gözaltı ve ön soruşturma aşaması işlemlerinin *Salduz* kararından önce gerçekleştiğini ve yargılamanın da *İbra-*

him ve Diğerleri kararından çok önce yapıldığını hatırlatarak ve Belçika temyiz mahkemesinin Mahkeme'nin o dönemde gelişen içtihadı doğrultusunda karar verme yönündeki çabasını dikkate alarak, aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur.

Somut olayda başvuruçunun avukata erişim hakkına yönelik sınırlamalar oldukça geniş kapsamlıdır. Yukarıda kapsamlı şekilde aktarıldığı üzere yaşanan gelişmeler çerçevesinde Mahkeme, Belçika makamlarına iadesinden itibaren Madde 6 korumasına tabi olan başvuruçunun, polis gözaltındayken avukata erişim hakkından yararlanmadığını ve bu hakkın yargılama öncesi ön soruşturma süreci boyunca da sınırlandığını tespit etmektedir. Bu bağlamda Hükümetin başvuruçunun Fransa'daki süreçte avukat yardımından yararlandığı yönündeki iddiası sonuca etkili olmayıp Mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Zira söz konusu süreç sadece başvuruçunun hakkındaki Avrupa yakalama emrinin Fransız makamlarınca icrasına ilişkindir.

(A) Zorlayıcı nedenlerin bulunup bulunmadığı

Bahse konu sınırlamaların, (o dönemde) Belçika hukukundaki yasal düzenleme eksikliğinden ve iç hukukun yargı makamlarınca yorumlanmasından kaynaklandığı konusunda bir tartışma yoktur. Mahkeme, zorlayıcı nedenlerle avukata erişimin kısıtlanmasının ancak istisnai hallerde, geçici bir mahiyette ve somut olayın koşullarının münferit değerlendirmesi temelinde kabul edilebilir olduğunu hatırlatır. Bu davada münferit bir değerlendirme olmadığı, öngörülen sınırlamanın genel ve emredici mahiyeti hasebiyle ortadadır. Bundan da öte, Hükümet istisnai durumların varlığını ortaya koymadığından, bu yönde çıkarım yapmak Mahkeme'ye düşmez. Dolayısıyla öngörülen sınırlamalar herhangi bir zorlayıcı nedenle meşru kılınmamıştır.

(B) Yargılamanın bütün olarak adilliği

Zorlayıcı koşulların yokluğu halinde Mahkeme, özellikle de genel ve emredici mahiyette yasal sınırlamalar varsa çok katı bir inceleme yapmak durumundadır. Bu nedenle başvuruçunun bütün olarak adil bir yargılamaya tabi kılındığını ispatlama yükü Hükümettedir. Hükümetin zorlayıcı nedenlerin varlığını ispatlayamaması ise dengeyi büyük ölçüde aleyhine bozmakta ve Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) ihlali bulunması ihtimalini arttırmaktadır.

Bu aşamada Mahkeme, içtihadı doğrultusunda ilgili oldukları ölçüde çeşitli faktörleri inceleyecektir:

(1) Başvurucunun hassas durumda olup olmadığı

Başvurucu hakkında yapılan zihinsel kapasite incelemeleri ile nörop-sikolojik değerlendirmeler göz ardı edilmemekle birlikte, başvurucunun algılamasında açık bir bozukluk ya da soruşturma aşamasındaki ifadelerini etkileyecek ölçüde bir noksan gözlenmediğinden başvurucunun özel olarak hassas bir durumunun olmadığı düşünülmektedir.

(2) Delillerin toplanma koşulları

Başvurucu hiçbir aşamada Belçika polisinin kendisine baskı uyguladığını öne sürmediği gibi, başvurucunun Fransız jandarmasının kendisine baskı uyguladığı yönündeki iddiası hem ağır ceza mahkemesinde çürütülmüş hem de başvurucunun kendisi sonradan bu ifadeyle çelişir beyanlarda bulunmuştur.

(3) Yargılama öncesi sürece ilişkin yasal çerçeve ve duruşmada delillerin kabul edilebilirliği ile başvurucunun delillerin gerçekliğine ve bunların kullanılmasına itiraz imkânının olup olmadığı

Hükümet tarafından, başvurucunun polis gözaltının sona ermesinden itibaren avukat yardımından sınırsızca yararlandığı ve avukat yardımı almadığı ifadelerinin hepsinin tutanaklarının kendisine verildiği, bu nedenle de başvurucuya usule ilişkin yeterli güvence sağlandığı savunulmuştur. Bu güvencelerin başvurucunun faydasına olduğu kabul edilmekle birlikte, başvurucu aleyhine uygulanan Belçika hukukunun Madde 6 § 3'ün gerekliliklerine uygun olmadığı ortadadır. Zira soyut olarak belli güvenceler öngören yasal düzenlemeler yargılamanın genel adillliğini garanti altına almaz. Burada bakılması gereken, söz konusu güvencelerin uygulanmasının diğer eksiklikleri telafi edici mahiyette olup olmadığıdır. Bu yöndeki incelemesinde ise Mahkeme, başvurucunun ifade ve sorgular esnasındaki tutumunun, gözaltında ortaya çıkan ciddi problemlerin daha sonra sağlanabilecek/sağlanan herhangi bir avukat yardımı ya da takip eden sürecin çekişmeli mahiyeti ile düzeltilmesi konusunda şüphe uyandırır nitelikte sonuçlar yaratabilme potansiyeli taşıdığı görüşündedir. Kaldı ki yukarıda olaylar bölümünde belirtildiği üzere başvurucunun ne zamandan itibaren avukat yardımından ya-

rarlanmaya başladığı dosyada belli değildir. Başvurucunun avukatının birkaç kere değiştiği anlaşılacakla birlikte, dosyadan görüşmelerin ne sıklıkla olduğu ve avukatın ifadeler ile sorguların tarihinden haberdar olup olmadığı öğrenilememektedir. Dolayısıyla başvuru savunması için avukatı ile önceden hazırlık yapamazdı ve ancak sonradan avukatına ifadenin ya da sorgunun nasıl geçtiğini söyleyebilir, gelecek için çıkarımlarda bulunabilirdi.

Başvurucunun avukatı bulunmaksızın dile getirdiği beyanların hükme esas alınması meselesi ile ilgili olarak, ağır ceza mahkemesi nezdindeki duruşmada bu mahkemenin, başvuru beyanlarını içeren tutanakların ya da başvuru beyanının alındığı/sorgulandığı koşulların detaylı bir incelemesini yapmadığı anlaşılacaktır. Dolayısıyla mahkemenin süreç içerisinde avukatın kritik aşamalarda yokluğunun detaylı bir analizini yaptığına yönelik bir ibare yoktur. Böylesi bir ihmal, mahkemede yargılamanın sözlülük esasına dayandığı ve duruşmanın bir kaydı olmadığı da düşünüldüğünde, sözlü savunmanın jürinin varlığındaki etkisini tartmak mümkün olmadığından daha da büyük önem kazanmaktadır.

(4) Beyanların mahiyeti

Belçika'daki ağır ceza mahkemesi ile temyiz mahkemesine göre başvuru beyanının ifade alımı ve sorgusu esnasındaki beyanları kendisini suçlar nitelikte olmayıp herhangi bir ikrar da içermemektedir. Ancak Mahkeme, kendi kendini suçlamama imtiyazının sadece açık ikrarlar ya da doğrudan kişinin kendisini suçlar nitelikteki beyanları ile sınırlı olmadığını, zira kendi kendini suçlayıcı beyandan söz edilebilmesi için beyanların sanığın pozisyonunu esaslı şekilde etkilemesinin yeterli olduğunu hatırlatır.

Bu davada başvuru beyanının dar anlamda herhangi bir ikrarda bulunmadığı ya da açıkça kendini suçlamadığı doğru olmakla birlikte, başvuru soruşturmacılara sorgusunun akışını değiştiren detaylı açıklamalarda bulunmuştur. İlk başta M.B. öldürüldüğünde olay mahallinde bulunduğunu ve bir tanığı tehdit ettiğini söylemiş, sonra C.L. ile ilgili çeşitli açıklamalarda bulunmuştur ki başka bir tanık beyanıyla desteklenmeyen bu açıklamalar başvuru beyanının durumunu etkilemiş olmalıdır. Ayrıca başvuru soruşturma süresince ifadesini birkaç kez değiştirerek

güvenilirliğini azalttığından, başvuruçunun sorgu yargıcı nezdindeki ilk sorgusu büyük önem arz etmektedir.

Zorlayıcı nedenlerin yokluğunda çok katı bir inceleme yapılması gereğini hatırlatan Mahkeme, tüm bu koşulların yargılamanın bütün olarak adillliği değerlendirilirken dikkate alınması gerektiğini belirtir. Bu çerçevede, her ne kadar ifadesi alınırken beyanlarının delil olarak kullanılabilmesi başvuruçuya bildirilmiş ve bu bildirim Belçika hukukunda zımnî olarak sessiz kalma hakkını içerir biçimde algılanıyor olsa da, avukat yardımıyla yoksun bulunan başvuruçunun söz konusu bildirim sessiz kalma ve kendi kendini suçlamama hakkını içerir biçimde anlaması beklenemez. Dolayısıyla da başvuru haklarından yararlanamamış ve sonuç yönünden önem arz eden beyanlarda bulunmuştur.

(5) Delillerin kullanılması ve suçluluğun jüri üyeleri tarafından değerlendirildiği bir durumda jüriye yapılan herhangi bir yönlendirme ya da rehberliğin içeriği

Jüri gözetiminde profesyonel hâkimlerden oluşan daimi olmayan bir mahkeme olan ağır ceza mahkemesindeki duruşmada iddianame sözlü savunmalardan önce, baştan sonra okunmuştur. Söz konusu iddianame 21 sayfa uzunluğunda olup başvuruçunun aile hayatını ve geçmişini, olayları ve olayların nasıl geliştiğini, soruşturma faaliyetlerini ve sonuçlarını ve tıbbi incelemelerin sonuçlarını içermektedir. Ayrıca başvuruçunun doğruladığı hususlar ile olaylara yönelik değişen ifadeleri de iddianamede yer almıştır.

Mahkeme, savcılığın iddianameyi hazırlarken başvuruçunun iddialarının yanı sıra tanık beyanları, soruşturma bulguları, toplanan deliller ve tıbbi ve psikiyatrik incelemeler gibi verilere de dayandığını gözlemlemiştir. Ancak, başvuruçunun polis gözaltında verdiği detaylı ifadeler, cinayet günü meydana gelen olaylarla ilgili detaylı açıklamalar içermekte olup, bu ifadeler başvuruçunun sonradan olayların akışını değiştirdiği beyanları ile çelişmektedir ve başvuruçunun olay yerinde bulunduğunu ya da bir tanığı tehdit ettiğini hiç inkâr etmemiştir. Ayrıca C.L. hakkında düşünmeden bilgi vermiştir ki bu durum neredeyse kendisini suçlu konuma düşürmesine neden olmuştur. Bu beyanlar, her ne kadar soruşturmacılar başvuruçunun ilk ifadesinden önce belli delilleri toplamış olsalar da, soruşturmacılara iddianameye etkilemesi kaçınılmaz olan bir çerçeve sunmuş olmalıdır.

Bu unsurların jürinin kararını etkileyip etkilemediği meselesinde ise Mahkeme, jürinin başvuruçuyu C.L.'yi tasarlayarak öldürmeye teşebbüsten suçlu bulmasına ayrı bir önem atfetmektedir. Zira bu husus, başvuruçunun avukatı olmaksızın verdiği ifadenin, mahkûmiyetinin dayandığı delillerin bütünleyici bir parçasını oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

M.B.'nin öldürülmesiyle ilgili olarak ise Mahkeme, jürinin dosyadaki diğer delillere de dayandığı savunmasına katılmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, 1 Şubat 2010'daki duruşma esnasında mahkeme başkanının jüriyi, değerlendirmelerini yaparken başvuruçunun çeşitli beyanlarına atfetmesi gereken önem ve bunun hukuki sonuçları konusunda yönlendirmediğini gözlemiştir. Bu nedenle Mahkeme, avukat yokluğunda ve yeterli bilgilendirme yapılmaksızın alınmış olmasına rağmen başvuruçunun beyanlarının dosyadaki diğer delillerle ilişkisi bakımından ve ispat değeri yönünden nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda jürinin yönlendirilmemesinin çok ciddi bir noksan olduğu görüşündedir.

(6) Kamu yararının ağırlığı

Kamu yararı gereklerinin bir öldürme ve iki öldürmeye teşebbüs suçlamasından hakkında iddianame düzenlenen başvuruçunun kovuşturulmasını meşru kıldığı konusunda şüphe yoktur.

(7) İç hukukun ve uygulamanın usule ilişkin diğer ilgili güvenceleri sağlayıp sağlamadığı

Yukarıda da belirtildiği üzere, her ne kadar Belçika temyiz mahkemesi bazı usule ilişkin güvenceleri kararında dikkate almışsa da yargılamanın genel adillliği sadece yasal düzenlemelerle soyut olarak tanınmış belli güvenceler ile temin edilemez. Ancak bunların davada uygulanmasının incelenmesi ile yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığı belirlenebilir. Her durumda, temyiz mahkemesinde değinilen tüm güvenceler bu davanın incelenmesinde Mahkeme tarafından da dikkate alınmıştır.

(8) Sonuç

Sonuç itibarıyla, avukata erişimin kısıtlanmasında zorlayıcı nedenlerin yokluğunda genel adillik incelemesinin çok katı şekilde yapılması gerektiği ilkesini tekrar vurgulayarak Mahkeme, başvuruçuyu aleyhinde

yürütülen cezai sürecin bütün olarak incelendiğinde yargılama öncesi aşamadaki usule ilişkin noksanları düzeltmediği sonucuna varmıştır ki bu noksanlardan özel önem atfedilmesi gerekenlerin bazıları özetle şöyledir:

1. Başvurucunun avukata erişim hakkına yönelik sınırlamalar geniş kapsamlıdır. Başvurucu öncesinde bir avukata danışma ya da avukatın varlığını temin etme imkânı olmaksızın polis gözaltındayken ifadeye alınmıştır ve başvurucunun sonrasındaki sorguları ya da diğer soruşturma faaliyetleri sırasında da hiçbir avukat hazır bulunmamıştır.

2. Bu koşullarda ve sessiz kalma hakkına ilişkin olarak kendisine yeterli açıklıkta bilgi verilmeksizin başvurucu gözaltındayken detaylı açıklamalarda bulunmuştur. Sonrasında ise olaylarla ilgili anlatımlarını değiştirmiş ve dar anlamda doğrudan kendisini suçlamasa bile, özellikle C.L.'yi öldürmeye teşebbüs suçlamasıyla ilgili olarak kendi pozisyonunu esaslı olarak etkileyen beyanlarda bulunmuştur.

3. Söz konusu beyanların tümü, bu beyanların elde edilme koşulları ya da avukat eksikliğinin etkisi detaylı şekilde incelenmeden ağır ceza mahkemesi tarafından delil olarak kabul edilmiştir.

4. Temyiz mahkemesi kovuşturma dosyasının kabul edilebilirliğini incelerken sadece gözaltındayken avukatın yokluğu üzerinde durmuş, izleyen süreçlerde avukatın yokluğunun başvurucunun savunma hakları üzerindeki etkisini ise incelememiştir.

5. Başvurucunun beyanları iddianamede önemli bir rol oynamıştır ve C.L.'yi öldürmeye teşebbüs suçlaması yönünden başvurucunun mahkûmiyetinin dayandığı delillerin ayrılmaz bir parçasını oluşturmuştur.

6. Ağır ceza mahkemesindeki duruşmada jüri, başvurucunun beyanlarının ve bunların ispat değerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili olarak hiçbir yönlendirme ya da rehberlik almamıştır.

Mahkeme burada, bir dördüncü derece mahkemesi gibi hareket etmenin kendi görevi olmadığını hatırlatır. Ancak Madde 6 § 1 uyarınca genel adillik değerlendirmesi yaparken Mahkeme iç hukukta yargılamanın nasıl yürütüldüğünü incelemek zorundadır ve avukata erişim yasağının zorlayıcı nedenlere dayanmadığı hallerde çok katı bir inceleme yapılması zorunludur. Bu davada, yargılamayı bütünü itibariyle ada-

letsiz yapan şey, münferit olarak yukarıdaki faktörler değil, bunlarının tümünün birlikte değerlendirilmesidir.

Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3(c) maddesi ihlal edilmiştir.

[Hâkimler Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Hüseyinov karara ekli 13 sayfalık bir müşterek mutabık görüş yazmışlardır.]

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3(c) maddesi hükümlerine ilişkin hatırı sayılır bir süredir gelişmekte olan içtihadının son halkasını, Mahkeme'den son dönemde çıkan önemli kararlardan olan *Beuze v. Belçika* (“*Beuze*”)⁹ oluşturmaktadır. Davanın yukarıda yer verilen özet çevirisi her ne kadar kendi içinde pek çok hususu ortaya koymakta ise de, özellikle bu kararda da sıkça atf yapılan ve mevzubahis hükümlere yönelik prensiplerin ortaya konularak kalıcılaştırılmasında başrolü oynayan iki temel karar üzerinden özlü bir değerlendirme yapılmasında fayda vardır. İçtihadın devinimi içerisinde aralarındaki benzerlikler ve farklar gösterilerek ele alınacak diğer iki karar, *Salduz v. Türkiye*¹⁰ (“*Salduz*”) ve *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*¹¹ (“*İbrahim ve Diğerleri*”) kararlarıdır.

Beuze kararında da açıkça belirtildiği üzere, Mahkeme'nin Madde 6 §§ 1 ve 3(c) incelemesinde değerlendirme aracı olarak kullandığı “iki aşamalı test” *Salduz* kararıyla ortaya konulmuştur¹². Türkiye'ye karşı görülen, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin halen çalışmakta olduğu dönemde yürürlükte olan ilgili yasal düzenlemeler¹³ uyarınca avukat yardımından yararlandırılmaksızın ifadesi alınan başvurucunun, bu ifade-deki ikrarının hükme esas alınması nedeniyle bahse konu maddelerin ihlal edildiği iddiasını AİHM'ye taşıdığı bu önemli dava¹⁴, bu yönüyle *Beuze* kararıyla da benzerlik göstermektedir. Zira iki kararın da ortak

9 Bkz. dipnot 1.

10 Bkz. dipnot 4.

11 Bkz. dipnot 5.

12 *Beuze*, §141; *Salduz*, § 52 ve §§ 56-58; *İbrahim ve Diğerleri*, §§257 ve 258-262.

13 1.12.1992 tarihli ve 21422 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 3842 sayılı ve 18.11.1992 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde 31.

14 *Salduz*, §§12-26 ve 47.

yönü, başvurucunun avukattan yararlanma hakkına yönelik sınırlamanın genel ve emredici bir yasal düzenlemeye dayanıyor olmasıdır¹⁵.

Mahkeme'nin genel ve emredici bir yasal düzenleme ile avukata erişim hakkına getirilen sınırlamanın hukukiliğine yönelik değerlendirmesine geçmeden önce, Madde 6 §§ 1 ve 3(c) ilişkisini hatırlatmak gerekir. Mahkeme nezdinde Madde 6 § 3(c) otonom bir hakkı korumaz, aksine Madde 6 § 1 ile ilişkisi çerçevesinde anlam kazanır¹⁶. Buna göre Madde 6 § 1 söz konusu olduğunda Mahkeme'nin esas endişesi, ceza davaları yönünden, yapılan cezai takibatın genel adilliğini incelemektir¹⁷. Bunu yaparken Mahkeme her olayın münferit koşulları çerçevesinde bir inceleme yapar ve bir faktörü tek başına belirleyici olarak görmez, ancak elbette bu, belli münferit etkenlerin bazı durumlarda sonucu belirleyecek ağırlıkta bir önem arz etmeyeceği anlamına da gelmemektedir¹⁸. Bu çerçevede Mahkeme, Madde 6 § 3'te düzenlenen "asgari hakları", ceza davalarında ortaya çıkan, adil bir yargılamanın nasıl olması gerektiğini örnekleyen usule ilişkin tipik durumlar olarak görmekte ve Madde 6 § 1 uyarınca bir ceza yargılamasında adil yargılanma kavramının özel veçheleri olarak değerlendirmektedir¹⁹. Bir diğer deyişle, Madde 6 § 3 ile öngörülen asgari haklar ve dolayısıyla bunlardan biri olarak avukata erişim hakkı "*kendi içinde bir amaç teşkil etmeyip, bunların esas amacı bir bütün olarak ceza yargılamasının adilliğini temin etmektir*"²⁰.

İki hüküm arasındaki ilişki bu şekilde ortaya konulmakla, genel ve emredici bir yasayla adil yargılanma güvencelerine yönelik yapılan müdahalenin Madde 6 §§ 1 ve 3(c) bağlamındaki etkisi, *İbrahim ve Diğerleri* kararı da incelendiğinde iki aşamalı test içerisinde ortaya konulmalıdır.

Salduz kararıyla yerleştiği ve değerlendirmemizde yer verdiğimiz iki kararla da uygulanarak pekiştiği Mahkeme tarafından kabul edilen bu

15 *Salduz*, §56; *Beuze*, §138.

16 *Simeonovi*, § 113.

17 AİHM, *Taxquet v. Belçika* [Büyük Daire], Başvuru No: 926/05, Karar Tarihi: 16.11.2010, §84, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

18 *İbrahim ve Diğerleri*, §251; AİHM, *Can v. Avusturya*, Başvuru No: 9300/81, Karar Tarihi: 30.09.1985, §48, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57457> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

19 *İbrahim ve Diğerleri*, § 251; *Salduz*, §50, AİHM, *Dvorski v. Hırvatistan* [Büyük Daire], Başvuru No: 25703/11, Karar Tarihi: 20.10.2015, § 76, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158266> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

20 *İbrahim ve Diğerleri*, § 251; *Can*, § 48.

iki aşamalı test en basit şekliyle şöyle ortaya konulabilir: Madde 6 §§ 1 ve 3(c) ihlali olup olmadığını incelerken Mahkeme öncelikle ortada adil yargılanma hakkına yapılan müdahaleyi haklı kılan zorlayıcı bir neden olup olmadığını araştırmakta, ardından yapılan yargılamanın genel itibarıyla adilliğini incelemektedir²¹. Testin iki aşaması arasındaki ilişki çok önemlidir ve esasında aşağıda da değinilecek olan müşterek mutabık görüş ile kararın gerekçesi arasındaki yaklaşım farklarını şekillendirmektedir.

İbrahim ve Diğerleri kararı uyarınca Mahkeme'ye göre, ilk aşamada davalı Hükümet nezdinde zorlayıcı bir nedenin yokluğu, doğrudan Madde 6 §§ 1 ve 3(c) ihlali ile sonuçlanmayacaktır²². Mahkeme bu halde de genel adillik incelemesine devam edecektir; ancak testin ilk aşamasında varılacak olumsuz sonucun ikinci aşama üzerinde hiçbir etkisi yok değildir²³. Nitekim ilk aşamada zorlayıcı nedenin varlığını gösterememesi halinde, testin ikinci kısmında ispat yükünü taşıyan Hükümetin yargılamanın genel adilliğini ispatlaması ciddi oranda zorlaşmaktadır. Zira bu durumda Mahkeme'nin yargılamanın genel olarak adil olup olmadığını incelerken yapacağı inceleme çok sıkı bir hal almaktadır²⁴. Dolayısıyla testin iki aşaması arasında birbirini dışlayan bir ilişki olmayıp, ilk aşamanın ulaştırdığı sonuç, ikinci aşamada yapılacak incelemenin derecesi ve niteliği bakımından bir etki doğurmaktadır²⁵.

İbrahim ve Diğerleri, karardaki tartışmanın özünü mevzubahis adil yargılanma güvencelerine müdahale niteliğinde genel ve emredici bir yasal düzenlemenin oluşturulmaması bakımından diğer iki karardan ayrılmaktadır. Fakat yine de bu karar, diğer iki hükümdeki sonuca etki eden değerlendirmelerin tespiti açısından büyük önem taşır. Zira *İbrahim ve Diğerleri* kararı ile Mahkeme, "zorlayıcı neden" kriterini somutlaştırarak, hangi hallerde zorlayıcı bir nedenin varlığını kabul edeceğini

21 *Beuze*, § 139; *İbrahim ve Diğerleri*, § 257.

22 *İbrahim ve Diğerleri*, § 262.

23 *İbrahim ve Diğerleri*, § 263.

24 *Beuze*, § 145, 165, 179, 193-194; *İbrahim ve Diğerleri*, § 6, 265.

25 Ancak Mahkeme'nin geçmişte farklı yönde kararlar verdiği de olmuş, öyle ki bu kararlara *Beuze* davasında başvuru tarafından iddiasını desteklemek üzere atf yapılmıştır. Söz konusu kararlar Türkiye'ye karşı verilmiş olup, bu davalarda Mahkeme *Salduz* testini uygulamaksızın genel ve emredici bir yasal düzenlemeye dayanan sistematik bir uygulamanın tek başına bahse konu maddeleri ihlal ettiğine hükmetmiştir; bkz. dipnot 7'deki kararlar.

ortaya koymuştur²⁶. Mahkeme'ye göre zorlayıcı neden son derece katı bir ölçüt olup dar yorumlanmalıdır. Zira avukata erişimin mümkün olduğunca erken bir aşamada, özellikle de ilk ifade alımında sağlanmasının arz ettiği temel önem düşünülürse, avukata erişimin sınırlandırılmasına ancak çok istisnai hallerde, geçici olarak ve özel koşulların münferit değerlendirmesi temelinde müsaade edilebilir²⁷. Bu bağlamda zorlayıcı nedenlerin varlığının ortaya konulup konulmadığını incelerken Mahkeme şu hususları dikkate alacaktır:

- Avukata erişim hakkını sınırlamaya yönelik kararın iç hukukta bir dayanağının olup olmadığı,
- Avukata erişime getirilen herhangi bir sınırlamanın, bu sınırlamanın hayata geçirecek olanların eylemlerini ve karar alma süreçlerini yönlendirecek ölçüde, hukuk tarafından kapsam ve içerik itibarıyla yeterli netlikte ortaya konulup konulmadığı²⁸.

Tüm bu kriterler ışığında Mahkeme, zorlayıcı bir nedenin varlığını, ancak yaşama, özgürlüğe ve fiziksel bütünlüğe yönelik ciddi olumsuz sonuçları önlemeyi gerektiren acil hallerde kabul edeceğini belirterek, zorlayıcı nedenin gösterilmesi bakımından son derece yüksek bir çıta ortaya koymuş bulunmaktadır²⁹.

Tam da bu noktada, “iç hukukta dayanağı olmak” hususunun *İbrahim ve Diğerleri* kararında kastedildiği şekliyle ortaya konulması gerekir. Dikkat edilirse, *İbrahim ve Diğerleri* kararıyla benimsenen ölçüt, yaşama, özgürlüğe ve fiziksel bütünlüğe yönelik ciddi olumsuz sonuçları önlemeyi gerektiren acil hallerin varlığıdır. Davalı bir Hükümet ancak böyle bir durumu gösterebildiğinde iki aşamalı testin ilk aşamasını geçebilecektir ki *İbrahim ve Diğerleri* kararında, toplumda infial yaratan, ciddi can kayıpları ve yaralanmalara yol açan ve devam etmesinden korkulan terör saldırılarından korunma gereği savunması, Mahkeme açısından bu gerekliliği karşılamıştır³⁰. Bu yorum uyarınca Mahkeme nezdinde, bir Hükümetin, avukata erişim hakkına yönelik sınırlamanın

26 *İbrahim ve Diğerleri*, §§ 258-259.

27 *İbrahim ve Diğerleri*, § 258.

28 *İbrahim ve Diğerleri*, § 258.

29 *İbrahim ve Diğerleri*, § 259; *Beuze*, § 143; *Simeonovi*, § 117.

30 *İbrahim ve Diğerleri* §§ 276-279.

genel, emredici ve sistematik olarak uygulanan yasal bir düzenlemeden kaynaklandığı şeklinde bir savunma yapması, o Hükümeti zorlayıcı nedenlerin varlığını göstermekten kurtarmaz. Bir diğer deyişle, avukata erişimi önleyen yasaların varlığı, tek başına bir zorlayıcı nedenin var olduğu sonucuna Mahkeme'yi götürmeyecektir ki *Beuze*'de benimsenen yaklaşım da budur³¹. Ancak örneğin yaşamsal tehlike arz eden bir durum nedeniyle avukata erişim hakkına yapılabilecek bir müdahalenin haklılığını incelerken Mahkeme, yukarıda belirtildiği üzere, yapılan müdahalenin dayandığı kararın iç hukukta bir temeli olup olmadığına ve kararın hukuki bir çerçevede alınıp alınmadığına bakacaktır³².

Beuze kararı ile Büyük Daire tarafından benimsenen bu içtihadı göre zorlayıcı nedenlerin ispatı meselesi, yukarıda da belirtildiği üzere testin ikinci aşamasının bir anlamda kalitesini belirleyeceğinden son derece önemlidir. Zira ilk aşamada zorlayıcı nedenlerin varlığının oldukça net bir şekilde gösterilmesi halinde bile Mahkeme Madde 6 § 1 uyarınca görevini unutmamakta ve her halükarda adil yargılanmanın gereklerinin gözetilip gözetilmediğini araştıracağını belirtmektedir. Büyük Daire'nin yorumladığı şekliyle *Salduz* ile ortaya konulan bu nokta en güzel şekilde *İbrahim ve Diğerleri*'nde somutlaşmıştır. Zira bu kararda Mahkeme'nin, başvuruçuların bir kısmı yönünden zorlayıcı nedenlerin varlığına ikna olsa dahi, *Beuze*'de de kullandığı çeşitli ölçütler üzerinden tek tek yargılamanın genel olarak adil olup olmadığını incelediği görülmektedir³³. Aksi durumda, yani zorlayıcı nedenlerin gösterilemediği bir halde, Mahkeme son derece sıkı bir genel adillik incelemesi yapacaktır ki³⁴ bunun en güncel örneği de *Beuze* kararında Büyük Daire'nin yaptığı incelemedir. *Beuze*'de, başvuruçuların ısrarla genel ve emredici bir yasadaki kaynaklı sistematik bir uygulamanın tek başına Madde 6 §§ 1 ve 3(c) ihlali teşkil ettiğini öne sürse de Büyük Daire, genel ve emredici yasa sorununu zorlayıcı neden kıstası bağlamında incelemiştir. Tek başına sistematik bir uygulamanın, zorlayıcı bir nedenin varlığına gösterge olamayacağını belirten Büyük Daire yine de incelemesini sürdürerek, yapılan yargılamayı *İbrahim ve Diğerleri* ka-

31 *Beuze*, § 142.

32 *İbrahim ve Diğerleri*, § 258.

33 *İbrahim ve Diğerleri*, § 280-294.

34 *İbrahim ve Diğerleri*, § 6, 265; *Beuze*, § 145, 165, 179, 193-194.

rarında da kullandığı ölçütler üzerinden son derece detaylı şekilde ele almıştır³⁵. Bu aşamada Büyük Daire, *İbrahim ve Diğerleri* kararından farklı olarak ikinci aşamada da tatmin olmamış ve yargılamanın genel olarak adil olmadığına kanaat getirip ihlal kararı vermiştir³⁶. Bir diğer deyişle Büyük Daire'nin yorumu çerçevesinde Hükümet, sistematik bir uygulama ile avukata erişim hakkına yaptığı müdahalenin yarattığı hukuka aykırılığın, yargılamanın genel adilliği içerisinde telafi edildiğini gösterememiştir.

Buraya kadar, *Beuze* kararının gerekçesindeki yorum çerçevesinde üç karar arasındaki ilişki, Büyük Daire tarafından algılandığı şekliyle ortaya konmuştur. Bu noktada, Hâkimler Yudkivska ve diğerlerinin sonucu itibarıyla ihlal kararını isabetli bulmakla birlikte gerekçe yönünden karardan ayırdıkları çok önemli müşterek mutabık görüşe değinmekte fayda vardır.

Hâkimler Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Hüseyinov'un Müşterek Mutabık Görüşü Çerçevesinde Kararın Değerlendirilmesi

Hâkimlere göre *Beuze* incelemesinde Büyük Daire, *İbrahim ve Diğerleri* kararını referans noktası olarak almakla ciddi bir hata yapmıştır. Zira yukarıda da değinildiği üzere, iki davanın koşulları arasında çok temel bir fark vardır; *Beuze*'de ihlal iddiasının gerekçesi genel ve emredici bir yasal düzenleme iken, *İbrahim ve Diğerleri* kararında avukata erişim hakkına yönelik sınırlama hem hukuki bir dayanağa sahiptir hem de genel veya emredici nitelikte değildir. Hâkimlere göre Büyük Daire'nin iki dava arasındaki bu ciddi farkı derinlemesine incelemesi gerekirken bunu yapmayarak davaları aynı bakış açısıyla ele alması, *Salduz* testine yönelik hatalı bir değerlendirme yapılmasına neden olmuştur³⁷.

Mutabık görüşün bir diğer önemli yönü, Hâkimlerin *Salduz* ve *İbrahim ve Diğerleri* kararları arasındaki ilişkiye yönelik görüşlerinin çoğunluk görüşünden ayrılmasıdır. Nitekim Hâkimlere göre *Salduz* kararının her durumda genel adillik incelemesi yapılmasını gerektiren nitelikte

35 *İbrahim ve Diğerleri*, § 274; *Beuze*, §150, *Simeonovi*, §120.

36 *Beuze*, §§ 167-195.

37 Hâkimler Yudkivska, Vucinic, Turkovic ve Hüseyinov'un müşterek mutabık görüşü [bundan böyle "Görüş"], § 2.

bir yaklaşımı zorunlu kılar şekilde yorumlanması mümkün olmadığı gibi, *İbrahim ve Diğerleri* kararı da basitçe *Salduz* ilkelerini açıklığa kavuşturan bir karar olarak ele alınmamalıdır. *Salduz* yaklaşımı ile ilgili açık olan bir husus varsa o da, *Salduz* sonrası Mahkeme içtihadının, yargılama öncesinde avukat yardımından yararlanma hakkını gittikçe genişletir şekilde algılanmasının mümkün olduğudur³⁸.

Hâkimler, *Salduz* kararında Mahkeme'nin, Türk makamlarının avukata erişim hakkına yönelik sınırlamayı genel ve emredici bir yasal düzenlemenin varlığından başka herhangi bir haklı gerekçeyle meşru gösterememesinin Madde 6 hilafında olduğunu³⁹ belirttiğini hatırlatmakla, Mahkeme'nin buna karşın incelemesini sürdürdüğünü doğrulamışlardır. Zaten Hâkimlere göre Büyük Daire'nin *Beuze*'deki hatalı yaklaşımının temelinde de bu gerçek yatmaktadır. Zira Büyük Daire, *Salduz*'da Mahkeme'nin söz konusu tespiti rağmen incelemeye devam etmesini doğrudan her durumda uygulanma kabiliyetini haiz bir testin ortaya konulması olarak değerlendirmekle mevzuyu hatalı bir şekilde basite indirgemiş ve *Salduz* kararının lafzını ve ruhunu görmezden gelmiştir⁴⁰. Hâkimler, *Salduz* testini reddetmektedirler⁴¹ ancak görüşlerine göre, *Salduz* kararında avukata erişim hakkına yönelik sınırlamanın zorlayıcı sebep temelinde meşru gösterilememesinin Madde 6'ya aykırı olduğu belirtildikten sonra yapılan incelemenin, kararın lafzında da açıkça belirtildiği üzere sadece gözlem niteliğinde olduğu⁴² hususu, Büyük Daire tarafından gözden kaçırılmaktadır⁴³. Nitekim *Salduz*'da Mahkeme yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur: Sistematiik bir uygulamaya dayanan böylesi ciddi bir avukat yardımından yoksun bırakılma halinde genel adillik incelemesi yapılması faydasızdır zira “*ne daba sonra bir avukat tarafından sağlanacak olan yardım ne de takip eden sürecin çekişmeli niteliği polis gözaltında söz konusu olan eksiklikleri düzeltebilecek niteliktedir.*”⁴⁴ Özetle Mahkeme, *Salduz* benzeri (genel ve emredici bir yasal düzenleme nedeniyle avukat yardımından yoksun

38 Görüş, § 3-4.

39 *Salduz*, § 56.

40 Görüş, § 7.

41 Görüş, § 18.

42 “*The Court further observes that...*”, *Salduz*, § 57.

43 Görüş, § 8.

44 *Salduz*, § 58.

bırakılarak ifadesi alınan), şüphelinin kendisini suçlayıcı nitelikteki beyanlarının mahkûmiyete dayanak teşkil ettiği her halde cezai sürecin genel itibarıyla adil olmadığını belirtmekle bir karine ortaya koymuştur⁴⁵. *Beuze* kararında Büyük Daire'nin basitçe varsaydığı aksine, *Salduz* sonrasında Mahkeme tarafından Türkiye'ye ve başka devletlere karşı verilen kararlarda da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir⁴⁶.

Salduz ile *İbrahim ve Diğerleri* kararlarının karşılıklı durumlarına geldiğinde ise Hâkimler, iki kararın somut koşulları arasındaki farkı tekrar vurguladıktan sonra, kararların birbiriyle örtüşen ve birbirini tamamlayan noktalarına değinmişlerdir. Buna göre *İbrahim ve Diğerleri* kararı basitçe *Salduz* kararının bir devamından ya da o karardaki prensiplerin sağlamaştırılmasından ibaret değildir. Kararların karşılaştırılabilirliği çerçevesinde aralarındaki nüansların iyi ortaya konması gerekir⁴⁷. Bu noktada ilk tespit şudur: *Salduz*'da yukarıda bahsi geçen karineyi ortaya koyan Mahkeme, *İbrahim ve Diğerleri* kararında genel adillik incelemesini ancak zorlayıcı nedenlerin varlığı ortaya konulduktan sonra sürdürmüştür. Dolayısıyla *İbrahim ve Diğerleri* kararı ancak bu açıdan *Salduz*'u ilerletmiş görülebilir, zira *Salduz* kararında da, genel gözlem niteliğindeki değerlendirmeler kapsamında, genel adillik incelemesinin yapılması ancak zorlayıcı nedenlerin varlığı gösterildikten sonra karara etkili addedilmiştir⁴⁸.

Diğer önemli tespit ise, *İbrahim ve Diğerleri* kararının 262. paragrafında açıkça ifade edilen ve karar içerisinde de defaten sözü geçen “zorlayıcı nedenler olmasa da incelemeye devam edileceği ve bu halde genel adillik incelemesinin çok sıkı şekilde yapılacağı” tespitinin uygulanacağı hallerdir. Buna göre *Salduz* kararı ile *İbrahim ve Diğerleri* arasında bu noktada bir ilişki kurulamaz, çünkü *Salduz* avukata erişim hakkını *sağlayan* bir yasanın varlığına rağmen zorlayıcı nedenler de gösterilmeksizin şüphelinin bu haktan mahrum bırakıldığı hallere ilişkin değildir; *Salduz*'da avukata erişim hakkını *önleyen* bir yasa söz

45 Görüş, § 8.

46 Hâkimlerin burada kastettikleri ve ayrıca *Beuze* incelemesinde Büyük Daire'nin atf yapmasını eleştirdikleri kararlar için bkz. Görüş, § 9-13.

47 Görüş, § 15 ve devamı.

48 Görüş, § 16.

konusudur. Bir yasanın söz konusu hakkı korumasına karşın otoritelerin işlemleriyle bu hakkı sınırladığı ve sınırlamaya yönelik zorlayıcı bir neden öne süremediği davalar ise farklı bir kategoriye ve olaya ilişkin olup ayrı bir içtihadı karşılık gelir⁴⁹. Hâkimlerin bu tespiti gerçekten çok önemlidir, çünkü bu husus *İbrahim ve Diğerleri* kararındaki “zorlayıcı nedenlerin yokluğu halinde genel adillik incelemesinin sıkı yapılması” kriterinin ne zaman uygulanması gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin testin ikinci aşamasına ilişkin ortaya koyduğu bu standart, Hâkimlere göre, olgusal temeli tamamen farklı olan ve ihlal iddiası “avukata erişim hakkını sınırlayan genel ve emredici bir yasal düzenlemeye” dayanan *Salduz* kararında ele alınmış bir husus değildir⁵⁰.

Bu açıklamalar doğrultusunda görülmektedir ki *İbrahim ve Diğerleri* ile *Salduz* kararlarının örtüştüğü nokta, avukata erişimin zorlayıcı bir nedene dayanılarak kısıtlandığı hallerde, genel adillik incelemesine devam edilmesi gereğidir. İki kararın ayrıştığı fakat birbirini tamamladığı husus ise, zorlayıcı nedenlerin olmadığı durumlarda *Salduz* “doğrudan ihlale götüren bir karine” ortaya koyarken, *İbrahim ve Diğerleri*'nin “genel adillik incelemesinin sıkı şekilde yapılması” standardı ile incelemesine devam etmesidir⁵¹.

İki kararın bu noktada ayrılması *Beuze* kararını ciddi şekilde ilgilendirmektedir, çünkü somut olayın koşulları açısından kıyasa uygun iki karar aslen *Beuze* ve *Salduz*'dur. Buna göre Hâkimler, genel ve emredici bir yasal düzenleme ile şüphelinin avukat yardımından mahrum bırakıldığı *Beuze* kararında, *Salduz* kararını yorumladıkları şekle uygun olarak Mahkeme'nin testin ikinci aşamasını ayrıca ele almaya gerek görmeden doğrudan ihlal kararı vermesi gerektiği görüşündedirler. Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere *Salduz*'un doğru yorumu bu şekilde olmalıdır ve bu karar ile *İbrahim ve Diğerleri* kararı arasındaki farklar ortaya konmadan bahse konu üç hükmün doğrusal bir ilişki içerisinde görülmesi sonucu itibarıyla doğru fakat gerekçesi itibarıyla hatalı bir karara sebebiyet vermiştir.

49 Görüş, § 17.

50 Görüş, §17.

51 Görüş, § 18.

Hâkimlerin, görüşlerinde, kararın gerekçesinden metot itibarıyla radikal bir noktada ayrıldıkları görülmektedir. Buna göre Büyük Daire *Beuze* incelemesinde *Salduz* kararını doğrudan *İbrahim ve Diğerleri* kararına bağlayarak, aradaki zaman zarfında gelişen ve sistematik sınırlama hallerinde doğrudan ihlale varan diğer içtihadı⁵² bir sapma olarak görmeyi tercih ederken; müşterek mutabık görüşlerinde Hâkimler bu kararları bir sapma olarak görmeyerek *Salduz*'ün devamı olarak görmüş, aksine *İbrahim ve Diğerleri* kararını *Salduz*'la ilişkisi daha sınırlı olan ve farklı bir olgusal temele dayanan ayrık bir içtihat olarak değerlendirmişlerdir. Bu yaklaşım ise doğası gereği *Beuze* kararının bambaşka bir perspektiften ele alınması sonucunu doğurmuştur. Bir diğer deyişle, *Beuze* kararının *İbrahim ve Diğerleri* temelinde incelenmesi, her ne kadar verilen ihlal karar doğru olsa da, bir hata olmuştur.

Buna bir hata demek gerçekten isabetli görülmelidir, zira bu yaklaşım ile avukata erişim hakkı gibi adil yargılanma hakkının omurgasını oluşturan bir hakkın sınırlandığı ve bu sınırlama nedeniyle kişinin kendi kendini suçlamak durumunda kaldığı çeşitli senaryoların, hükümet tarafından öne sürülebilecek çeşitli farklı “koruma mekanizmaları” ile genel adillik potası içerisinde eritilebilmesinin ve belki bir anlamda göz ardı edilebilmesinin önü açılmaktadır⁵³. Bu yaklaşım gerçekten de *Salduz* kazanımlarını güçlendirir değil, zayıflatır niteliktedir. Bir diğer deyişle, sistematik sınırlamaların söz konusu olduğu davaları olay-spesifik davalardan ayırmamanın maliyeti, yani *Beuze*'deki gibi sistematik sınırlama hallerinde de *İbrahim ve Diğerleri* davası gibi olay-spesifik bir davayla kıyas kurarak genel adillik incelemesi yapmaya devam etmek gibi bir yaklaşım, Sözleşme çerçevesinde benimsenmemelidir⁵⁴.

Sonuç

Tüm bu açıklamalar ışığında, Mahkeme'nin *Salduz* ile benimsediği bir testin, her olayın somut koşulları bağlamında ne kadar farklı neticeler doğurabildiği açıkça görülmektedir. *Salduz* ile temelleri atılan bir değerlendirme ölçütü, *İbrahim ve Diğerleri* ve *Beuze* kararları ile somut olaya uygulandığında oldukça zengin yorum araçlarının ve yardımcı

52 Bkz. 46 no.lu dipnot.

53 Görüş, §20.

54 Görüş, § 22 ve devamı.

ölçütlerin ortaya çıkmasına öncü olmuş ve her davanın münferit koşulları içinde farklı neticeler doğurmuştur. Elbette Mahkeme'nin Madde 6 §§ 1 ve 3(c) içtihadı bu üç karardan ibaret değildir; ancak aralarındaki yakın ilişki, iki karar arasındaki olayın özel benzerliği ve bu üç kararın içtihadın gelişimini gözler önüne sermek bakımından temsil edici olduğu düşünülerek bu inceleme söz konusu kararlarla sınırlı tutulmuştur.

Mahkeme'nin çok sevdiği kendi deyişiyle, "Sözleşme yaşayan bir enstrümandır"⁵⁵ ve ortaya çıkan onlarca farklı davanın özgül koşulları içerisinde, hak ihlallerine yönelik içtihat devamlı bir devinim ve gelişim halindedir. Sözleşmenin şüphesiz ki koruduğu en önemli haklardan biri olan adil yargılanma hakkının, içerdiği asgari korumalar ve konumuz özelinde avukata erişim hakkı ile birlikte, özellikle de kişi özgürlüğü ve güvenliğinin gündeme geldiği ceza yargılaması gibi kritik bir alanda Mahkeme tarafından ne şekilde ele alındığını bilmek, içtihadı iyi okumayı gerektirmektedir. Avukata erişim hakkının ele alınma şeklinin somutlaştığı örnek niteliğindeki bu üç karar, bir hakka yönelik inceleme kriterleri arasındaki bağlantıları doğru tespit etmenin önemini göstermesi bakımından oldukça kıymetlidir. Farklı menfaatleri dengeleme çabası içerisinde koyduğu hukuki ölçütlerle Mahkeme tarafından her daim önemi vurgulanarak Sözleşme içerisinde konumlandırılmasına çaba gösterilen avukata erişim hakkının⁵⁶, yargılamanın sonucuna etki edebilecek kadar kritik pek çok iç bileşeniyle birlikte arz ettiği önemin ne denli büyük olduğu ise izahtan varestedir.

55 AİHM, *Selmouni v. Fransa*, Başvuru No: 25803/94, Karar Tarihi: 28.07.1999, § 101 ve orada atıf yapılan kararlar, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58287> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

56 Bkz. *Salduz*, §§ 51-55; *İbrahim ve Diğerleri*, §255.

KAYNAKÇA

- AIHM, *Beuze v. Belçika* [Büyük Daire], Başvuru No: 71409/10, Karar Tarihi: 09.11.2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802> [son erişim tarihi: 03.02.2019]
- AIHM, *Boz v. Türkiye*, Başvuru No: 2039/04, Karar Tarihi: 09.02.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174813> [son erişim tarihi: 03.02.2018].
- AIHM, *Can v. Avusturya*, Başvuru No: 9300/81, Karar Tarihi: 30.09.1985, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57457> [son erişim tarihi: 03.02.2019].
- AIHM, *Dayanan v. Türkiye*, Başvuru No: 7377/03, Karar Tarihi: 13.10.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95015> [son erişim tarihi: 03.02.2019]
- AIHM, *Dvorski v. Hırvatistan* [Büyük Daire], Başvuru No: 25703/11, Karar Tarihi: 20.10.2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158266> [son erişim tarihi: 03.02.2019].
- AIHM, *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [Büyük Daire], Başvuru No: 50541/08, 50571/08 ve 40351/09], Karar Tarihi: 13.09.2016, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166680> [erişim tarihi: 01.02.2019].
- AIHM, *Salduz v. Türkiye* [Büyük Daire], Başvuru No: 36391/02, Karar Tarihi: 27.11.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> [son erişim tarihi: 02.02.2019]
- AIHM, *Selmouni v. Fransa*, Başvuru No: 25803/94, Karar Tarihi: 28.07.1999, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58287> [son erişim tarihi: 03.02.2019].
- AIHM, *Simeonovi v. Bulgaristan* [Büyük Daire], Başvuru No: 21980/04, Karar Tarihi: 12.05.2017, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963> [son erişim tarihi: 02.02.2019].
- AIHM, *Taxquet v. Belçika* [Büyük Daire], Başvuru No: 926/05, Karar Tarihi: 16.11.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739> [son erişim tarihi: 03.02.2019].

CEZA HUKUKUNDA AŞINMA SEBEBİ OLARAK TERÖRLE MÜCADELEDE MUĞLAKLIK*

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Dinler**

Özet

Terörle mücadele ve ceza hukuku ilişkisi en baştan biraz sorunlu doğmuş bir ilişkidir. Terör eylemlerinin adi suçlardan, saik ve taktik bakımdan farklılık göstermesi, terörle mücadelede farklı stratejilerin geliştirilmesine ve çoğu zaman adi suçlardan farklı hukuki düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur. Bu sebeple birçok devlette temel ceza hukukundan ayrı bir terörle mücadele (anti-terör) yasası görmek mümkündür. 11 Eylül 2001 İkiz Kule Saldırıları, dünyada terörle mücadele anlayışında kökten değişikliğe yol açmıştır. Akabinde başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere dünyada birçok devlet, terörle mücadele ve ceza yasalarında değişikliğe giderek, terörle mücadeleyi yeniden ele almıştır. Bu değişikliklerin sadece yasal boyutta değil, aynı zamanda uygulama ve anlayış boyutunda da bir değişime yol açtığı söylenebilir. Devletlerin terörle mücadele adına yaptıkları, gittikçe genişleme eğilimi göstererek, neredeyse hukuk devletini ve demokrasiyi tehdit eder bir boyuta ulaşmıştır. Bu durum, insan hakları alanındaki kimi temel kazanımları askıya almaya kadar varmıştır.

Terörle mücadele meselesinde Türkiye’de benzer değişimleri gözlemlemek mümkündür. Bugün terörü/terörle mücadeleyi akademik olarak incelemek dahi çok kolay olamamakta; giderek genişleyen ve muğlaklaşan bir terörizm/terörist tanımı için içinden çıkılmasını zorlaştırmaktadır. Bu çalışmada “hukuk devleti ve demokrasi içinde terörle mücadele mümkün müdür?” sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır. Ceza hukukunun kazanımlarının nasıl ve niçin korunması gerektiği üzerinde durulacaktır. Temel sorun, toplumun güvenli bir şekilde yaşantısına

* Bu yazı ilk olarak 10-12 Ekim 2018 tarihlerinde Ardahan Üniversitesi tarafından düzenlenen *Uluslararası Siyaset ve Sosyal Bilimler Sempozyumunda* sunulmuştur.

** Hitit Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, veyseldinler@hitit.edu.tr, Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4678-3138.

devam etmesi için gerekli, insan hakları/hukuk devleti/demokrasi ile diğer taraftan terörle mücadeleyi, birbiriyle yarışır iki değer olarak görmektedir ve terörle mücadele ile hukuk devleti/insan hakları birbirini dışlayan unsurlara sahip olduğunu düşünmektedir. Oysa bu kavramlar birbirlerinin yarışanı ve biri diğerinin tüketeni değildir.

Anahtar kelimeler: Ceza Hukuku Kazanımları, Ceza Hukukunda Aşınma, Düşman Ceza Hukuku, İnsan Hakları, Terörle Mücadele

THE AMBIGUITY OF COUNTER TERRORISM AS A CAUSE OF THE EROSION IN CRIMINAL LAW

Abstract

There is always a problematic among criminal law and counter terrorism. The characteristic of terror crimes are differentiated from other crimes that leads to improve particular strategies and regulations in the fight against terrorism. Thus, most countries have an anti-terror law apart from penal law. The concept in the fight against terrorism was radically changed in the world after 9/11 attacks. Following this deplorable incident, USA and many countries amended their anti-terror laws, and they brought a new approach to counter terrorism. This was not only a legal reform, but also a big change in the attitude and practice. The tendency of enlargement in new counter terrorism, almost threatens the rule of law and democracy and suspends of human rights.

It is possible to observe the same alteration in the fight against terrorism in Turkey as well. Today, talking and writing on terrorism is not easy for academics even it is an academic research, because of ambiguity in counter terrorism. I am going to attempt to find out if there is a possibility in the fight against terrorism in border of the rule of law and democracy. Why we need to maintain the gains of criminal law, and how we can do it? The main problem here is how to make struggle against terrorism compatible with human rights, democracy and the rule of law. In my opinion, fight against terrorism is possible without violating human rights and the rule of law.

Keywords: Principles of Criminal Law, Erosion in Criminal Law, Enemy Law, Human Rights, Counter Terrorism

I. Giriş

Terörle mücadele ve ceza hukuku ilişkisi en baştan biraz sorunlu doğmuş bir ilişkidir. Terör eylemlerinin adi suçlardan, saik ve taktik bakımdan farklılık göstermesi, terörle mücadelede farklı stratejilerin geliştirilmesine ve çoğu zaman adi suçlardan farklı hukuki düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur. Bu sebeple birçok devlette temel ceza yasasından ayrı bir terörle mücadele (anti-terör) yasası görmek mümkündür. 11 Eylül 2001 İkiz Kule Saldırıları, dünyada terörle mücadele anlayışında kökten değişikliğe yol açmıştır. Akabinde başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere dünyada birçok devlet, terörle mücadele ve ceza yasalarında değişikliğe giderek, terörle mücadeleyi yeniden ele almıştır. Bu değişikliklerin sadece yasal boyutta değil, aynı zamanda uygulama ve anlayış bakımından da bir değişime yol açtığı söylenebilir. Devletlerin terörle mücadele adına yaptıkları, gittikçe genişleme eğilimi göstererek, neredeyse hukuk devleti ve demokrasiyi tehdit eder bir boyuta ulaşmıştır. Bu durum, insan hakları alanındaki kimi temel kazanımları askıya almaya kadar varmıştır.¹

Terörle mücadele meselesinde Türkiye’de gelinen aşamalar gözlemlendiğinde, çok eleştirilen 1990’lara geri dönüldüğü yönünde iddialar vardır.² Yetkililerin terörle mücadele anlayışı hakkında ipucu veren kimi söylemleri ve ısrarla “90’lı yollara dönülmeyeceği”³ vurguları, bunun çok da haksız bir argüman olmadığını göstermektedir. Öyle ki, bugün terörü/terörle mücadeleyi akademik olarak incelemek çok kolay olamamakta; giderek genişleyen ve muğlaklaşan bir terörizm/terörist tanımı, işin içinden çıkılmasını zorlaştırmaktadır.

-
- 1 Bu konuda çok etraflı bir çalışma için bkz. Jean-Claude Paye, *Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele*, (çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara, 2009.
 - 2 Örnek olarak bkz. Rengin Arslan, “90’larda ne olmuştu: Güneydoğu’da polis ve asker”, *BBC News Türkçe*. (https://www.bbc.com/turkce/baberler/2015/09/150902_90lar_1_asker_polis, erişim: 15.01.2019)
 - 3 *NTV*, “Atalay: 90’lı yıllara geri dönmeyiz. ”, 19.08.2011. (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/atalay-90li-yillara-geri-donmeyiz,Q1am6PloGUegUrkn7V506Q>, erişim tarihi: 15 Ocak 2019). İktidar yetkililerince bu konu o kadar ciddiye alınmıştır ki; 90’lı yılların terörle mücadele ve aynı zamanda insan hakları ihlallerinin simgesi olan Beyaz Toroslardan Başbakan Ahmet Davutoğlu bir konuşmasında şöyle söz etmiştir: “AK Parti iktidardan indirilirse buralarda terör çeteleri dolaşacak, beyaz toroslar dolaşacak. Biz buraları faili meçhullere bırakmayacağız.” *Hürriyet*, “Başbakan Ahmet Davutoğlu’ndan ‘beyaz toros’ çıkışı”, 20.10.2015. (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/basbakan-abmet-davutoglundan-beyaz-toros-cikisi-40003756>, erişim: 15.01.2019).

Burada öncelikle “hukuk devleti ve demokrasi içinde terörle mücadele mümkün müdür?” sorusunu sormak gerekir. Bize göre, elbette mümkündür. Kanımca, insan hakları ve hukuk devleti ile terörle mücadele birbirinin karşısı meseleler değildir. Kaldı ki, terörle mücadelenin amacı insanları huzur ve güvenlik içinde yaşamalarını sağlamak ve en başta yaşam haklarını korumak değil midir? Peki, sorun ne o zaman? Temel sorun, toplumun güvenli bir şekilde yaşantısına devam etmesi için gerekli, insan hakları/hukuk devleti/demokrasi ile diğer taraftan terörle mücadeleyi, birbiriyle yarışır iki değer olarak görmektedir. Başka bir anlatımla, terörle mücadele ile hukuk devleti/insan hakları birbirini dışlayan unsurlara sahip olduğunu düşünmektir. Günümüz Türkiye’sinde terörle mücadeledeki temel sorun tam da bu iki konunun birbirinin yarışanı, tüketeni veya dışlayanı olarak görmekten kaynaklanmaktadır. Oysa hukuk devleti inşası kolay olmayan bir binadır. Demokrasi değerlerini kazanmak, insan haklarını benimsemek ve uygulamak belli bir zaman ve olgunluk isteyen konulardır. İşte ağır aksak da olsa memleketin kazanımlarının terörle mücadele adına hemen tüketilmemesi gerekir. Neticede bu iki meseleyi birbiriyle yarışır görmemek gerekir.

Bu mesele üzerine düşünmeye başladığım bir dönemde, Büyüka-
da’da insan hakları örgütlerince yapılan bir toplantı terörle mücadele operasyonuna uğradı (5 Temmuz 2017)⁴. Uzun süren bir gözaltı sürecinden sonra, insan hakları örgütü üyelerinden sekiz kişi tutuklandı. Diğerleri ise, adli kontrol şartıyla serbest bırakıldı. İnsan hakları/ceza hukuku alanında çalışan herkesin tanıdığı, zaman zaman raporlarına ve haberlerine başvurduğu kuruluşlardı bunlar. Bu olayın hemen arkasından, olayın vahametini gösteren bir radyo programında terörle mücadelenin nasıl bir saikle ve hangi mesnetlerle yapıldığını çok açık biçimde ortaya koydu. RS FM adlı radyo kanalında Yavuz Oğhan tarafından sunulan *Bi de Bunu Dinle* programının konuğu olan ve her cümlesine “Milli Güvenlik Akademisi”nde eğitim aldığını ve güvenlik uzmanı olduğunu söyleyen iktidar partisi mensubu bir milletvekili, yaklaşık 15 dakikalık canlı yayın bağlantısında, terörle mücadele ile ceza hukuku/ceza muhakemesi hukukunun tamamen ayrı dünyalara ait olduğunu

4 *Hürriyet*, “Büyüka-
da’da aktivist toplantısının yapıldığı otele polis baskını: 9 gözaltı”, 6 Temmuz 2017. (<http://www.hurriyet.com.tr/buyukadada-aktivist-toplantisinin-yapildigi-ot-40511277>, erişim: 15.01.2019)

açıklayıverdi. Delil–ispat yerine kanaatin, fiil yerine failin önemli olduğunu; komplo teorisi tadında bir hikâyeyle anlatıverdi. Mealen “solcu olmak, sol düşüncede olmak, terörist olmak için yeterlidir. Zaten onların (insan hakları savunucuları) terörist olduğunu herkes bilir” dedi.⁵

Günümüzde yaratılan çalkantılı ve tedirgin akademisyen profilini de yansıtmaması bakımından, başka bir meseleye değinmeyi bir borç olarak gördüm. Bu konuda yazma isteğim, aynı zamanda içimi kemiren başka bir sorun ile ilgili. Bizler ceza hukuku eğitimi verirken nasıl bir tavır içinde olacağız? Öğrendiklerimiz ve inandıklarımızla mı amel edeceğiz yahut uygulamada olanı sorgusuz doğru kabul edip, “biz yanlış öğrenmişiz doğrusu bu imiş” mi diyeceğiz? Karşılaşacağımız öğrenci sularını nasıl cevaplayacağız? Vereceğimiz cevaplarda hangi kaygılarla hareket edeceğiz? Kutuplaşmış siyasal toplumu tam anlamıyla yansıtan, dünyaya sadece siyasi ve dini liderinin eksenine bakan bir grup öğrenci taşra üniversitelerinde giderek baskın olmaya başlıyor. Bu gruptan olmayanlar ise, siyaset ve din işine pek karışmayan, çoğunlukla cep telefonu modelini yükseltmeyi yahut sosyal medyada alacağı beğeni sayısının derste tutacağı nattan daha önemli bulan öğrenciler. İş güvencesi sıfırlanan, iktidar partisinin sosyal ve siyasal yaşamda baskın tutumuna koşut, artan idari tedbirli bir dünyada, biz akademisyenlerin cevapları nasıl olacak? Ceza hukukunun geldiği gelişim çizgisiyle övünen bizlerin, ceza hukukunun güvence fonksiyonunu anlatırken duyduğumuz iç huzuru bırakıp; bol “ama”lı cümlelerle, aslında güvence fonksiyonunun pek de güvenceli olamadığını mı söyleyeceğiz? Bütün bu kaygılı cümleler, bir sonuca götürdü beni: “Terörle mücadeledeki muğlaklık, ceza hukukunu aşındırır”. Bu yazının amacı, terörle mücadele adına izlenen sınır ve çerçevesi belirsiz stratejinin, ceza hukuku kazanımlarını nasıl aşındırdığı ile ilgilidir.

Bu doğrultuda öncelikle “terörle mücadelede muğlaklık ve ceza hukukunda aşınma” ile ifade edilmek istendiği açıklacaktır. Ceza hukukunun temel ilkelerinde meydana gelen tahribattan söz edilecektir. Ardından bu tahribatin ceza hukukunu nasıl etkisiz kıldığını ve araçsallaştırıldığı üzerinde durulacaktır. Son başlıkta ise, “niçin ceza hukukuna

5 *Bidebunu İzle*, “Orhan Deligöz: İngiliz ve Amerikan ajanları Büyükkada’ya sürekli gel git yapıyor”, 13 Temmuz 2017. (<https://www.youtube.com/watch?v=CYQnkOOXdX8>, erişim: 15.01.2019).

sahip çıkmalıyız?” ve “ceza hukuku ilkelerini korurken aynı zamanda terörle mücadele nasıl yapılabilir?” soruları cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Sonuçta ise, ceza hukukçularının karşı karşıya kaldığı üç seçenek hakkında değerlendirme yapılacaktır.

II. Ceza Hukukunda Aşınma

Türkiye’de terörle mücadele konusu uzun zamandan beri tartışmalı bir konudur. Tartışma sadece iç hukuk ile sınırlı değildir. Üstelik AİHM’nin terörle mücadele içtihadının önemli bir kısmını Türkiye ile ilgili davalar oluşturmaktadır. Özellikle AB düzeyinde Türkiye’nin terörle mücadele (kanunu ve) stratejisi eleştiri konusu yapılmaktadır.⁶

15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimi, Hükümeti terörle mücadele konusunda farklı bir anlayışa itmiştir. Türk halkına ve demokrasiye yönelik ciddi bir tehdit kıl payı atlatılmıştır. Bu olağandışı duruma müdahalenin, haliyle olağan olması beklenemezdi. Hükümetin karşı tedbirleri hızlı ve sert oldu. Bununla birlikte, olayın üzerinden iki yıl geçtikten sonra olağanüstü hal ancak kaldırıldı ve bazı yasal düzenlemelerle bu olağanüstü durum kalıcı bir hal aldı. Sürecin yürütülmesinde TBMM tarafından yasa yapılması yerine, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri tercih edilmiştir.⁷ Kanun hükmünde kararnamelerle kimi zaman olağanüstü hali ilgilendirmeyen konular düzenlenmiştir. Öyle ki, 694 sayılı kanun hükmünde kararname suç ve cezaya ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Terörle mücadelede eskiden beri sürmekte olan muğlak tavır, olağanüstü hal ile birlikte süreklilik ve yaygınlık kazanmıştır. Bu süreklilik ve yaygınlık ise, ceza hukukunu aşındırmaktadır.

Ceza hukukunun aşınması; ceza hukuku ilke ve kurumlarının etkisizleşerek, ceza hukukunun güvence fonksiyonunun ortadan kalkması ve böylece ceza hukukunun sadece cezalandırma aracına dönüştürülmesi olarak tanımlanabilir. Ceza hukukunun amaçlarından biri, suç fa-

6 Örnek olarak 2018 AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporu taslağına bakılabilir. Raporun muhtelif sayfalarında terörle mücadelenin “orantılık” içinde yapılması gerektiği vurgulanmıştır. (https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, erişim: 15.01.2019)

7 2018 AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporu taslağında bu konuya da yer verilmiş ve eleştirilmiştir. (Bkz. Dipnot no 6)

illerine kefarete ödetmektedir.⁸ Buna mukabil, ceza hukuku her ne pahasına olursa olsun cezalandırma aygıtı değildir. Cezalandırma ancak belli ilkeler ve kurallar çerçevesinde olabilir. Bu ilkeler, yüzyıllardan gelen bir evrim sürecinde bugünkü halini almış ve ceza hukukuna güvence fonksiyonu özelliği kazandırmıştır. Bu sebeple terörle mücadele veya herhangi başka bir meşru sebebe dayanarak ceza hukukunun ilke ve güvencelerinden taviz verilmemesi, ceza hukukunu aşındırır.

Ceza hukukunda aşınma, ceza hukuku ilkelerinin tahribatı ve ceza hukukunun gerçek manada işlevsizleşerek araçsallaşması olmak üzere iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır: 1-Terörle mücadele uygulamalarındaki belirgin olmama hali (*flu mod*), hukuk devleti ve insan hakları gibi genel hukuka ilişkin ilkelerin yanında, ceza hukukuna özgü, kanunilik, suç ve cezanın şahsiliği ve kusur ilkesini tahrip etmektedir. Aynı zamanda ceza muhakemesine özgü masumiyet karinesi ve ceza soruşturmasının gizliliği, adil yargılanma ve savunma hakkı da sıklıkla ihlal edilerek, güvence işlevleri ortadan kalkmaktadır. 2- Öte yandan sınırı belirsiz ve giderek genişleme eğiliminde olan mücadele yöntemi, sanılanın aksine terörle mücadeleyi etkisiz hale getirmekte veya en azından beklenen ölçüde etkili olmasını engellemektedir. Ceza hukuku adeta bir silaha dönüştürülmektedir.

A. Kanunilik İlkesi

Bir hukuk devletinde suç ve cezalar ancak kanunla belirlenir. Anayasanın 38. maddesi de bu hususu açık bir şekilde düzenlemektedir. Bununla birlikte 25 Ağustos 2017 tarih ve 694 sayılı KHK'nin 137-138-139. maddeleri ile 5237 sayılı 188, 190 ve 228. maddelerinde yazılı suçların cezalarında değişiklik yapıldı ve 228. maddeye fıkralar eklendi. Denilebilir ki, terörle mücadele ile ilgisi olmayan konular bunlar ve ceza hukukunda yaşanan çok somut bu aşınma nasıl oluyor da terörle mücadeleye ihale edilebiliyor? 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla ilan edilen ve her üç ayda bir mütemadiyen uzatılan olağanüstü hal rejiminin amacı 15 Temmuz darbe kalkışmasını gerçekleştiren Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ile mücadele idi. KHK rejimine dönüşen yönetim, gerektiğinde

8 Bu konuda ayrıntı için bkz. Nur Centel "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Prof. Dr. Turban Tûfan Yüce'ye Armağan*, İzmir, 2001, ss. 337-372; ayrıca Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal, İstanbul, 2010, s. 42-43.

kar lastiği hakkında düzenlemeleri dahi bu olağanüstü duruma dayandırabilmiştir. KHK ile ceza kanununda değişiklik, idarenin suç ve ceza ihdasına; haliyle kanunilik ilkesinin ihlaline en somut örnektir.

Terörle mücadele kapsamında uygulamada, yine idarece ve terörle mücadele sorumlularınca belirlenen kimi ölçütler vardır. Örneğin falanca bankada hesabın bulunması, kişinin filanca okula veya dershaneye devam etmiş olması vs. Burada şu durum ileri sürülebilir: Kişilerin terörle mücadele kapsamında soruşturulması ve haklarında cezai/idari tedbirler uygulanması, iddia edildiği gibi, belli bir bankada hesabın bulunması veya belli bir dershaneye gitmesi değil; bir terör örgütünün üyeliğidir. Bu sayılan ölçütler ise, başlı başına bir suç değil, örgüt üyeliğinin kanıtı niteliğindedir. Dolayısıyla kişi, banka hesabına sahip olmaktan değil; örgüt kapsamında faaliyette bulunmaktan soruşturulmaktadır. Bu savunma kanunilik ilkesine aykırı düşmeyecektir. Ancak mesele terörle mücadele olunca, neyin terör ve kimin terörist olduğu hususunda idarenin tasarrufunun çok etkili olduğunu ve bunun kanunilik ilkesini ihlal eder ölçütlere oluştuğu kolayca gözlemlenebilir. Örneğin, örgütlü bir suç için belli bir tarihi milat kabul etmek, ceza hukukunun hangi ilkesiyle bağdaşabilir? Bir örgüt suç örgütü ise ve özellikle devlette kadrolaşmak, sınav sorularını çalmak, adam kayırmak, kendi grubu dışındakilere negatif ayrımcılık yapmak ile suçlanıyorsa, daha da önemlisi yüzlerce insanın haksız bir şekilde yargılanmasını ve yıllarca tutuklu bulunmasını sağlayacak manüplasyonlarda bulunuyorsa, bu eylemlerin yapıldığı tarihlerde hem örgüt, hem de suç var demektir. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmanın kapsamı bakımından bir milat söz konusu olamaz. “İdarenin” belirli bir tarihi milat kabul etmesi ceza hukukuna uygun düşmez.⁹

Kanunilik ilkesinin ihlali ile ilgili örnekleri çoğaltmak mümkündür. Özellikle terör ve terörist tanımında giderek genişleyen bir havuz ve muğlaklaşan bakış açısı, kanuniliğin değil, idarenin kanaatini daha ön plana çıkarmaktadır. Bu da kanunilik ilkesinin çok önemli “belirlilik” unsurunun giderek kaybolması, işlevsiz hale gelmesi anlamına gelmektedir.

9 Kanunilik ilkesinin idare hukukunda tahribatı için bkz. Tolga Şirin “Kanunilik İlkesinin Tahribatı ve Barış İçin Akademisyenler Olayı” (<https://www.academia.edu/34240121>, erişim: 15.01.2019).

B. Suçların ve Cezaların Şahsiliği İlkesi

“Suçların ve cezaların şahsiliği bu topraklarda hiç oldu mu?” diye sormak daha doğru olur sanırım. Ünlü bir iş adamının yeğeni korkunç bir cinayetle kız arkadaşını öldürmekle suçlanmış ve uzun süre saklanmıştı. Mahkeme kişiyi suçlu bulduğu ve hüküm verdiği için, isim vermeden burada rahatlıkla bu olay zikredilebilir. Bu olayın soruşturma aşamasında, firari şüphelinin yakalanması için çalışma yapıp yapılmadığı sorulduğunda, dönemin İstanbul Emniyet Müdürünün şöyle bir açıklaması olmuştu: “Biz eski bir polis taktiği kullanıyoruz. En kısa zamanda firarının teslim olmasını bekliyoruz”. Uygulanan taktik ise, tanıklıktan çekilme hakkı olan yakınlarının, yaşlı bir babaannenin örneğin, her gün karakola çağrılarak taciz edilmesi ve böylelikle firari şahsı teslim olmaya zorlamaktı. Bu internet haberlerine “İstanbul Emniyet Müdürü Hüseyin Çapkin, 4 gün içinde aile yakınlarına ait 245 adrese baskın pes ettirdi” şeklinde yansyacaktı.¹⁰ Bu olayda izlenen yol yine kamuoyunun gözü önünde seyretmişti. Terörle mücadelede söz konusu olduğunda ise, düşman ceza hukuku anlayışıyla işler daha örtük ve şüphelinin daha geniş bir çevresini etkileyecek şekilde yürütülmektedir. Suç ve cezaların şahsiliği bu esnada askıya alınmakta ve töhmet altında olanın en başta yakın çevresi koruma tedbirlerinden nasibini almaktadır.

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin ihlalinin bir diğer yolu da özellikle medya yoluyla, şüpheli ve/veya sanıkları mutlaka bir akrabasıyla ilişkilendirerek afişe etmesidir. Filancanın kardeşi, falancanın damadı, ötekinin amcaoğlu, berikinin dayısı vs. Kılanın kolektif ceza sorumluluğunu taşıdığı dönemden çok ötelere geçmedik mi? Bu durum ceza hukukunun yüzlerce yıllık ceza hukuku kazanımlarının aşınması değil de nedir?

C. Kusur İlkesi

Cezalandırmanın nedeni ve sınırını oluşturan kusur ilkesi; kusursuz kişiye ceza verilmemesini öngörür. Oysa yakın zamanlarda bu ilke de son derece esnetilmiş bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bir yazılım programına sadece belli kişiler ulaşabiliyorsa ve kişiler telefon-

¹⁰ <http://haberciniz.biz/garipoglundu-capkin-taktigi-697152b.htm>. (erişim: 15.01.2019)

larında gizli bir haberleşme yolu olarak kullanıyorlarsa, bu o yazılımı (Bylock) kullananlar açısından gizli bir örgüt üyeliğinin göstergesi olabilir. Bununla birlikte, bir gazetecinin Bylock kullanıcısı ile telefonda görüştüğü veya mesajlaştığı iddiası ile tutuklanması¹¹, kusur ilkesi bakımından son derece sorunludur. Bir kişinin Bylock kullandığının tespitinde artık örgütsel faaliyette bulunmadığının ispatı bu kişiye düşer. Ancak aradığımız numaranın Bylock yazılımı yüklü olduğunu bilebilmemiz mümkün müdür? Özellikle de bir gazetecinin, filanca numarayı aradığından dolayı sorumlu tutulması, kusur ilkesi ile ne kadar bağdaşabilir?

Çağdaş ceza hukuku fail değil, fiil ceza hukukudur. Başka bir deyişle, failin kişiliği ve geçmişi fiilin suç olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşımaz.¹² Oysa bir eyleme verilen ceza o fiilin ceza hukukundaki karşılığıyla değil, failin kişiliğine göre belirlenebilmektedir. Örneğin Roman açılımında “parasız eğitim” pankartı açan iki üniversite öğrencisi, örgüt üyesi olmak ve örgüt propagandası yapmaktan toplamda 8 yıl hapis cezası almıştır¹³. Soru şu: İktidar partisi mensubu herhangi bir milletvekilinin aynı şeyleri söylemesi halinde bırakın hapis cezasını, alkış alacağı bir eylem dolayısıyla, başka kişiler neden cezalandırılır? Diyelim ki cevap, bu kişiler örgüt üyesi ve örgüt propagandası yaptığı, şeklinde olsun. O zaman başka bir sorunun cevaplanması gerekir. Terör eylemi yapmayan kimselerin sadece örgüt üyeliği ve propaganda yapma ithamıyla bu denli ağır bir ceza alması, kusur ilkesiyle (cezanın kusurla orantılı olması unsuru) ne ölçüde bağdaşır?

III. Ceza Muhakemesi İlkeleri

Devam eden süreçte izlenen terörle mücadele stratejisi aynı zamanda çok sayıda ceza muhakemesi ilkesinin de ihlal edilmesine vesiledir.¹⁴ Burada hepsini teker teker ele almak imkânsızdır. Ancak özellikle

11 *Hürriyet*, “Kadri Gürsel isyan etti: Bir tek ben”, 11 Eylül 2017. (<http://www.burriyet.com.tr/gundem/kadri-gursel-isyan-etti-bir-tek-ben-40575781>, erişim: 15.01.2019)

12 Veli Özer Özbek ve diğ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2012, s. 79.

13 <http://www.radikal.com.tr/turkiye/parasiz-egitim-pankartina-8-yil-5-ay-bapis-1090399>, (erişim: 15.01.2019)

14 Bu konuda geniş bir çalışma için bkz. R. Murat Önok “Türkiye Uygulamasında Ceza Hukuku Alanında Yaşanan Bazı İnsan Hakları Sorunları”, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Mahkemesi Konferansı*, Koç Üniversitesi 7 Aralık 2011. (Aralık 2012 tarihli güncellenmiş versiyon)

masumiyet karinesi üzerinde durulması olması olmazdır. Zira mevcut Anayasanın 15/2. maddesi, olağanüstü hal rejimlerinde dahi bu ilkenin çiğnenmesini kati surette yasaklamaktadır.

Masumiyet karinesi esas itibariyle Türkiye’de çok uzun yıllardır sorunlu bir konudur. Ancak “medya yoluyla ceza muhakemesi” diye adlandırılabilir “masumiyet karinesinin ve soruşturmanın gizliliğinin sistematik ihlali” 2007 yılında Ergenekon davalarıyla başladı. Sonradan delil uydurmaları dayandırılan bir kumpas olduğu anlaşılan davalar sırasında, bugün ne amaçla yapıldığı çok daha iyi anlaşılan malum medya çevresinde masumiyet karinesinin ihlali oldukça sistematiktir. O günlerden kalan kimi alışkanlıklar devam etmekte, gerek masumiyet karinesi gerekse soruşturmanın gizliliği medya kuruluşlarıncı sistematik bir şekilde ihlal edilmektedir. Çok gayretli (!) medya kuruluşları hem ithamda bulunmakta, hem yargılama yapmakta ve baştan hükmü vermektedir. Başka bir anlatımla, kişilerin itibarı henüz ceza muhakemesi kuralları dahi işlemeden medya eliyle ortadan kaldırılmaktadır. En yetkili makamlar, çoğu zaman açık açık isim vererek veya isim vermeyi gerektirmeyecek açıklıkta kimi kişileri yargılama başlamadan terörist ilan edebilmekte ve ağır bedeller ödeyeceklerinden bahsedebilmektedir.

Yargılamaların makul sürenin çok ötesine geçmesi ve savunma hakkına yönelik kimi kısıtlamalar sebebiyle gelecekte AİHM önünde çok sayıda davanın gideceği şimdiden olası görünmektedir. Öte yandan bağımsız ve tarafsız yargı ile ilgili iddialar, örneğin “Fetö davasına bakan hakim Fetöcü çıktı”¹⁵ gibi haberler yargıya karşı güveni azaltmakta ve verilen kararlara şaibe düşürmektedir.

IV. Etkisizleşen ve Silaha Dönüşen Ceza Hukuku

Ceza hukuku, temel ilkelerindeki bu aşınmalar bir takım tehlikeler ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle terörle mücadeledeki muğlak tavır, ceza hukukunun etkili olmasını engellemektedir. Ceza hukukunun amacı, suç ihdası ve cezalandırma yoluyla kamu düzeninin ve bireylerin özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlamaktır. Tıpkı Ergenekon ve Bal-

nu <https://www.academia.edu/36799627>, erişim: 15.01.2019)

15 Türkiye, “FETÖ davasına bakan hakim FETÖ’cü çıktı görevden alındı”, 1 Şubat 2017. (<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/443383.aspx>, erişim: 15.01.2019)

yoza davalarında olduğu gibi, sayıları yüzleri aşan çok sanıklı davalar, kovuşturmanın sağlıklı işlemlerini engellemektedir. Ayrıca terör ve terörist tanımındaki genişleme eğilimi, terörle mücadeleyi etkisiz kılmaktadır. Şöyle ki, neredeyse ülkenin yarısını kapsayacak şekilde “terörist” ithamında bulunmak (referandumda “hayır” oyu kullanacaklara terörist denilmesi); kendince doğru tavır içinde olduğunu düşünenlerin “terör ve terörist”e bakışında ister istemez bir değişikliğe veya “terör” ifadesine karşı yumuşamaya sebep olabilir. Terörle mücadelenin daha etkili olabilmesi, ancak çerçevesinin net bir şekilde çizilmesi ile mümkündür.

Terör ve terörist tanımının bulanıklığı aynı zamanda ceza hukukunun bir silah gibi kullanılmasına neden olabilmektedir. Bu iktidara muhalif olanların geniş terör torbasına atılmasını kolaylaştırmakta, ceza hukukunun amacı dışında bir disiplin etme, boyun eğdirme amacına götürmektedir. Muhalefette olanlar bir şekilde (TCK, m. 2016, 301 vb) torba maddelerle tehdit ederken; toplumun bir kesimini tehdit eden din tüccarları ve mafya kılıklıları soruşturmadan azade tutulmaktadır. Bu da toplumun adalete ve yargıya olan güvenini azaltmaktadır. Örneğin, gereksiz bir idam tartışması, toplumsal gerilimi artırmakta, insanların birbirlerine karşı daha agresif bir tutum içinde olmasına neden olmaktadır. Oysa toplumun beklentisi, ölüm cezasının geri gelmesi değil (veya olmaması), adaletin sağlanması (olmalı)dır. Bir kör düğüm gibi ilerleyen adaletsizlik, ölüm cezası gibi geçmişe ait ve tartışmalı ceza yöntemlerini adeta bir çözüm gibi ileri sürülmesine vesile olmaktadır.

V. Niçin ve Nasıl?

Olan biten bizleri “niçin” kaygılandırmaktadır? Ceza hukukunun temel ilkelerine niçin sahip çıkmalıyız? Hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları kolay kazanılan değerler değildir. Bu değerlere bağlı kalarak terörle daha etkin mücadele yapmak mümkünken; ceza hukuku ilkelerinin çiğneyerek terörle mücadelede başarı sağlamak çok olası gözükmemektedir. Dolayısıyla ceza hukukçularının, hukuk devleti/demokrasi ve insan haklarına koşut olarak gelişen ve bugünlere rafine olarak gelen temel ilkeleri savunmaları olmazsa olmazdır. Burada mesele ilkelerden ayrılmadan terörle mücadelenin yollarını bulabilmektir.

Peki, birbirine karşıt gibi görünen bu iki konuyu birbiriyle “nasıl” bağdaştıracağız? Öncelikle yaklaşımı değiştirmekte yarar vardır. Zira hukuk devleti/demokrasi ve insan hakları ile terörle mücadele birbir-

leriyle bağdaşmaz şeyler değildir. Üstelik terörle mücadele sayesinde insanların can, mal güvenliğini sağlayarak, güvenlik içinde yaşamalarını temin etmek, insan haklarının amaçlarındandır.

Terörle mücadele yürüten kollukta, insan haklarına karşı bir önyargıyı gözlemlemek mümkündür. Nitekim 1992 yılında yapılan polis yürüyüşünde atılan “Kahrolsun insan hakları!”¹⁶ sloganından bugüne pek değişiklik olmamıştır. Güvenlikçi bakış açısına göre dünyanın birçok yerinde insan hakları ile terörle mücadele birbirinin karşısı gibi görünmektedir. Örneğin, 1998 yılında İngiltere’de çıkarılan İnsan Hakları Kanunu için kimi gazetelerin “Suçlu [terörist] Hakları Yasası” yakıştırması bu sebeptir.¹⁷ İnsan hakları savunuculuğu ile suçluları/teröristleri savunmayı bağdaştıran aşırı görüşün bir alt düzeyi, insan hakları meselesi teröristlikle özdeş olmasa bile, terörle mücadele zayıflatan bir argümandır görüşü yer almaktadır.

Bugün ne maddi ceza hukuku (TMK dahil), ne de ceza muhakemesi hukuku ilkeleri terörle mücadeleye engel değildir. Bilakis bu ilkelere riayet etmek, kolluktan yargıca, avukattan savcıya tüm yargı teşkilatı mensuplarının, iktidarı elinde bulunduranların ve medya kuruluşlarının görevidir. Teoriyle pratiğin birbiriyle uyuşmadığı hayatın gerçekliği değil, başarısızlığın resmidir. Hukuk ilkelerine uygun hareket eden uygulamacıların topluma sağlayacağı güven paha biçilemez bir huzur getirecektir. Bu aynı zamanda, terörle mücadelenin daha serinkanlı yürütülmesini, başta masumiyet karinesi olmak üzere hukukun temel ilkelerine uyulmasını ve belki en önemlisi de “kurunun yanında yaşın da yanmaması”nı beraberinde getirecektir. Bunun için uygulamacıların hukuk devleti içinde terörle mücadelenin mümkün olduğuna inanması ve özellikle bu alanda dünyadaki kötü misallerden uzak durması gerekir. Ayrıca örnekler verilirken dikkat edilmesi de gerekir. Terör saldırıları nedeniyle Fransa’da ilan edilen olağanüstü halin sonuçları ile Türkiye’de ilan edilen olağanüstü halde uygulanan tedbirler ve sonuçları aynı olmayabilir.

Terörle mücadelede muğlaklığı somutlaştıracak en önemli yaklaşım mücadelenin “eylem” odaklı olması olabilir. Burada kastedilen terörün

16 Tanıl Bora “En Doğal Hakkım”, *Birikim*, 6 Aralık 2017. (<http://www.birikimdergisi.com/baftalik/8632/en-dogal-hakkim#.XEWObNIzaUk>, erişim: 15.01.2019)

17 Andrew Clapham, *İnsan Hakları*, (çev. Hakan Gür), Dost Kitabevi, Ankara, 2010, s. 15.

bir eylem/şiddet şekli olduğudur. Dolayısıyla şiddet içermeyen söz ve eylemlerin yahut salt bir düşüncenin terör kapsamına alınmamasıdır. Ertekin'in ifadesiyle "Terörizm, amaçta değil araçtır."¹⁸ Terör eylemden değil, failden hareketle açıklanmaya çalışılırsa, şiddet ve korku içermeyen/üretmeyen her türlü eylemi de terör kabul etmek mümkün olacaktır. Kanımca, eskiden beri terörle mücadelenin en büyük zaafi eylemle mücadeleyi aşarak, fikirle mücadeleyi bu kapsama alması ve suyu bulanıklaştırması olmuştur.

Sonuç

Mevcut aşınma hali karşısında ceza hukukçuları üç farklı pozisyon geliştirebilir. Bunlardan birincisi, mevcut uygulamalar ekseninde teoriyi pratiğe benzeterek uygulamaların zinhar doğruluğunu savunmak olabilir. Bu durumda, ceza hukuku ilkelerinden vazgeçmek yahut bunları önemsememek gerekecektir. Daha ilerisi yargılama hukuku yerine linç hukuk(suzluğ)unu savunma, ölüm cezasını bir çok derdin çaresi olarak ileri sürmeye giden, bir dizi argüman geliştirmek mümkün olabilir.

İkinci pozisyon "ama"lı bir yaklaşım olabilir. Amaçlar, prensipte ceza hukuku ilkelerini savunmakla birlikte, özellikle olağanüstü durumlar için esnetici formüller arayışına girebilir. Olağanüstü dönemlere karşı bir Radbruch formülü varsa, olağanüstü dönemler için de bir başka formül geliştirilebilir savıyla, ilkesel olarak ilkelerden yana olmak, yalnız küçük tavizler vermek suretiyle terörle mücadelenin daha etkin hale getirilebileceği savunulabilir.

Üçüncü pozisyon ise, ceza hukukunu ilkelerini "ama-sız" savunmaktır. Mevcut hukuk düzeni ve çok da gerekmeyen olağanüstü hal rejimi hukukilik içinde kalarak, etkin bir terörle mücadeleye müsaittir. Yeter ki, şahin bakış açısı yerine barışçıl bir tutum izlensin. Geniş kitleleri kapsayacak terör/terörist tanımı yerine daha gerçekçi ve etkin mücadeleyi meşru kılacak bir çerçeve çizilsin. Gerek TCK, gerekse TMK etkin bir terörle mücadele için yeterlidir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi ilkelerini harfiyen yerine getirmek, bu mücadeleyi daha etkin ve güçlü kılacaktır. Uygulamadaki problemleri dikkate aldığımızda ceza hukuku

18 Orhan Gazi Ertekin, "İddianameler Çağı" (13 Kasım 2011) <http://www.radikal.com.tr/radikal2/iddianameler-cagi-1069504/> (erişim: 15.01.2019).

eğitiminin (anayasa hukuku, insan hakları hukuku da benzer zorlukları içermekte) çok da kolay olmadığı bir dönemdeyiz. Öğrenciler bir taraftan, siyasal kutuplaşmadan nasibini alırken, diğer yandan kötü uygulamaları olağan bir gözle görmek durumundalar. Bu durumda ceza hukukçusunun pozisyonu Özgür Demirtaş'ın özdeyişinde saklı "İnsanların duymak istediklerini söylemek siyasetçilerin işi, bilim adamlarının değil!"¹⁹. Bizlerin temel vazifesi ceza hukuku kazanımlarının yanında olmak ve ceza hukukunun aşınmasına karşı durmak olmalıdır.

19 @ProfDemirtas, 12 Aralık 2016 tarihli tweet. (<https://twitter.com/profdemirtas/status/808230665200275456>, erişim: 15.01.2019)

Kaynakça

- Arslan Rengin, “90’larda ne olmuştu: Güneydoğu’da polis ve asker”, *BBC News Türkçe*. (https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/09/150902_90lar_1_asker_polis, erişim: 15.01.2019)
- Bidebunu İzle* “Orhan Deligöz: İngiliz ve Amerikan ajanları Büyükada’ya sürekli gel git yapıyor”, 13 Temmuz 2017. (<https://www.youtube.com/watch?v=CYQnk00XdX8>, erişim: 15.01.2019).
- Bora Tanıl, “En Doğal Hakkım”, *Birikim*, 6 Aralık 2017. (<http://www.birikim-dergisi.com/baftalik/8632/en-dogal-hakkim#.XEWOObNlzaUk>, erişim: 15.01.2019)
- Centel Nur, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Turban Tüfvan Yüce’ye Armağan*, İzmir, 2001, ss. 337-372.
- Clapham Andrew, *İnsan Hakları*, (çev. Hakan Gür), Dost Kitabevi, Ankara, 2010.
- Doğan Fatma Karakaş, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal, İstanbul, 2010.
- Ertekin Orhan Gazi, “İddianameler Çağı” (13 Kasım 2011) <http://www.radikal.com.tr/radikal2/iddianameler-cagi-1069504/> (erişim: 15.01.2019).
- Hürriyet*, “Başbakan Ahmet Davutoğlu’ndan ‘beyaz toros’ çıkışı”, 20.10.2015. (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/basbakan-abmet-davutoglundan-beyaz-toros-cikisi-40003756>, erişim: 15.01.2019).
- Hürriyet*, “Büyükada’da aktivist toplantısının yapıldığı otele polis baskını: 9 gözaltı”, 6 Temmuz 2017. (<http://www.hurriyet.com.tr/buyukada-da-aktivist-toplantisinin-yapildigi-ot-40511277>, erişim: 15.01.2019)
- Hürriyet*, “Kadri Gürsel isyan etti: Bir tek ben”, 11 Eylül 2017. (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kadri-gursel-isyan-etti-bir-tek-ben-40575781>, erişim: 15.01.2019)
- <http://haberciniz.biz/garipoglundu-capkin-taktigi-697152b.htm>. (erişim: 15.01.2019)
- <http://www.radikal.com.tr/turkiye/parasiz-egitim-pankartina-8-yil-5-ay-hapis-1090399>, (erişim: 15.01.2019)
- <https://twitter.com/profdemirtas/status/808230665200275456>, (erişim: 15.01.2019)
- NTV, “Atalay: 90’lı yıllara geri dönmeyiz. ”, 19.08.2011. (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/atalay-90li-yillara-geri-donmeyiz,Q1am6PloGUEgUrkn-7V506Q>, erişim: 15.01.2019).
- Önok R. Murat, “Türkiye Uygulamasında Ceza Hukuku Alanında Yaşanan Bazı İnsan Hakları Sorunları”, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Mahkemesi Konferansı*, Koç Üniversitesi 7 Aralık 2011.

(Aralık 2012 tarihli güncellenmiş versiyonu <https://www.academia.edu/36799627>, erişim: 15.01.2019)

Özbek Veli Özer ve diğ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2012.

Paye Jean-Claude, *Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele*, (çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi, Ankara, 2009.

Şirin Tolga, “Kanunilik İlkesinin Tahribatı ve Barış İçin Akademisyenler Olayı” (<https://www.academia.edu/34240121>, erişim: 15.01.2019).

Türkiye, “FETÖ davasına bakan hakim FETÖ’cü çıktı görevden alındı”, 1 Şubat 2017. (<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/443383.aspx>, erişim: 15.01.2019)

2018 AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporu Taslağı, (https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, erişimi: 15.01.2019)

İLETİŞİMİN TESPİTİ VE KAYDA ALINMASINDA ANKESÖRLÜ TELEFONLA YAPILAN ARAMALAR SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYELİK SUÇUNA DELİL OLABİLİR Mİ?*

Mustafa Güzeldere**

ÖZET

Yazımızda kamuoyuna “Ankesörlü Telefon Soruşturması” olarak yansıyan soruşturmalarda, tutuklama sebebi olarak gösterilen HTS kayıtlarının delil niteliği incelenecektir. Terör Örgütü üyeliğinden işlem yapılan bazı kişilerin gizlilik sağlamak için ankesörlü telefon kullandıklarını söylemeleri üzerine soruşturma başlatılmış ve bu telefonlardan aranan TSK personeli hakkında örgütsel ilişki ve iletişim içinde oldukları iddiasıyla tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Silahlı terör örgütü üyeliği her ne kadar CMK'nın 100. maddesinde sayılan katalog suçlardan olsa da, tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin de bulunması gerekir. Soruşturma dosyalarına bakıldığında delil olarak yalnızca şüphelinin örgüt imamlarının kullandığı iddia edilen ankesörlü telefondan aranmış olmaları gösterilmiştir. Kişinin yalnızca ankesörlü bir telefondan arandığını gösteren HTS kayıtlarının kuvvetli şüphe oluşturacak nitelikte olduğunu söylemek öğreti ve Yargıtay içtihatlarına bakıldığında olanaksız ve hukukun himaye edeceği bir yaklaşım olamaz. Yargıtay içtihatlarına göre HTS kayıtları yardımcı delil niteliğindedir ve tek başına mahkûmiyet için yeterli değildir. Ayrıca kişinin örgüt üyesi ile iletişimde olması da kişinin örgüt üyesi olduğunu, örgüt hiyerarşisi içerisinde hareket ettiğini kanıtlar nitelikte ve yeterlikte değildir. ceza hukukunun temel ilkelerinden biri “Şüphede sanık yararlanır” ilkesidir. HTS kayıtlarına dayanarak tutuklama kararı verilmesi hele ki bu kayıtların mahkûmiyete dayanak olması bu ilkeye ve hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Anahtar Kelimeler: HTS Kayıtları, Ankesörlü Telefon Soruşturmaları, Silahlı Terör Örgütü Üyeliği, Tutuklama Tedbiri, Katalog Suçlar

* Eserin dergimize geliş tarihi: 07.03.2019

** Avukat, İstanbul Barosu.

1. Giriş

Bilindiği üzere kamuoyunda gündemi uzun süre meşgul eden Bylock programı sebebiyle yalnızca uygulamanın sunucusundan elde edilen IP erişim sinyalleri baz alınarak binlerce TSK personeli, memur ve sivile işlem yapılmış ve birçoğu uzun süre tutuklu kalmıştır. Söz konusu soruşturmaların başlatıldığı günden yaklaşık 1 yıl sonra Bylock soruşturmalarındaki mağduriyetler ve tespitlerdeki hatalar ortaya çıkmış basına da yansıdığı üzere “Mor Beyin” mağduru yüzlerce kişi tahliye edilmiştir. Ardından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2017 yılı sonlarında TSK bünyesinden yüzlerce rütbeli muvazzaf askerinin tutuklanmasına sebep olan yeni bir soruşturma başlatılmış ve yine FETÖ/PDY terör örgütünün gizli bir iletişim yöntemi olarak adlandırılan Ankesörlü Telefon yöntemiyle ardışık arama sistemi deşifre edildiği kamuoyuna yansımıştır.

Yazımızda “Ankesörlü Telefon Soruşturması” olarak adlandırılan bu örgüt içi iletişim yönteminin “Bylock” soruşturmalarındaki hatalarla kıyaslanarak TCK açısından Silahlı Terör Örgütü Üyeliği Suçunun oluşmasındaki delil niteliğine değinilecektir.

2. Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma Suçu

Türk Ceza Kanunu 220. maddesinde “Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.” suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçunu hüküm altına almıştır.

3. Silahlı Terör Örgütü Nedir?

Siyasal, dinsel veya ekonomik hedeflere ulaşmak amacıyla sivillere; resmî, yerel ve genel yönetimlere yönelik baskı, yıldırma ve her türlü şiddet içeren yolun kullanımı terördür. Siyasi unsur içeren, yani bir ideolojisi bulunan ve mevcut sistemi şiddet yoluyla tahribe yönelmiş, bir ideoloji etrafında örgütlenen birden fazla kişinin şiddet eylemleri temelinde, mevcut siyasi iktidarı ve rejimi hedef alan faaliyetler ise terörizm olarak anılır. Yani terör sistematik ve belli bir amaca hizmet

edecek şekilde kullanılmaktadır. Terörizm muhakkak bir felsefe, teori veya ideolojiye dayanır.

Terör faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla kurulan toplumsal yapılanmalar ise terör örgütü olarak ifade edilebilir. Örgüt genel itibariyle belirli bir amaç ya da amaç grubuna yönelik, birbiriyle bağlantılı eylemlerin gerçekleştirilmesi için bireylerin önceden belirlenmiş davranış kalıpları, görevler ve sorumluluklar çerçevesinde bir araya gelmesiyle oluşan, tamamlayıcı ve süreklilik gösteren toplumsal yapılanmadır.

Bir örgütün suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olması için belirli unsurları taşıması gerekmektedir. İlk unsur; örgüt faaliyetlerinin amacı kanunen suç sayılan fiilleri işlemek olmalıdır. İkinci unsur; örgütün yapısı, üye sayısı, araç ve gereçleri amaç edindikleri suç sayılan fiilleri işlemeye elverişli olmalıdır. Üçüncü unsur; örgüt faaliyetinden bahsedilebilmesi için üye sayısının en az 3 kişi olmalıdır. Dördüncü unsur; örgütün genel unsurlarından da olduğu üzere hiyerarşik bir yapılanmasının olması gerekir. Beşinci unsur; yine örgütün genel unsurlarından olduğu üzere örgüt bazında gerçekleştirilen veya gerçekleştirilmesi hedeflenen faaliyetlerin devamlılık göstermesi gerekmektedir.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlenmemiş olsa dahi suç işleme amacı etrafında fiili bir birliktelik söz konusu ise ve bu birliktelik niteliği itibariyle devamlılık gösteriyorsa yine de bu örgütün suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğundan bahsedilebilir.

4. Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma Suçunun Cezası

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu ele alan TCK'nın 220. maddesinde suç işlemek amacıyla kurulan örgütün silahlı olması halinde verilecek cezanın dörtte biri oranında artırım yapılacağına hükmedilmiştir. Bundan bahisle silahlı örgüt çerçevesinde gerçekleşen faaliyetlerin suçun nitelikli halini oluşturduğu düşünülebilir.

Terör örgütü kapsamında 3716 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu 1.maddesinde terörün tanımını yapmış ve terör eylemlerini “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin

ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.” şeklinde ifade etmiştir. Anılan kanunun devam maddelerinden 3. maddesinde terör suçlarını, 4. maddesinde ise terör amacı ile işlenen suçları Türk Ceza Kanunu kapsamında sayma yoluna gitmiştir.

Kurulan örgütün faaliyetleri bazında değerlendirdiğimizde belirli suçların işlenmesi amacıyla kurulan silahlı örgütün Türk Ceza Kanunu ayrıca bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Şöyle ki; TCK'nın 314. maddesinde “Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.” kanunun belirlenen bölümlerinde sayılan bu suçları işlemek amacıyla kurulan örgütü özel nitelikli değerlendirmiş ve kalan hükümlerin genel niteliklere göre uygulanacağına hükmedilmiştir. Anılan maddede sayılan suçlar ise şu şekildedir; Devletin güvenliğine karşı suçlar (Dördüncü bölüm): Devletin birliğini ve bütünlüğünü bozmak, Düşmanla işbirliği yapmak, Devlete karşı savaşa tahrik, Temel milli yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama, Yabancı devlet aleyhine asker toplama, Askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma, Düşman devlete maddi ve manevi yardım Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (Beşinci bölüm): Anayasayı ihlal, Cumhurbaşkanı suikast ve fiili saldırı, Yasama organına karşı suç, Hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan Bir örgüte üye olmak, genel itibarıyla o örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak anlamına gelmektedir. Örgüte üyeliğin gerçekleşmesi ise, örgüte katılma konusunda devamlılık arz eden bir iradeyle mümkündür. Anlam itibarıyla ise de kişinin bir örgüt çerçevesinde belirli faaliyetlerine katılıyor olması o örgüte üye olduğu anlamına gelmez. Kişi devamlı bir irade göstermeli ve bağlılıkla bahse konu olan örgütün tüm faaliyetlerine katılma arzusu göstermelidir.

5. Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma Suçunun Kriterleri Hakkında Yargıtay Kararları

Örgüt üyeliğinin değerlendirilmesi noktasında ise dikkate alınması gereken diğer husus, örgüt yapısına katılmakla ilgili olan iradenin iki taraflı olmasının gerekliliğidir. Diğer bir ifadeyle örgüt kurucuları veya örgüt yöneticilerinin de kişinin iradesini kabul etmiş olması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2007/9-270 E. 2008/164 K. Sayılı 10.06.2008 tarihli kararında da belirtildiği üzere “Yerleşik yargısal kararlarda belirlenen ilkelere göre, failin salt silahlı örgüte ilgi duyması, örgüte katılmak için zemin arayışına girmesi, bu amaçla kendisini örgüte ulaştırabilecek kişilerle temasa geçmeye çalışması ve örgüt mensuplarıyla görüşüp buluşmadan salt örgüte katılmak amacıyla başka bir bölgeye yolculuk yapması silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşumu için yeterli değildir.” kişinin bahse konu örgüte yalnızca ilgi duyması ve minvalde hareketler göstermesi örgüt üyeliğinin oluşumu için yeterli değildir.

Yine silahlı terör örgütüne üyelik suçu kapsamında Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 2015/7370 E. 2016/319 K. ve 13.01.2016 tarihli kararında da belirttiği üzere “Terör örgütlerinin yurtiçi ve yurtdışındaki kamplarına örgüte katılmak üzere eleman göndermenin, bu örgütlere üye sağlamanın başlıca yollarından biri olduğu, terör örgütlerinin amaç suçun işlenmesi yolunda güven, disiplin ve sıkı irtibata önem veren iş bölümüne dayalı hiyerarşik düzene sahip yapılar olarak istihbarat, gizlilik, güvenlik ve denetim konularında duyarlı oldukları, işleyiş ve yapılanma itibarıyla bu özellikleri gösteren terör örgütlerinin, örgütün “hiyerarşik yapısına” dahil edilmek üzere gönderilen elemanları, irtibat halinde olmadıkları, güvenilir bulmadıkları, denetlemedikleri kaynaklardan kabul etmeyecekleri gibi, gizlilik ve güvenlik kuralları ile hiyerarşiye uymayan kişilerin bu tür faaliyetlerine de izin vermeyecekleri, terör örgütlerine yeni eleman temin etme, barındırma, gönderme veya ulaşımını sağlama gibi faaliyetlere ilişkin organizasyonun örgütsel yapı dışında değerlendirilemeyeceği göz önüne alındığında” bu tarz örgütlerin yapısına üye olmak başlı başına örgüt içerisinde sıkı bir denetime tabi tutulduğu ve alelde kimselerin örgüt bünyesine kabul edilemeyeceği sabittir.

Kişinin örgüt üyeliğinden bahsedilebilmesi için zorunlu olan diğer

bir koşul ise, örgüte üye olma suçu ile atfedilen kimsenin bahse konu örgütün yapısını ve faaliyetlerini bilmesinin gerekliliğidir. Yani kişi, faaliyetlerini gerçekleştirdiği yapılanmanın bir yapısının, belirli amaçlarının, kurucu/üye kişiler arasındaki ilişkiye vakıf olmalıdır Aksi takdirde kişinin iradesinin olduğundan bahsedilemez.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2015/3515 E. 2015/2323 K. sayılı ve 15.07.2015 tarihli kararı terör örgütünü, örgütün yapısını, silahlı terör örgütü kapsamında bir örgütün nasıl değerlendirilebileceği ve bulunması gereken unsurları, devamında örgüt faaliyetleri çerçevesinde bir kimsenin örgüt üyesi olarak değerlendirilmesi açısından hangi özelliklerin bulunması gerektiği konusunda emsal teşkil edebilecek bir karardır.

6. Yargıtay Kararları Kapsamında “Ankesörlü Telefonda Aranma” Tespitlerinin Delil Niteliği

Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi ile yukarıda bahsedilen Yargıtay kararları ışığında Ankesörlü Telefon soruşturmalarına bakılırsa, soruşturmanın başlangıcı itirafçı beyanlarına dayanmakta ve hakkında FETÖ/PDY üyeliğinden işlem yapılan bazı örgüte tabi mahrem imamların, ifadelerinde; sorumlu oldukları örgüt mensuplarıyla gizliliği sağlama amacıyla çeşitli büfelerde bulunan kontrollü sabit hatlardan örgüt üyelerini ardışık olarak aradıklarını ve örgütün talimatlarını ilettiklerinden bahsetmişler, ifadelerinde geçen telefonların bulunduğu işyerlerini bildirmelerine binaen ilgili işyerlerine ait sabit telefonların geriye dönük arama kayıtlarının çıkarılması sonucu arandığı tespit edilen TSK personeline yetkili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturma açılarak adli işlem başlatılmıştır.

Söz konusu soruşturma dosyalarına bakıldığında dosyalarda delil olarak yalnızca hakkında işlem yapılan şüphelinin örgüt imamlarınca kullanılan ankesörlü telefonda aranan gün ve saatler ile kaç kez aranılmış olduğu yer almakta olup, bu delile dayanılarak gözaltı işlemi sonrası tutuklama tedbirinin uygulandığı görülmektedir.

Tutuklama tedbirinin CMK'nın 100. maddesi açısından değerlendirecek olursak ankesörlü telefonda aranma tespitinin kuvvetli suç şüphesi oluşturan somut delil olup olmadığı ve soruşturmaya dayanak suçun

CMK’da belirtilen katalog suçlardan olup olmadığı incelenmeli ve buna göre tutuklama tedbirine başvurulmalıdır. Öyle ki; atılı suç silahlı terör örgütü üyeliği gibi katalog suçlardan olsa da, bu durum tutuklama tedbiri için tek başına yeterli değildir.

Ankesörlü telefonda aranmış olma tespitinin tek başına başkaca bir delille desteklenmeden somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi yaratması olgusu ise tartışmalı bir durum olup kanaatimizce konuşma içeriği belli olmayan, kim tarafından arandığı belli olmayan bir şüphelinin yalnızca halka açık bir kontrollü telefonda aranmış olması sebebiyle tutuklama tedbirine yeter düzeyde bir kuvvetli şüphe oluşturmamaktadır. Öyle ki; aynı durum bylock soruşturmalarında yaşanmış ve sadece IP erişim sinyallerine dayanan mesaj içeriği ve uygulama kullanıcı adı bulunmayan tüm şüphelilere tutuklama tedbirleri uygulanmış ve aylar sonra bu tespitlerde hata olabileceği ortaya çıktığında kamuoyunda mağduriyetler alenilemiştir.

Söz konusu durum burada da mevcut olabilecek olup ceza hukuku şüphe açısından %99’u değil, %100’ü arayan, salt basit şüpheyle yetinmeyen bir hukuk dalıdır. Bu sebeple yalnızca sabit ankesörlü telefondan aranmış olmak yan delillerle desteklenmedikçe silahlı terör örgütü üyeliğine tek başına delil olamayacağı ceza hukukunun evrensel ilkeleleriyle ve Yargıtay kararlarıyla görülebilecektir.

Yargıtay içtihatlarına göre hukuka uygun yöntemlerle elde edilen HTS kayıtları “basit şüphe” oluşturan, yardımcı delil niteliğindedir. HTS kayıtları tek başına kuşku sınırlarını aşan, mahkûmiyete yeterli ve kesin delil niteliğinde değildir. HTS kayıtları şüpheli kişinin kiminle, ne zaman ve nerede iken iletişim kurduğunu göstermektedir, görüşme içerikleri belli değildir. Bu şekilde içeriği belli olmayan HTS kayıtları “kuvvetli suç şüphesi” oluşturmadığı gibi, kamu davasının açılması için aranan “yeterli suç şüphesi” şartını bile oluşturmamaktadır. Yargıtay kararları, hakkında HTS kaydından başka delil olmayan kimsenin mahkûm olmasına cevaz vermemektedir. Bu nedenle sadece HTS kayıtlarına dayanılarak verilecek tutuklama kararlarının, ileride haksız tutuklama nedeniyle tazminat davalarına konu olması kaçınılmazdır.

Yukarıda açıklandığı üzere HTS kayıtları, içeriği bilinmediğinden dolayı örgüt üyeliği suçu dahil, hiçbir suç için tek başına cezalandırılmaya

yeterli kanıt niteliğinde değildir. Şüphelinin örgüt üyesi bir kimseyle içeriği bilinmeyen görüşmeler yapmış olması, o kimseyle aralarındaki iletişimi kanıtlamaya yeterli olabilir, ancak bu husus şüphelinin örgüt üyesi olduğunu, o örgütten haberdar olduğunu ve örgütün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu, örgütün yapısını ve amaçlarını bilerek hareket ettiğini, hatta görüşme yaptığı kişinin gerçekte bir örgütün üyesi olduğunu bildiğini kanıtlamaya yeterli ve elverişli değildir.

Yerleşik Yargıtay kararları ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin en son kararlarında örgüt üyeliği suçu bakımından aranan kriterlere göz atıldığında, HTS kayıtlarının tek başına örgüt üyeliğinin delili olamayacağı açıkça ortaya çıkmaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nun 04.10.2011 tarih ve 2011/10-159 E, 2011/202 K. sayılı kararında; "ilgilisi tarafından çok sayıda görüşme yaptığı kabul edilse dahi içeriği tespit edilemeyen telefon görüşmeleri ile adli sicil kaydına konu ilama dayalı olarak sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması yerinde değildir" denilmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 13.01.2016 tarih ve 2015/8703 E., 2016/119 K. sayılı kararında; "içeriği tespit edilmeyen HTS kayıtları dışında, somut, her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmayan olayda, sanık bakımından şüphenin söz konusu olması nedeniyle şüpheden sanığın yararlanması gerektiği şeklindeki genel ceza hukuku ilkesi de gözetilerek, sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi" bozma nedeni yapılmıştır.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 16.11.2015 tarih ve 2015/4718 E. , 2015/32935 K. sayılı kararında; "K...'in sonradan döndüğü soyut beyanları dışında kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığından sanığın beraatı yerine, içeriği tespit edilmeyen telefon görüşmelerine dayanılarak mahkûmiyetine karar verilmesi" bozma nedeni yapılmıştır.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin 21.01.2016 tarih ve 2015/1663 E., 2016/271 K. sayılı kararında; "...suç tarihinden önce 28 adet içeriği tespit edilemeyen HTS kayıtlarının mahkûmiyet için yeterli olmadığı, başkaca kuşku sınırlarını aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatı yerine mahkûmiyetine karar verilmesi."

denilerek, HTS kayıtlarına dayanılarak verilen mahkûmiyet kararı bozulmuştur.

Yine kamuoyunda “İzmir Askeri Casusluk Dosyası” olarak bilinen 357 sanıklı dosyada İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının gerekçesinde; “Yargıtay uygulamaları ile de sabit olduğu üzere yardımcı delil niteliğinde olan iletişimin denetlenmesinde elde edilen verilerin, başkaca hiç bir somut delil ile desteklenmediği”; “HTS raporunda görüşme içeriği olmadığından iletişimin tespitinin delil olma niteliğine ihtiyatla bakmak gerekeceği, sübjektif yoruma dayalı olabilen HTS raporu sonuçlarının tek başına bir suçun işlendiğinin veya sanığın suça katıldığıının göstergesi olamayacağı” denilerek HTS kayıtlarının tek başına mahkûmiyete yeterli delil niteliğinde olmadığı belirtilmiş, bu karar Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 21.10.2016 tarihli onama kararı ile kesinleşmiştir.

Belirtilen kararlardan açıkça anlaşıldığı üzere, HTS kayıtları tek başına kuşku sınırlarını aşan, mahkûmiyete yeterli ve kesin delil niteliğinde değildir. Aleyhinde usulüne uygun temin edilmiş olsa dahi HTS kayıtlarından başka delil bulunmayan kişi ceza hukukunun temel prensiplerinden olan “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin korunması altındadır ve cezalandırılmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28.9.2010 tarihli ve 2010/5-109 Esas, 2010/177 Karar sayılı kararında bu konu: “Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan “kuşkudan sanık yararlanır” kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan olası kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilebilmesinin başka bir yolu da bulunmamaktadır.” şeklinde izah edilmiştir.

KAYNAKÇA

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2018

Gültaş, Veysel – **Güzeldere**, Mustafa, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Silahlı Örgüt Suçları*, Ankara, 2018

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017

Özen, Muharrem – **Hafizoğulları**, Zeki, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2018

Özen, Muharrem – **Hafizoğulları**, Zeki, *Ceza Hukuku Özel Hükümler – Toplum Karşı Suçlar*, Ankara, 2017

Özgenç, İzzet, *Suç Örgütleri*, Ankara, 2017