

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN
MAYIS
HAZİRAN
2009

SAYI

2

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

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

Genel Yayın Yönetmeni
Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Av. Fehmi Demir

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

Copyright
Türk Ceza Hukuku Derneği
• Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
• Üç ayda bir yayınlanır

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

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

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

Basım Tarihi
?

||

İçindekiler

Prof.Dr.Yener Ünver	1	Spordan Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu
Ar.Gör.Gülşah Bostancı	11	5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Sonuçları
José Luis de la Cuesta César San Juan Çev.Stj.Av.Osman Berk Alpaslan	60	Batı Avrupa'da Çocuk Suçları ve Göç; Cezai Sorumluluk Karşısında Sosyal Sorumluluk
	74	AIDP Kongre Kararları
Çev.Yard.Doç.Dr.Bariş Ertan	75	1. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Brüksel, 26-29 Temmuz 1926)
Çev.Ar.Gör.Pınar Memiş	79	2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Bükreş, 6-12 Ekim 1929)
Çev.Av.Metin Aslan	84	3. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Paris, 26-31 Temmuz 1947)
Çev.Av.Serdar Mermut	88	4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Paris, 26-31 Temmuz 1937)
Çev.Av.Ömer Bayraktar	92	5. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Genevre, 28-31 Temmuz 1947)
Çev.Av.Ömer Bayraktar	94	6. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 27 Eylül-3 Ekim 1953)
Çev.Av.Bilhan Güven	103	7. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 26 Eylül-02 Ekim 1957)
Çev.Stj.Av.İlkan Koyuncu	110	8. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lizbon, 21-27 Eylül 1961)
Çev.Av.Aysun Dalkılıç	119	9. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lahey, 23-30 Ağustos 1964)

HEM ESKİ, HEM DE GÜNCEL BİR KONU HUKUK DEVLETİ VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Türk Ceza Hukuku Derneği'nin yayın organı olan "Suç ve Ceza" dergisinin 2009 yılına ait 2. sayısını yayınlıyoruz. 2009 yılı Türk Ceza Hukuku Derneği için çok önemli bir yıl olarak kabul edilebilir. AIDP'nin (Association Internationale de Droit Penal) 18. Uluslararası Kongresi, 20-27 Eylül 2009 tarihinde, İstanbul'da Derneğimiz tarafından düzenlenmektedir. Bu çok önemli bir hukuk olayıdır. Dünyanın bir çok ülkesinden ceza hukuku uygulamalarına katılan yargıç, savcı ve avukatlar ile akademisyenler bu kongreye iştirak edeceklerdir. Kongrenin amacı ceza hukukunun 21. yüzyılda da ilerlemesini sağlamak ve insan haklarına saygılı bir hukuk idealini gerçekleştirmektir. Ceza hukukunda ve muhakeme hukukunda insan haklarının korunması ve bu çerçevede evrensel ve ulusal ceza hukuku sorunlarına çağdaş çözümler getirilmesi hedeflenmektedir.

Öte yandan 2009 yılının ikinci çeyreği Türk Ceza Hukuku açısından oldukça ilginç gelişmelere sahne olmuştur. Kamuoyunun tüm dikkatini üzerinde toplayan büyük ceza davaları zincirinin birincisi devam ederken, ikinci ve üçüncü davaları açan iddianameler nihayet arka arkaya mahkemelere intikal ettirilmiştir. Bu olayda kimi şüpheliler bir yılı aşkın süredir tutuklu bulunmaktadır. İddianamelerin mahkemeye sunulmasıyla, "hakim önüne çıkma imkanı" bu kişilerin hürriyetlerine kavuşabilmeleri için bir umut ışığı olmuştur.

Bu olayların gerek doktrinde, gerek kamuoyunda tartışılabilmesi gerekli iken, gizlilik kararları alınmıştır. Bu kararlara karşı çıkmaya tevessül edenlere karşı da "Demokratik Hukuk Devleti", "Bağımsız Yargı" sözcükleri ile engel olunmaktadır. "Demokratik Hukuk Devleti", "Bağımsız Yargı" ne anlama gelmektedir? Öncelikle bu tanımlamaların yapılması gerekir. Eğer demokratik hukuk devleti ilkesi, çoğunluğu ele geçiren kişilerin devlet yönetiminde her istediklerini gerçekleştirebilecekleri bir sistem şeklinde anlaşılırsa, bu büyük bir yanıltır. Hele yangından mal kaçırma kanunları ile Anayasanın değiştirilmesinin yolunun keşfedilmesi, bir hukuk devletinde asla kabul edilemez. Bu hukuki yanlışlık fahiş bir hatadır.

"Bağımsız yargının" ne olduğu konusunda zihinler karışmıştır. Dialektik mantıkta "yargı" tez antitez çatışmasından doğan sentezdir. Bu bağ-

lamda “yargı” karar makamının vardığı sonuçtur. Bu makam ise “hakim”dir. Hakimin bağımsızlığının hukuk devletinin temel taşlarından biri olduğu tartışılmaz. Hakimin bağımsızlığı, devletin diğer iki gücü olan yasama ve yürütmeye karşı anayasalarda titizlikle korunmuştur. Ceza muhakemesinin aktörlerinden biri olan savcı ise bağımsız değildir, taraftır. Savcılık işlemleri tartışılabilir, eleştirilebilir. Türkiye ile ilgili Avrupa Birliği ilerleme raporlarında ve Strazburg Mahkemesi kararlarında ısrarla vurgulandığı üzere, hakimin bağımsızlığı Türk hukuk sisteminde henüz sağlanamamıştır. Yürütme organı içinde bulunan bir bakanla, aynı bakanlıkta görevli yüksek seviyedeki bir bürokratın, hakimlerin özlük işlerinde yetkili kılınmış kurulun başkanı ve başkan vekili olması durumunda “yargı bağımsızlığından” söz etmek abes ile iştigal olur. Temmuz 2009’da ülkemizde şahit olduğumuz olaylar, söz konusu kurulun tam bağımsız olarak işlevlerini yerine getiremediğinin kanıtı olarak kabul edilmelidir. Ayrıca, söz konusu kurulda verilen tüm mücadele ceza hakimlerinin ve savcılarının muhtemel görev yeri değişikliği konusundadır. Oysa, muhakeme hukukunun bir başka dalı olan “hukuk muhakemesinin” aktörleri için böyle bir mücadelenin hiç yapılmaması dikkat çekicidir.

Bir başka açıdan bakıldığında da, Türk Ceza Hukuku Sistemi içinde bazı kurumların yıprandığı gözlenmektedir. Bugünlerde tüm dikkatler Adli Tıp Kurumu üzerinde toplanmıştır. Bunda da haklılık payı vardır. Adli Tıp Kurumu’nun verdiği raporlarda titiz davranmaması sonucu, çelişkilerin ortaya çıkması ve kurumda keyfiliğin yaygınlaşması bu müessesenin güvenilirliğini kamuoyu önünde tartışılır hale getirmiştir.

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, hakimlerin özlük işlerinin tam bağımsız mesleki bir kurul tarafından değerlendirileceği; savcılık makamının mahkemelerden tamamen ayrı olarak görev göreceği maddi imkanların temin edileceği; savcılarının görevlerini tam olarak yerine getirebilmeleri için, emirlerine, gerçek anlamda bir adli kolluk verileceği; adli tıp kurumunun yürütmeden bağımsız olarak işleminin gerçekleştireceği bir hukuk sisteminin kurulacağı umudunu her zaman taşımaktayız.

Türk Ceza Hukuku Derneği, bilginin gelişmesini, insan haklarına saygının yerleşmesini, ve kamu düzeninin korunmasını gerçekleştirecek bir ceza hukuku anlayışının destekçisidir. Bu yolda çalışmalarına her zaman devam edecektir.

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

Spordan Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu

Prof. Dr. Yener Ünver*

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 58. maddesine göre;

“Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.”

Keza Anayasa'nın sporun geliştirilmesi başlıklı 59. maddesi ise şu hükmü içermektedir: *“Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.*

Devlet başarılı sporcuyla korur.”

Şüphesiz devlet bu görevlerini icra ederken, sporu yönetmek veya kitleleri yönetip yönlendirmede sporu kullanmak yerine, modern anlamda sporu düzenleyip teşvik etmek, desteklemek, uluslar arası hukuki düzenleme yapmak ödevinin gereklerini yapmak, uluslar arası işbirliğine gitmek ve desteklemek zorundadır.

Bu düzenlemelerle, belirttiğimiz amaçla dahi olsa, cezalandırılmayan ihlal alanları yaratmamalı, sporun niteliği ve spor hukukunun gereklerinin icrası, insan hakları ve bireyin özerkliği (=otonomluğu) ile sporun kamusal yarar, etki ve sonuçlarını da gözeterek dengeli sınırlar çizmelidir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Buna karşılık ise, hukuka uygunluk alanında gerçekleşen fiilleri sporun doğasında ve hukuka uygun kabul etmek, sadece sporun kurallarına aykırı davranışları öncelikle bağımsız, özerk ve özel bir alan olan spor hukuku sùjeleri ve kurumlarının düzenleyip yaptırımla denetlemesine bırakmalı ve sadece oyunun kurallarına aykırı aynı eylemlerin ceza hukuku normlarını ihlal etmeleri durumunda, ilgili hukuksal değerleri ceza hukuku ile korumalıdır.

II. SPORTİF FAALİYETLERDEN KAYNAKLANAN CEZA SORUMLULUĞU BİÇİMLERİ

Belirtelim ki, sportif faaliyetler nitelikleri gereği bedensel güç, zor, cebir ve şiddet gibi hareketleri bünyelerinde az veya çok taşırlar. Spor türlerinden bazıları için bu zorunlu bir nitelik diğer bazıları için ise hareket veya netice tarzında gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel durumlardır.

İlke olarak, gerek TCK gerek diğer mevzuat ve bu bağlamda özel kanunların (örneğin Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun gibi) ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren düzenlemeleri ihlal edilebilecektir. Burada her zaman ceza hukuku anlamında bir ihlalin varlığını kabul etmek veya iddia dahi edebilmek olanaksızdır.

Yapılan sportif faaliyette, kasten veya taksirle suç(lar) işlenebileceği gibi, netice nedeniyle ağırlaşan suçların işlenmesi de mümkündür. Şüphesiz spor yapabilmek, bu bağlamda tüm davranışları meşru hale getirmez. Bizatihi sporun kendisi ulusal ve özellikle de giderek uluslar arası hukuk kurallarıyla her açıdan düzenlenmektedir. O zaman anahtar kavram 'oyunun kurallarına uygun davranmak' olmalıdır. Bu kurallara aykırı davranış, kasten veya taksirle gerçekleştirilsin, suç teşkil edebilecek veya bazen suçla birlikte ya da tek başına özel hukuk, idare hukuku vs. anlamında haksız fiil yahut hakkaniyet/fedakarlığın denkleştirilmesi anlamında yaptırım uygulanmasını gerektirecektir. Bu nedenle, her ne kadar spor hareketleri gerçekleştirilirken veya spor hareketleri yanında ya da spor hareketleriymiş gibi onun yerine gerçekleştirilen hareketler adam öldürme, yaralama, doping, netice nedeniyle adam öldürme vs. suçlarına ilişkin düzenlemeleri ihlal edecek ve ceza sorumluluğunu gerektirebilecektir.

Burada sağlıklı bir değerlendirme için, hem yapılan hareketin, failin manevi unsurunun ve sporun ilgili dalının niteliğinin dikkate alınması hem de o ilgili spor dalının genel kabul görmüş, hukuken kabul edilen kural ve sınırlarının bilinmesi, ilgili suçun unsurlarının somut olayda gerçekleştiğinin tespiti ve buna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Burada giriş bağlamında, oyunun kurallarına aykırı davranışın, ceza hukuku mevzuatını ihlal edebileceği, bunun da ceza sorumluluğunu doğurabileceği ve ilgili kimsenin sadece spor yapıyor olmasının genel geçerli ve her davranış ve sonuçlarını meşru kılan bir etkisinin bulunmadığını vurgulamak gereği duyuyoruz.

III. SPORİF FAALİYETLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU VE NEDENİ

Sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunun nedeni doktrinde tartışmalıdır. Kuralına uygun sportif faaliyetler genelde hukuka uygun eylem sayılmakla birlikte, bunun nedeni hukuka farklı görüşler vardır.

Bu görüşlere değinmeden önce belirtelim ki, doktrinde çok az taraf-tar bulsa dahi, geçmişte spor hareketlerinin hiçbir özellik taşımadığı, spor yapılırken işlenen suçların herhangi bir suç gibi ceza sorumluluğunu gerektirdiği ve spor faaliyetlerinin hukuka aykırılığı giderici bir etkisinin bulunmadığı görüşü de ileri sürülmüştür¹.

Ancak gerek ülkemizde gerek yabancı literatürde, sportif faaliyetlerin hukuka uygun olduğu ve istisnai durumlar hariç hiçbir hukuk dalı açısından yaptırımı gerektirmediği genel kabul görmektedir.

Spor hareketlerinin hukuka uygunluğunu açıklamak için ileri sürülen görüşlerden birisi, sportif faaliyetlerin neticesinin hukuka uygunluğunu **suç işleme kastının yokluğunu** ile açıklarlar. Bu görüştekiler, müsabakanın taraflarının birbirlerine karşı kuvvet kullanırken müessir fiil (yaralama) kastı ile hareket etmedikleri düşüncesindedirler². Bu görüş, rakibine yumruk atan boksörün hareketlerini taksirle değil kasten ve rakibini bayıltmak isteğiyle gerçekleştirdiği eleştirisiyle karşılanmıştır³.

¹ *Delogu*'dan nakleden **DÖNMEZER**, Sulhi-**ERMAN**, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku., Genel Kısım, Cilt: II, 10. Bası, İstanbul 1994, sh: 59.

² *Haeftinger*'den nakleden **ÖNDER**, Ayhan. Ceza Hukuk Genel Hükümler., Cilt: II, İstanbul 1992, sh: 201.

³ *Delogu* ve *Garraud*'dan nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60.

Diğer bir görüşe göre, sportif faaliyetlerde **bir meslek veya sanatın icra** ve bu nedenle de fiil hukuka uygundur. Buna göre, müsabakaya katılanlar; icra edilmesine izin verilen bir mesleği icra etmektedirler ve bundan dolayı meslek mensuplarının sorumluluğunun olamazlar. Ancak belirtelim ki, bu görüş, ileri sürülen görüş kabul edilse dahi bu kez de amatör sporcuların cezalandırılmaları gerektiği, çünkü amatör sporcuların meslek icra etmedikleri gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴.

Diğer bir görüş, sportif faaliyetlerin bir **izin verilen risk olduğunu** ileri sürmektedir⁵. Bu faaliyetlerin toplum yararına olduğu ve bunun bazı neticelerinin olmasının doğal olduğunu ileri süren bu görüş, bu neticelerin kabullenilmesi gereken veya müsaade edilen risk olduğunu ileri sürmektedir⁶. Bu görüşteki yazarlar esasında spor olaylarını ağırlık ve niteliklerine göre üç guruba ayırarak incelerler. Buna göre, basit yaralanmalara yol açabilen ve fakat doğasında şiddetin olmadığı sporlarda, spordan elde edilen yarar, spor nedeniyle meydana gelen Zaralardan üstündür ve bu nedenle şiddet içerse dahi (boks gibi) ilgili spor faaliyeti izin verilen risk alanı içindedir. Burada ilgili kimsenin rızasına, eylemin hukuka uygunluğu için gerek yoktur; eylem tek başına izin verilen risk nedeniyle hukuka uygundur⁷. Ancak bu yazarlar, bazı olumsuz neticelerin (ölüm veya yaralanmaların) önceden bilindiği spor dalları açısından ise, tek başına izin verilen riskin yeterli olmadığını ve bu hukuka uygunluk nedeni yanında ayrıca ilgili kimsenin hukukten geçerli rızasının da olması gerektiği görüşünü ileri sürerler. Ancak, doğabilecek risk arttıkça (örneğin ölüm neticesinde) bu rızanın hukuka uygunluk etkisinin tartışmalı olduğu da kabul edilmektedir⁸. Bu yazarlar, kurallara aykırı yapılan sporda, yarar dengesinin tersine döndüğünü ve kurala aykırı davranma nedeniyle o spor adı altında yapılan hareketlerin izin verilen risk alanı içinde bulunmayıp, ceza sorumluluğunu gerektirdiğini ileri sürerler. Her ne kadar, ilgili kimsenin

⁴ *Noll*dan nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 201.

⁵ Bkz. **İÇEL**, Kayıhan-**SOKULLU/AKINCI**, Füsun-**ÖZGENÇ**, İzzet-**SÖZÜER**, Adem-**MAHMUTOĞLU**, Fatih-**ÜNVER**, Yener. İçel Suç Teorisi., 3. Bası, 2. Kitap, İstanbul 2004, sh: 177.

⁶ Bkz. **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

⁷ Bu görüş ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜNVER**, Yener. Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk., İstanbul 1998, sh: 184-185.

⁸ Bu görüş için bkz. **ÜNVER**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, sh: 185.

rızası bazen izin verilen riskin alanını genişletiyor ise de, bu her zaman o eylemin hukuka uygun olacağı anlamına gelmemektedir; öncelikle sporcu sporu kuralına uygun gerçekleştirmelidir. Bu son zikredilen durum ve benzeri hallerde, *özel koşullar* bulunmaktadır ve sporcu suç işlediğın bilerek hareket etmektedir; o halde sonuçlarına katlanmalıdır⁹.

Bu son görüşe yakın başka bir görüş, sportif faaliyetlerde meydana gelen neticelerin hukuka uygunluğunu, bu faaliyetlerin **toplumsal uygunluğu** ifade ettiği ve keza **toplumsal yarar sağladığı** (*toplumsal uygunluk görüşü*) gerekçesiyle açıklarlar¹⁰.

Bu görüş Türk doktrininde de kabul görmüştür. Örneğın *Önder*, sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunu açıklayan her görüşte kısmi haklılık payı olmakla birlikte, esasında *toplumsal yarann* bu fiilleri hukuka uygun hale getirdiğı düşüncesindedir. Yazara göre, sportif faaliyetlerden kaynaklanan neticeler, gerçekleştirdiğı yarar yanında değersizdir ve burada meydana gelen zararların kasten değil taksirle meydana getirildiğının gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Buna göre, sağlıklı bir toplum yaratmak isteyen Devlet, spor faaliyetleri nedeniyle meydana gelebilecek neticelerin riskine müsaade edecektir¹¹.

Ancak bu görüş doktrinde, 'haklı amaç uğruna haklı araç teorisi'nin uygulanmasından başka bir şey olmadığı ve bir spor müsabakasında adam öldürme veya yaralamanın spor için haklı bir araç olamayacağı eleştirisiyle karşılanmıştır¹².

Sportif faaliyetlere **örf ve adetin izin verdiğini** ve bu nedenle ceza sorumluluğunu gerektirmediğini ileri süren yazarlar da olmuştur. Ancak bu görüş eleştirilmiştir: Bu görüşe karşı, örf ve adetin sınırlarını saptamanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu görüş ayrıca, örf ve adetin sadece kanunun boşluklarının doldurulmasında veya bir kanunun yorumunda yararlanılan bir kaynak olduğu belirtilerek, spor hareketlerinde bu belirtilen fonksiyonları ise örf ve adetin yerine getirmediğinin açık

9 Görüş ve gerekçeler için bkz. **ÜNVER**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, sh: 186.

10 *Jeschbeck*'ten nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 201-202.

11 **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

12 *Nivoloné*'den nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60.

olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³. Bu görüş ayrıca, örf ve adete kanunu ilga edici güç tanınamayacağı gerekçesiyle de eleştirilmiştir¹⁴.

Sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunu, **bu hareketlerin kanunlarda belirtilen suç tiplerine uymadığı**, yani bu neticelerin tipik netice olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmüş diğer bir görüştür¹⁵.

Başka bir görüş ise, **Devletin bu hareketlere izin vermesi, çeşitli mevzuatı çıkararak düzenlemesi ve teşvik etmesinin** sportif faaliyetleri ve neticelerinin hukuka uygunluğunu sağladığı düşüncesini savunmaktadır¹⁶. Bu görüş de eleştirilmiştir: Devletin bu alanı düzenlemesi, teşvik etmesi ve mevzuat çıkarmasının hangi fiillerin ve özellikle bu faaliyetlerdeki hangi zararlara Devletin müsaade ettiğinin tespit edilemeyeceği ve keza ceza kanunu ile çelişki içinde bulunan bir tüzüğün de geçerli olamayacağı belirtilmiştir¹⁷.

Bir yazar ise, sportif faaliyetleri, Devletin tanıdığı bir kurallar manzumesi içinde yapılması dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni taşıyan ve suç teşkil etmeyen fiiller olarak kabul etmektedir. Bunun için, spor müsabakasının Devlet tarafından düzenlenmesi ve kurallara uygun biçimde yapılması gerekir¹⁸.

Bunlar yanında, **spor faaliyetinin yapılmasına dair verilen idari izin**, bu hareketlerin yapılması sırasında işlenen fiillere de hukuka uygunluk niteliği vereceği görüşü de ileri sürülmüştür. Bu yazarlara göre, iradi müsaade sporun normal hukuka aykırılığını gidermekte ve fakat anormal, oyunun kurallarına aykırılığı kaldırmamaktadır¹⁹. Bu görüş, spora verilen idari izin suç işlemeye izin olarak anlaşılamayacağı biçiminde eleştirilmiştir²⁰.

13 *Noll*den nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

14 *Antolisei* ve *Cavallò*dan naklen **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60.

15 *Kienapfel*den nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

16 *Kubli*den nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

17 *Noll*den nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 202.

18 **YENİSEY**, Feridun. Sporda Cezai Sorumluluk., Spor Hukuku Dersleri (Editör: Av. Kismet Erkiner-Arş. Gör. Ali Soysüren), SHAUM Yayın No: 2, İstanbul 2007, sh: 267-268.

19 *Cecchi*den nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60 ve aynı sh, dipnot: 140.

20 *Cavallò*dan nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60.

Bir görüşe göre, sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunun nedeni, **ilgili kimsenin rızası**dır. Alman öğretisinde de taraftar bulan bu görüşe göre, fiile maruz kalan kimse spor faaliyetini ve karşılaşmayı kabul ederek bunların meydana getirebileceği neticelere rızası olduğunu açıklamaktadır; bu rıza fiili hukuka uygun hale getirmektedir²¹. Bu görüştekilerin diğer bir gerekçesi ise, müsabakaya katılan sporcu, bu müsabakada mazur kaldığı kendisine yönelik gerçekleştirilen eylemlere rıza göstermektedir²².

Bu görüş eleştirilmiştir: öncelikle ilgili kimsenin kuvvete muhatap olacağı değil, kuvvet kullanılacağı düşüncesi ile müsabakaya başladığı belirtilir. Ayrıca, sportif faaliyetlerdeki neticelerin genellikle taksirli hareketten kaynaklandığı ve taksirli suçlarda ise rızanın bir öneminin bulunmadığı belirtilir²³. Keza, rızanın basit yaralanmalarda hukuka uygunluk etkisi gösterebilmekle birlikte, ağır yaralanmalarda bu etkisinin olmayacağı da eleştiriler arasındadır²⁴.

Türk doktrinindeki **baskın görüş**, sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunu **hakkın icrası** (=kullanılması) hukuka uygunluk nedenine göre izah etmektedir. Bu görüşe göre, Devlet spor tesisleri yaparak, müsabakaları organize ederek ve ödüller koyarak spor hareketlerini teşvik eder ve spor müsabakalarına kanunen ve zımnen müsaade etmektedir. Bu müsabakaya katılan kişiler ise, hakkını icra etmektedir, Buradaki Devlet izni yarışma kurallarıyla sınırlı olmakla birlikte, nizami sayılan bazı cebir ve şiddet hareketleri de bu iznin kapsamındadır. Aksi halde mücadele sporlarını yasaklamak gerekecektir²⁵. Bu hareketlerin hukuka uygunluğunun nedeni spor hakkının icrası olmakla birlikte, bu hakkın elde edilebilmesi için ilgili kimsenin yarışmaya katılmaya ilişkin rızasının varlığı gerekir. İlgili kimsenin rızasını aramadan bu hakkın varlığını kabul etmek, herkesi spor yapmaya zorlamak olur ki, bu kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz ve insan haklarına aykırı olur²⁶.

21 Schultz'dan nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 201.

22 Nakleden **DEMİRBAŞ**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006, sh: 298.

23 *Haeflinger*'den nakleden **ÖNDER**, Ceza Hukuk Genel Hükümler, sh: 201.

24 *Cavallo ve Grispiğni*'den nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60.

25 **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 61. Aynı yönde: **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 298; **KOCA**, Mahmut-**ÜZÜLMEZ**, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, sh: 247.

26 **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 62.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu görüş, spor hareketlerini iki guruba ayırarak konuyu değerlendirmektedir: **1)** Eğer spor hareketi açısından ilgili spor dalı nedeniyle şiddet kullanılması normalse, bu takdirde hareketten meydana gelen ölüm veya yaralama neticesinden, kural olarak, kimse sorumlu olmaz. Çünkü, bu tür sporlarda (boks, güreş, karate, bu hokeyi vs.) şiddet hareketlerinin yapılması normaldir. Bunun istisnası, bu spor dalında şiddete getirilen sınırdır. Şiddeti uygulayan bu sınırlamalara dikkat etmemişse, örneğin boks müsabakasında rakibinin belden aşağı kısmına vurmuş ve belirtilen neticelerden birisi meydana gelmişse, ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır. **2)** Eğer ilgili spor dalı şiddet içermiyorsa (örneğin, yüzme, tenis, futbol, atletizm vs.), kullanılacak şiddet kural dışı (=faul) olacağı için, kasten yaralama ve bunun ağırlaştırılmış halleri olarak suç tiplerine neden olacak ve fail suç işlemiş sayılacaktır. Şiddet ilgili spor dalı açısından caiz değil, o spor dalının gereği yapılmıyor ve kural dışı ise, ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır²⁷.

Bu görüştekilere çok yakın başka bir görüşe göre, spor hareketleriyle meydana getirilen her türlü sonucu *ilgili kimsenin rızası* ile açıklamak olanaksızdır. Buna göre, *ilgili kimsenin rızası* ile *hakkın kullanılması* hukuka uygunluk nedenlerinin kaynaştığı bir **karma görüş** daha makuldür. İlgili spora öncelikle kişinin rızası ile katılması gerekir ve bunun yanında da rıza ile müsabakaya katılarak elde edilen ilgili sporu yapma hakkı nedeniyle de davranışları hukuka uygun olmaktadır. Devlet ilgili spor alanındaki ilgili kimselerde olması gereken, bu spora katılacak kimselerde bulunması gereken ve keza yerine getirilmesi zorunlu diğer standart kuralları saptamaktadır. Bu tespit işlemiyle Devlet, esasında yapılan şiddet hareketinin veya doğan neticenin hukuka aykırılık alanında bulunup bulunmadığı hususunda ölçütleri ortaya koymaktadır: bu kurallara aykırı hareket hukuka aykırı ve bunlara uygun olan hareket ise hukuka uygun olacaktır. Bu kurallara aykırı davranarak hukuka aykırı hareket eden kimsenin eylemi suç teşkil ettiğinde ise, hareketini yaparken hareket ettiği manevi unsura (kast veya taksir) sorumlu olacaktır²⁸.

²⁷ DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 59; İÇEL ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, sh: 177; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 299.

²⁸ İÇEL ve diğerleri, İçel Suç Teorisi, sh: 178.

Ancak, her ne kadar yukarıda görüşlerine atıf yaptığımız *Dönmezer-Erman*, kendi görüşlerini sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğu açısından 'hakkın icrası' kuramına dayandırmakta iseler de, yine yukarıda belirttiğimiz izahları, esasında bunların da karma görüşe taraftar olduklarını ve 'rıza' ile 'hakkın icrası' hukuka uygunluk nedenlerinin birlikte varlığını şart koştuklarını göstermektedir.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki, sportif hareketlerin cezalandırılmamasını farklı biçimde açıklayan hemen her görüş, **oyunun kuralına aykırı hareketleri bu cezasızlık alanında görmemekte** ve doğan neticeye ve diğer koşullara göre başta ceza hukuku olmak üzere hukukun diğer alanlarında da ilgili kişinin sorumluluğuna yol açacağını tartışmasız kabul etmektedirler²⁹. Çünkü, oyunun kurallarına aykırı hareket hali, bir hakkın kötüye kullanılmasıdır, hakkın sınırları burada aşılmaktadır ve eylem failin manevi (=sübjektif) unsuruna göre ilgili suç tipine vücut verecektir. Hatta bu açıdan, gerçekleştirilen müessir fiilin hafifliğinin de bir önemi bulunmamaktadır³⁰.

Burada son olarak belirtelim ki, sportif faaliyetlerden kaynaklanan neticelerin kasten değil taksirle meydana getirildiği görüşü tam olarak gerçeği yansıtmamaktadır. Bu hareketlerin çoğunun taksirle, çok azının kasten gerçekleştiği açıktır ve ceza hukuku veya diğer hukuk dalarına göre yapılacak sorumluluk değerlendirilmesinde bunun mutlaka göz önünde tutulması gerekir. Nitekim, asıl müsabakaya katılan kimsenin tek başına kasten icrai veya ihmali davranışı veya antrenörün³¹, teknik diğer elemanların vs. azmettirmesiyle de bu tür hareketleri gerçekleştirebilmesi ve gerçekleştirebileceği gerçeği bir vakiadır.

Spor hakkını, başkalarının hukuksal değerlerini sportif müsabakayı bahane ederek ihlal eden hak olarak görmemek gerekir. Her ne kadar spor yapan kimse, sportif faaliyetlerde bulunmayı istemekte ve rakibinin bu tür eylemlerine razı olmakta ise de, yaralanmak veya ölmek iste-

29 Bkz. **ÜNVER**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, sh: 186 ve 187; **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh: 201; *Cecchi*'den nakleden **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 60, dipnot: 140.

30 **DÖNMEZER-ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, sh: 62 ve *Cavallò*'nun aynı yöndeki görüşü için bkz. aynı sh, dipnot: 150.

31 Aynı yönde: **YENİSEY**, Sporda Cezai Sorumluluk, sh: 268-269.

memekte ve spor yapması bu olumsuz neticelere rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir. Her ne kadar ilgili spor dalının gerektirdiği riskler üstleniyor ise de, kural dışı ihlaller ve ilgili spor dalının gerektirdiği güvenlik önlemlerinden vazgeçişe rızası yoktur ve ilgili mevzuat da buna izin vermemektedir.

IV. SONUÇ

Yukarıdaki gerekçelerimiz dışında ayrıca belirtmeliyiz ki, sportif faaliyetlerin hukuka uygunluğunu açıklayan teoriler, bazı gerekçeleri itibariyle haklılık taşımakla birlikte, konuyu çelişkisiz izah edememektedirler.

Özellikle *ilgili kimsenin rızası* kurumu, hafif yaralanma neticesinin doğduğu sportif faaliyetlerde tek başına yeterli olmakla birlikte, diğer eylemlerde yeterli olamamaktadır. Her ne kadar, sportif faaliyete ilgili kimsenin hukuken geçerli rızasıyla katılması gerekli ise de, bu rıza faaliyetlere katılmaya ilişkin olup, etkisi bununla sınırlıdır. Bu faaliyet neticesinde doğabilecek tüm riskler üstlenilmemekte, gerçekleşmeyeceği umuduyla, bunun için önlem alınarak ve dikkat edilerek gerçekleştirilmektedir.

Bu nedenle, tüm sportif faaliyetlerdeki, kuralına uygun hareketlerden doğan neticelerin hukuka uygunluğunu ve ne zaman hukuka aykırılığın bulunduğu ve sorumluluğu gerektireceği, ceza hukuku alanında **fiilin objektif isnad edilebilirliği teorisi** ve bunun bir alt sorumluluk ölçütü olan **izin verilen risk kuramı** ile açıklanabilir düşüncesindeyim.

Bunun ön şartı ile bu teori ve kurama bağlanan sorumsuzluğun en önemli gereği ise, oyunun kuralına göre icrası, teknik güvenlik normlarına uyulması, gerekli durumlarda ilgilinin rızası ve keza somut olayda fiilin rakip sporcuya isnad edilmesini önleyici en az bir alt isnadiyet ölçütünün varlığıdır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Sonuçları

Ar. Gör. Gülşah Bostancı*

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Hukuku'nun amacı olan yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve yargılama sonucunda alınan kararların uygulanabilmesi için¹, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında birtakım tedbirlerin alınabileceği öngörülmüştür. CMK'da koruma tedbirleri olarak nitelendirilen bu tedbirlerin alınması, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesine neden olmaktadır. Koruma tedbirleri kişi özgürlüğü ve güvenliği ile yakından ilişkilidir. Kişinin bedensel olarak rahatça hareket etme özgürlüğü ve güvencesini² içeren bu hak, kişilerin keyfi olarak tutuklanmaları, gözaltına alınmaları ve yargılanmalarının önündeki en önemli engeldir. Keyfi olarak özgürlüklerin sınırlandırılmasının devlet eliyle gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve bu hakkın korunması yönünde, koruma tedbirlerine kanunlarla belirlenen ve sınırları konulan düzenlemeler getirilmiştir.

Koruma tedbirleri -uygulanması halinde doğabilecek sonuçların önemi nedeniyle- sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil 1982 Anayasası'nda da düzenlenmektedir. Tedbirlere, hangi şartların varlığı halinde ve ne şekilde başvurulabileceği 1982 Anayasası'nın 19 ve devamı maddelerinde açık bir biçimde yer almıştır. Bu tedbirlerin alınmasına yönelik kararlar “gecikmesinde sakınca bulunan haller” haricinde hakim in yetkisi dahilindedir. Keza bazı tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağı tamamen hakim in yetkisine bırakılmıştır. Ayrıca tedbirin alınmasını gerektirecek şartların varlığı halinde dahi tedbir alınması kararının haki-

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul, Beta, 1992, s.1.

2 Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler”, İÜHFİM, C. LX, S. 1-2, 2002, s. 49.

min takdirine bırakıldığı görülmektedir. Bunun nedeni alınacak tedbirlerin kişi hak ve özgürlüklerine getireceği önemli sınırlamalardır. Bu nedenle meydana gelecek sınırlamaların temel hak ve özgürlükler karşısında “gerekli” ve “orantılı” olması gerekmektedir. Somut olayda koruma tedbirine başvurulmasını gerektirecek şartların mevcut olmasına rağmen, kişinin hak ve özgürlüklerine daha az müdahalede bulunarak tedbirin amacı elde edilebiliyorsa, koşullara en uygun şekilde müdahale edilmelidir.

Bu tedbirlerin uygulandığı her yargılama, şüpheli ya da sanığın o suçtan ötürü mahkumiyeti ile sonuçlanmamaktadır. Bu gibi durumlarda alınmış olan koruma tedbiri kararları nedeniyle, hakkında koruma tedbirine hükmedilen kişi maddi veya manevi zarara uğrayabilmektedir. Her ne kadar kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi gibi manevi yönden karşılığı ödenemeyecek zararlar doğurmaktaysa da Devlet, 1982 Anayasası'nın (3.10.2001 gün ve 4709 sayılı kanun ile değişiklik) 19/4. maddesi³ ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi gereğince hakkında haksız koruma tedbiri verilen kişiye tazminat ödemektedir.⁴

-
- 3 Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrasında 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile “tazminat hukukunun genel prensiplerine” dayalı olarak tazminat esasının getirilmesi ve üst norm niteliğinde olması nedeniyle, 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa kapsamında verilen maddi ve manevi tazminatlarda, faize de hükmedilmesini olanaklı hale getirmiştir. Anılan değişiklik, 466 sayılı Yasaya yeni bir yorum ve açıklım kazandırmış olup, faizi yasaklayan ve süreklilik kazanmış olan Yargıtay İçtihatlarının geçerliliğine de son vermiştir.....Anayasada yer alan bu düzenleme doğrultusunda, 15.5.1964 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki” 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin 6. bendinde; “Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen”, 7. bendinde, “Mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen”, kimselerin uğrayacakları her türlü zararların bu Yasa hükümlerine göre Devletçe ödeneceği hükme bağlanmış, 2. maddesinde ise; “birinci maddede yazılı sebeplerle zarara uğrayanlar ... uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilirler” hükmü yer almıştır. 1991 yılında ise 3696 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin 8. bendinde yer alan, aynı tür suçtan mahkum olanlar, itiyadi suçlular ve suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtası haline getirenlerin tazminat isteyemeyeceklerine ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı 200471-77 E. 2004/203 K. 23.11.2004 tarihli karar. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 07 Aralık 2007.
- 4 Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek durumlar ve buna ilişkin düzenlemeler CMUK döneminden farklı olarak 5237 sayılı CMK bünyesinde düzenlenmiştir. CMK'nun yürürlüğe girmesi ile 446 sayılı kanunun uygulama alanı son bulmuştur. 1982 Anayasası'nın değişiklikten önceki 19.

Devlet tarafından hakkında haksız yere yakalama ve tutuklama kararı verilenlere tazminat ödenmesi konusu 1953 yılında Roma'da gerçekleşen Ceza Hukuku Milletlerarası Kongresi'nde gündeme gelmiştir. Bu kongrede, haksız yere tutuklanan sanığa açık hata hallerinde ve tutuklanmanın yersiz olduğunun anlaşılması halinde devlet tarafından tazminat ödenmesi isteği ortaya konmuştur.⁵ Türk Hukukunda ise 7.5.1964 tarihinde yürürlüğe giren 466 Sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun ile haksız yere yakalanan ve tutuklanana devlet tarafından tazminat ödenmesi kabul edilmiştir.

I. 466 SAYILI KANUN DIŞI YAKALANAN VEYA TUTUKLANAN KİMSELERE TAZMİNAT VERİLMESİ HAKKINDA KANUN⁶

Türk Hukukunda haksız ve hukuka aykırı koruma tedbirleri nedeniyle devletin tazminat ödeme yükümlülüğü ilk kez 1961 Anayasası'nda belirtilmiştir.⁷ Hakların Korunması ile ilgili hükümler başlığı altında düzenlenen ve kişi güvenliğine ilişkin olan 30. maddede, suç şüphesi altında bulunan kişilerin hangi şartlar dahilinde haklarında yakalama ve tutuklama koruma tedbiri uygulanabileceği ve bunun süresinin ne olacağı belirtilmiştir. Maddenin devamına, 1488 Sayılı Kanun ile, bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararın kanuna göre devlet tarafından ödeneceği fıkrası eklenmiştir.

1982 Anayasası'nın 19. maddesine, 2001 Anayasa değişiklikleri ile son fıkranın eklenmesi ve daha sonra 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun yürürlüğe

maddesinde yakalanan ve tutuklanan kişilerin durumunun soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakınca doğurduğu halde dışında yakınlarına bildirilebileceği düzenlenmekte iken 2001 değişikliği ile bu engel ortadan kaldırılmıştır. Meydana gelen bu değişiklik çerçevesinde CMUK da yeniden düzenlenmiş ve 5271 sayılı CMK'da yer aldığı şekline benzer bir düzenleme kabul edilmiştir. Serap Kesin, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s. 59.

- 5 Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta, 15. Bası, 2006, s. 963.
- 6 Kanun, 7.5.1964 tarihinde kabul edilerek, 15.5.1964 tarih ve 11704 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanun, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un kabulü ile mülga edilmiştir.
- 7 Hakan Hakeri, "**Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu**", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 3, İstanbul, Beta, 2003, s.767.

girmesinden önce koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler 7.5.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmekteydi. Bu kanuna göre sadece yakalama ve tutuklamanın haksız olması hallerinde tazminat ödeneceği öngörülmüştü. 446 sayılı Tazminat Kanunu'na göre devlet,

1. Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilen;
2. Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen;
3. Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan;
4. Hakim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınan;
5. Yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen;
6. Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraetlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen⁸;
7. Mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen kimselerin uğrayacakları her türlü zarar bakımından tazminat ödenmesi hüküm altına almaktaydı.

⁸ 30.11.1996 - 19.02.1998 tarihleri arasında adam öldürme suçundan tutuklu kaldıktan sonra, yerel mahkemenin 20.05.1998/04-15 tarih ve sayılı kararı ile delil yetersizliğinden beraat eden ve buna istinaden 466 Sayılı Kanuna göre haksız tutuklama nedeniyle maddi-manevi zarara uğradığından bahisle davacının tazminat talebinde bulunması karşısında yerel mahkeme tarafından delil yetersizliğinden beraat etmesi gerekçesiyle başvuran hakkında haksız tutuklanmış sayılmaması ve davanın reddine karar verilmesi Yargıtay tarafından usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Yargıtay'a göre haksız tutuklama nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazminine karar verilmelidir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2005/417 E. 2005/2088 K. 7.7.2005 sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/>, 2 Eylül 2007.

Yargıtay, kanun maddesini hem maddi zararları hem de manevi zararları içerecek şekilde uygulamakta ve bu zararlardan ötürü faiz talep edilmesini de kabul etmekteydi.⁹ Belirtilen sebeplerden ötürü zarara uğrayanlar, haklarında açılan davalar sonunda verilen kararların kesinleşmesi veya bu iddiaların mercilerince karara bağlanmasından itibaren 3 ay içinde ikametgahlarının bulunduğu ağır ceza mahkemesine bir dilekçe ile başvurarak hazine aleyhine uğradıkları zararların tazminine ilişkin dava açabilmekteydiler. İleride görüleceği üzere, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile başvurma sürelerinde ve Yargıtay tarafından talep edilen tazminat miktarına faiz ödenmesi uygulamasında bir değişiklik olmamakla birlikte, tazminat isteme koşullarında değişikliklere gidilmiştir.

II. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU

466 sayılı Kanun'un 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ile mülga edilmesinin ardından 1 Nisan 2005 tarihinden sonra yapılan işlemler hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanma alanı bulmuştur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan düzenlemenin uluslararası sözleşmelerle de uyumlu olduğu görülmektedir¹⁰. Gerek 2001 Ana-

-
- 9 Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrasında 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile "tazminat hukukunun genel prensiplerine" dayalı olarak tazminat esasının getirilmesi ve üst norm niteliğinde olması nedeniyle, 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa kapsamında verilen maddi ve manevi tazminatlarda, faize de hükmedilmesini olanaklı hale getirmiştir. Anılan değişiklik, 466 sayılı Yasaya yeni bir yorum ve açılım kazandırmış olup, faizi yasaklayan ve süreklilik kazanmış olan Yargıtay İçtihatlarının geçerliliğine de son vermiştir. Bu hal karşısında; 466 sayılı Yasaya dayalı tazminatlarda, her türlü sorun, öndelikle yasa normlarıyla çözümlenecek, açıklık bulunmayan ahvalde "tazminat hukuku" kıyaslamasına başvurulacak, fiilin en ziyade "haksız fiil" benzeri olduğu gözetilerek çözüme ulaşılabacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2004/1-177 E. 2004/203 K. 23.1.2004 sayılı karar. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 2 Eylül 2007. 353 sayılı 25.1.1963 tarihli Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun, hukuka aykırı ve haksız tutuklama ve yakalama kararlarına karşı tazminata dair herhangi bir ifade içermemekte ise de tazminat hukuku bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanacaktır.
- 10 Özellikle kişi hürriyetinin kısıtlanmasına ve en başta güvenlik hakkı gelmek üzere, kişilerin hukuken korunan haklarına müdahale edilmesi sonucunun doğmasına neden olan koruma tedbirlerinin çerçevesinin uluslararası mevzuatlarda da belirlendiği görülmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 5. maddesi kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. maddesi, bireyin özgürlüğünü güvence altına almakta ve hangi haller-

Yasa Değişiklikleri Gerekse Bu Doğrultuda Verilen Yargıtay Kararları ile

de bu özgürlüğün sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir. Bu maddenin 5. fıkrası uyarınca 5. madde hükümlerine aykırı olarak yapılan yakalama ve tutuklama işlemleri nedeniyle mağdur olan herkesin tazminat hakkı bulunmaktadır. AİHS sadece 5. maddede yer alan şartlara aykırı olarak yapılan yakalama ve tutuklama işlemleri nedeniyle değil adil yargılanma hakkının bir parçası olan yakalanan veya tutuklanan kişinin hemen bir hakim önüne çıkarılması ve kişinin makul bir süre içerisinde yargılanma hakkının da ihlal edilmesi halinde bunun mağduru olan kişilerin de tazminat isteme hakkının olduğunu belirtmektedir. Buna göre; "Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasa da belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

"Mahkum edilme kavramı kesin olarak mahkum edilmeyi ifade etmekle birlikte, kavram ulusal mahkemelerce adli veya disiplin cezası olarak nitelendirilmesi farketmeksizin bir mahkeme tarafından verilen hürriyeti bağlayıcı cezaları içermektedir. Bu kavrama emniyet tedbirleri dahil değildir.(27.6.1988 Almanya v. Wemhoff, A 7, p. 68; 8.6.1968, Engel ve Diğerleri v. Hollanda, A 22, p. 68; 6.11.1980, İtalya v. Guzzardi, 39 A, p. 100.)"

"adam öldürmeye teşebbüs suçundan tutukluluk süresi sona ermesine rağmen iddianamenin mahkemeye sunulup ceza davası açılmasından itibaren son soruşturma süresinde salıverilme talebinde bulunulmadıkça tutukluluğun devamı hakkında bir karara yer olmadan tutukluluğun devam etmesi Sözleşmeye ihlal niteliğindedir"(9.01.2001, Kawka v. Polonya, 25874/949, Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 1103.

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

Bu düzenlemenin makul süre ile birlikte ele alınması mümkündür . Yakalama ve gözaltına alma, ciddi bir suç işlendiği ve bu suçun da somut olayda ilgili kişi tarafından işlendiğine ilişkin ciddi delillerin bulunması şartının mevcut olması gerekmektedir. Aksi takdirde buna aykırı yapılan yakalama ve tutuklamalar Sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 284.

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

Divan, yalnızca geri verme işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla bu fıkranın uygulanacağını belirtmiştir. Ancak, bunun da belirli bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme ihlal edilmiş sayılacaktır.(22.3.1995, Quinn v. Fransa, A 311) Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları..., s. 286.

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

hükmedilecek tazminatın, “tazminat hukukunun gelen ilkeleri”ne göre belirlenmesi sağlanmıştır.¹¹ 5271 sayılı CMK’da yer alan koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin düzenlemelerin 466 sayılı Kanun ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralel olduğu görülmektedir.

A. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Düzenlenen Koruma Tedbirleri

Koruma tedbirleri, suç şüphesinin varlığı halinde ceza muhakemesinin yapılmasına ve muhakemenin sonucunda verilecek olan kararın yerine getirilmesine yönelik alınan, orantılılık ilkesine uygun biçimde verilen ve başvurulmadığı takdirde meydana gelebilecek zararın muhakemeyi güçleştirmesine neden olabilecek durumlarda başvuru hukuki bir yoldur.¹²

Kanunumuzda, açık, gizli müdahaleler içeren ve karma nitelikte olan koruma tedbirleri bulunmaktadır.¹³ Doktrinde koruma tedbirlerinin, yö-

3. 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.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 numaralı protokolün 3. maddesi ile de adli hata halinde tazminat hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, adli hata nedeniyle tazminat ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde istenebilmektedir. Bunlar,

1. Bir kişi hakkında kesin bir kararla cezai suçtan mahkum edilmesi
2. Mahkumiyet sonrasında yeni ya da yakın zamanda elde edilen bir delil ile adli hata yapıldığının anlaşılması
3. Bu nedenle kesinleşen ceza mahkumiyetinin iptal edilmesi ya da bu konuda özel bir af çıkartılması halinde
4. Böyle bir mahkumiyet nedeniyle ceza çekmiş kişi ilgili devlet kanunları ve uygulamalarına göre tazminat talep edebilecektir.

Kişinin çekmiş olduğu cezadan dolayı tazminat talep edebilmesi için bilinmeyen delilin zamanında ortaya çıkmamasından kısmen ya da tamamen sorumlu olmaması gerekmektedir.

11 Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta, 4. Bası, Kasım 2005, s. 299.

12 Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2006, s.251.

13 A.e.

neldikleri değerler, amaç ve uygulandıkları kişiler bakımından bir sınıflandırılmaya tabi tutulduğunu görmekteyiz.¹⁴ Bu tedbirlerden olan yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol, zorla getirme, arama ve el koyma kararları açık müdahaleler içeren koruma tedbirleri olarak nitelendirilmektedir ve CMK bu koruma tedbirlerinin hukuka aykırı ya da şartlarının mevcut olmamasına rağmen uygulanması halinde devletin tazminat sorumluluğunun olduğunu hükme bağlamaktadır. Aşağıda kısaca tazminatı gerektiren koruma tedbirlerine yer verilecektir.

1. Tazminat İstenebilecek Koruma Tedbirleri

a. Yakalama

1982 Anayasası'nın 19. ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 vd. maddelerinde yer alan yakalama koruma tedbiri, "Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasıdır"¹⁵. Kanunumuzda, hangi şartlarda yakalama koruma tedbirine başvurulacağı belirtilmektedir¹⁶. Bu şartların yokluğu halinde yakalama işleminin gerçekleştirilmesi, tedbiri hukuka aykırı hale getirecek ve somut olayda tedbir uygulanan kişi bakımından tazminat isteme hakkının doğmasına neden olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki kişiye suç işlerken rast-

¹⁴ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2005, s.244.; Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 230., Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s.2.

¹⁵ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin Tanımlar başlığını içeren 4. maddesinde ifade edilmiştir. Yönetmelik, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 7/11/1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 4/7/1934 tarihli 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu, 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 2/7/1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak hazırlanmış ve 1.6.2005 tarih, 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, 2006, s.200 vd.; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 253 vd; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007,s. 531vd.

lanılması ve suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması halinde şartların meydana getirilmesi beklenmeksizin herkes tarafından geçici yakalama yapılabilmektedir. Geçici yakalama olarak adlandırılan bu durumlar haricinde yakalama koruma tedbiri kolluk tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak, kolluk da istediği zaman ve şartlar dahilinde bu tedbire başvuramamaktadır. Kolluk, ancak somut olayda tutuklama kararını ya da yakalama emrini gerektiren hallerin varlığı halinde yakalama yapabilecektir. Bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durum olmalı ve Cumhuriyet Savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı da bulunmamalıdır. (CMK 90/2)¹⁷. Bu hükmün uygulanabilmesi için somut olayda gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, hakkında yakalama emri ya da tutuklama kararı verilecek bir kişinin kaçması, kimliğinin daha sonra belirlenemeyecek olması, derhal işlem gerçekleştirilmediği durumlarda somut olaya ilişkin delil, iz ya da emarelerin kaybolması ihtimalleri gecikmesinde sakınca bulunan haller olarak nitelendirilebilmektedir¹⁸.

17 Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu da kolluğun yakalama yetkisini ve sınırlarını belirtmiştir. Kanunun 13. maddesine göre; *Polis, suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair baklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri, baklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları, balkın rabatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavgaya edenleri, usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da baklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları, polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri, bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlikeye teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, baklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri yakalamak ve gerekli kanuni işlemleri yapmak yetkisine sahiptir. 13. maddede 1982 Anayasası'nın 19. maddesine aykırılık iddiası ile iptal davası açılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi maddenin Anayasaya aykırı olmadığına kanaat getirmiştir. Karar metni için bakınız:1985/8 E.,1986/27 K., 26/11/1986 tarihli karar (çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr>, 16 Kasım 2007.*

18 Handan Yokuş Sevik, "5271 sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı", Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 3, Nisan 2005, s. 64.

Takibi şikayete bağılı suçlar bakımından şikayet şartının gerçekleşmemiş olması yakalama tedbirine başvurulmasına engel teşkil etmektedir¹⁹. Ancak, suçüstü halinde herkesin yapabileceğı yakalama esnasında bunun şikayete bağılı olup olmayacağına sorgulanamayacağı, ortada suçüstü hali olması sebebiyle şikayetin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de değerlendirilemeyeceğı bu nedenle yakalama koruma tedbiri bakımından bu şartın eleştirildiğı ve aranmaması gerektiğı savunulmaktadır²⁰. Kanımızca yakalama koruma tedbiri bakımından öne sürülen her şartın, koruma tedbirini hukuka uygun ya da aykırı hale getirmesi bakımından taşıdığı önem ele alındığında, özellikle suçüstü hallerde şikayet şartının aranmaması gerekmektedir.

Şikayete bağılı olmaması ya da şikayete bağılı olup da şikayet şartının gerçekleşmemesi halinde gecikmesinde sakınca bulunan tutuklama veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir halin varolması halinde kolluk görevlisinin resen yakalama yetkisi vardır. Bu hal karşısında Cumhuriyet Savcısına veya amirine derhal başvurma olanağı olmamalıdır. Görüldüğü gibi, sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı yetmemekte, kolluk görevlisi savcıya ya da amire derhal başvuramalıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı somut olaya göre belirlenmelidir. Kolluk, yukarıda belirtilen hallerin haricinde yakalama emri ve tutuklama kararı üzerine de yakalama yapabilir. Kanunda belirtilen şartlardan birinin var olmaması halinde yapılacak olan yakalama, şartları oluşmadan yapılmış sayılır ve hukuka aykırı hale gelir.

Yakalama işlemi yakalanan kişinin tutuklanması amacıyla yapılmaktadır²¹. Bu nedenle, yakalamanın hukuka uygun olması için öncelikle makul şüphenin bulunması gerekmektedir. Herkes tarafından geçici olarak yapılan yakalama hallerinde zaten makul şüphne bulunmaktadır. Ancak kolluk görevlileri tarafından yapılan yakalama işlemi bakımından

19 Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağılı dahi olsa çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malüllük ve güçsüzlükleri nedeni ile kendilerini idareden aciz kişilere karşı işlenen suçüstü hallerinde kişilerin yakalanması şikayete bağılı değildir. (CMK 90/3). Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, s.185.

20 Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, Yıl 2006, s. 148; Handan Yokuş Sevük, "5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı", s. 65.

21 Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.535.

ne tür bir şüphe aranacağı ortaya konmalıdır. Buna göre, kolluk görevlileri tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya amirine derhal başvuramıyorsa yakalama yetkisine sahiptir. Bu düzenlemeye göre kolluk görevlisi ancak kuvvetli şüphenin varlığı halinde yakalama yetkisine sahip olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi de, bireylerin özgürlüğünün kısıtlanmasının öncelikli şartı olarak geçerli makul şüpheyi aramaktadır. Somut olaya göre yapılacak olan değerlendirmede suçun yakalanan kişi tarafından işlendiğine ilişkin makul şüphe bulunmalıdır²². Kanaatimizce, somut olayda, yakalanan kişinin yakalanmasına gerekçe gösterilen suçla ilişkin makul şüphenin olmaması durumunda yakalama işlemi hukuka aykırı olarak kabul edilecek ve yakalanan, makul şüphe koşulunun yerine getirilmemesinden dolayı hukuka aykırı bu işlemde ötürü tazminat talebinde bulunabilecektir²³.

22 Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 802. "Makul şüphe kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyetini varsayar. Bununla beraber "makul" nitelemesi somut olaya has koşulların tamamı gözönünde tutularak yapılacaktır. "... Strasbourg organları, makul şüpheyi takdirde her ne kadar bir denetim yetkisine sahip iseler de, bu yetki yakalama yahut tutuklama anındaki fiili durumun değerlendirilmesinde kendilerinin ulusal yetkili kişi yerine geçmeleri şeklinde değil fakat ulusal merci tarafından yapılan durum değerlendirmesinin makul ve geçerli olup olmadığını saptamakla sınırlıdır. Div. K. Fox, Campbell et Hartley v. İngiltere, 30.8.1990, A 182, prg. 32-33.); Divana göre makul şüphe kavramı objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli emare ve bilgilerin varlığına işaret eder, bu "şüphe" bir suçlamayı gerektiren şüphe kadar yoğun değildir ve gözaltının süresiyle de orantılıdır; yapılacak değerlendirmede olaya ilişkin tüm şartlar bir bütün olarak ele alınmalıdır. (Div. K. 28.10.1994, Murray v. İngiltere, A 300-A) Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan, 1998, s.216vd.

23 Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği 5. maddesinde kolluk görevlilerinin hangi hallerde yakalama yapabileceği belirtilmiştir. Buna göre;
 -Gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet savcısına veya derhâl âmirlerine müracaat imkânı olmayan hâllerde; bakkında yakalama emri düzenlenmesi veya tutuklama kararı verilmesi gereken kişileri ya da suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suçla teşebbüs edildiğine dair baklarında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan şüphelileri,
 -Kolluk kuvvetinin kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik edenleri ve aldığı tedbirlere uymayanları,
 -Görev yaparken mukavemette bulunan veya görevinden alkoymak maksadıyla kolluk kuvvetine zorla karşı koyan ve yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam etmeleri ihtimali bulunan kişileri,
 -Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama emri, yakalama ve tutuklama kararı bulunanları veya kanunla istenilen bir mükellefiyeti yerine getirmediği için yakalanması gerekenleri,
 -Uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri alan, satan, bulunduran veya kullananları,
 -Halkın rabatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları,

b. Gözaltına Alma;

5271 sayılı CMK, CMUK'dan farklı olarak gözaltına alma koruma tedbiri ile yakalama koruma tedbirini birbirinden ayrı düzenlemiştir. "Gözaltına alma, Kanunun verdiği yetkiye dayanarak, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hakim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içerisinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonmasıdır." (Arama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4) Gözaltı tedbirinde de kişilerin özgürlüğünün kısıtlanması sebebiyle bu yetki kural olarak Cumhuriyet Savcısına tanınmıştır²⁴. Yakalanan kişinin, soruşturmanın tamamlanması yönünden zorunlu olması ve kişinin bir suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı nedeniyle serbest bırakılmaması halinde Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltına alma kararı verilebilecektir. (CMK m.91/2) Kanunun, Cumhuriyet Savcısının gözaltına alma işlemi bakımından 'emarelerin varlığı' nı aramakla makul şüphelyi yeterli saydığı görülmektedir.

-Halkın buzur ve sükûnunu bozanlardan, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenlerle, başkalarına saldırıya yeltenenleri ve kavgâ edenleri,

-Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla belirtilen esaslara uygun olarak, alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu ve uyarıcı madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

-Haklarında mahkemece çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmî veya özel kurumlara yerleştirilmesine veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen çocukları,

-Usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren veya hakkında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınan kişileri yakalayabilir.

Kimliğini bir belgeyle veya kolluk kuvvetince tanınmış veya güvenilir kişilerin tanıklığı ile ispat edemeyenlerle, gösterdikleri belgelerin doğruluğundan şüphe edilen kişileri, aranan kişilerden olup olmadıkları anlaşılincaya veya gerçek kimliği ortaya çıkıncaya kadar yirmidört saati geçmemek üzere, yakalama ve muhafaza altına almaya yetkilidir. Bu kişilere kimliklerini ispatlamaları bususun-da gerekli kolaylık gösterilir.

Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir

-Kişiyâ suç işlerken rastlanması,

-Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması ihtimalinin bulunması veya bemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması.

-Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağılı olmakla birlikte, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hâllerinde kişinin yakalanması şikâyete bağılı değildir.

Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağılı olan suç hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 90 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre şikâyetten önce şüpheli yakalanmış olursa şikâyete yetkili olan kimseyâ ve bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalama bildirilir.

²⁴ Handan Yokuş Sevük, "5271 sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı", s.66.

Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre de on iki saatten fazla olamaz. (CMK m. 91/1) Toplu suçlarda gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere Cumhuriyet Savcısı tarafından üç gün süreyle uzatılması yönünde yazılı emir verilebilir. CMK 250. maddesine giren suçlar bakımından gözaltı süresi 48 saat olarak düzenlenmiştir. (CMK m. 251/5) 1982 Anayasası'nın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında CMK 91. maddede yer alan dört günlük gözaltı süresi, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. (CMK m.251/5)

Gerek yakalama gerekse gözaltına alma kararları hakim kararı olmaksızın alınabilmektedir. Bu durum özgürlüklerin hakim kararına dayanmaksızın kısıtlanabilmesi sonucunu doğurmakla beraber hakim kararının beklenemeyeceği gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar beklenmesi halinde de bu tedbirlerden beklenen amaçların gerçekleşmemesine neden olacak gecikmelerin ortaya çıkabilmesi sakıncası bulunacaktır²⁵.

c. Tutuklama;

Tutuklama, ölçülü olması şartıyla, haklarında kuvvetli suç şüphesi olan kişiler hakkında hakim kararı ile verilen koruma tedbiridir. Tutuklamayı, yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerinden ayıran en önemli özellik, hakim kararı olmaksızın gerek Cumhuriyet Savcısının gerekse kolluk amirinin hiçbir şekilde ve hiçbir gerekçe ile bu tedbire başvuramamasıdır. Kişilerin, haklarında henüz bir yargı kararı bulunmamasına rağmen özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurduğu için tutuklama koruma tedbiri CMK'da birtakım nedenlere bağlanmış, bu nedenlerin varlığı dahilinde dahi tutuklama işleminin gerçekleştirilmesinin kesin olmadığı da ifade edilmiştir. Yakalama koruma tedbirinde de kişilerin özgürlüğü kısıtlanmaktadır ancak bu tedbirin süresi çok daha azdır.

1982 Anayasası'nın 19. maddesinde de tutuklama koruma tedbirinin ancak suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, kaçmalarını,

25 Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", s. 133.

delilleri yoketmeleri veya değiştirmelerini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabileceği düzenlenmiştir. Anayasamız da tutuklama koruma tedbirini, şartların oluşması halinde dahi “tutuklanabilir” diyerek ihtiyari hale getirmiş, zorunlu olmaktan çıkarmıştır. Hakkında suç şüphesi bulunan kişinin kaçmaması, delilleri yok etmemesi, tanık, mağdur ya da başkaları üzerinde baskı yapmaması amacı ile hakkında kesin mahkumiyet kararı olmayan kişi hakkında bu tedbire başvurulabilmektedir. Bu unsurların yanısıra, tutuklama kararı şüpheli ve sanığın yüzüne karşı verilmeli ayrıca adli kontrol tedbilerinden birine karar verilemeyecek bir durum olmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunun'da gıyabi tutuklama²⁶ mevcut değildir. Hakim, sanığı ya da şüpheliyi görecek, dinleyecek ondan sonra tutuklanmasını gerektirecek şartların var olup olmadığını değerlendirerek tutuklama kararı verecek ya da vermeyecektir.

Tutuklama koruma tedbirinin gerçekleştirilmesi için birtakım nedenlerin somut olayda varolması gerekir. şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmaya yönelik şüphe uyandırması durumlarında tutuklama nedenlerinin var olduğu kabul edilir²⁷. Bu nedenlerin haricinde CMK, TCK'da ve diğer özel ceza kanunlarında yer alan bir takım suçların işlenmesi şüphesinin varlığı durumunda tutuklama nedenlerinin var olduğu karinesi ile hareket etmektedir. Uygulamada bu fıkranın katalog gibi algılandığı ve suç şüphesinin var olması halinde diğer nedenlerin var olup olmadığına bakılmaksızın şüpheli hakkında tutuklama kararı

26 Gıyabi tutuklama kararı 5271 sayılı CMK'da sadece yurtdışında bulunan kaçak sanık hakkında verilebilmektedir. CMK 248. maddesinin 5. fıkrasına göre “Kaçak hakkında 100üncü ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilir.” Diğer bir gıyabi tutuklama olarak kabul edilen hal de tutuklama kararına karşı yapılan itiraz üzerine, itiraz merci tarafından verilen tutuklama karardır. CMK 271. maddesine göre; “Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.”

27 Gaip sanıklar hakkında CMK duruşmaya gelmesi halinde tutuklanmayacağına ilişkin mahkeme tarafından sanığa güvence belgesi verilebilir. Bu güvence belgesi gaip sanık hakkında görülmekte olan diğer davalara da sirayet eder ve diğer davalarda sanık hakkında tutuklama kararı verilemez. Aksi görüş için bkz: Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 758.

verildiği görülmektedir. Tutuklama kararının ölçülü bir şekilde verilmesi, adli kontrol koruma tedbirinin yetersiz kaldığı durumlarda uygulanması gerekmektedir CMK'da öngörülmektedir²⁸.

CMK ve 1982 Anayasası'na göre tutuklama koruma tedbirinin işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması aranmaktadır. Tedbirin ölçülü olması, somut olayda şüpheliye yüklenen isnadın niteliği ve ağırlığı, aleyhe karinenin kuvveti, sanığın kişiliği, davranışları ile uyumlu olması anlamına gelmelidir²⁹. Her ne kadar kanunda yer alan şüpheler mevcut olsa da Ceza Muhakemesi Hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve suçsuzluk karineleri gereği tutuklama koruma tedbiri, zorunlu olmadıkça başvurulmaması gereken bir yol olmalıdır.

d. Arama;

Kişilerin anayasal boyutta korunan ve ihlal edilmesi yasaklanan birtakım hakları bulunmaktadır. Bunlar arasında kişilerin özel hayatlarının gizliliği ve konut dokunulmazlığı yer almaktadır. Ancak, bu haklara birtakım gerekçelerle ve yetkili merciin izni ile müdahale edilebilmektedir. Bu müdahalelerden biri olan arama koruma tedbiri, 1982 Anayasası, CMK, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde tanımlanmaktadır³⁰. 1982 Anayasasına göre, "Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin

²⁸ Köksal Bayraktar, "Yeni CMK'da Yer alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış", Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, s.2865.

²⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 762.

³⁰ 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliği'nde adli ve önleme aramasının kapsamı ve nasıl gerçekleştirileceği ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre *arama; bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*

kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”³¹

CMK'da şüpheli veya sanık ile ilgili arama ile diğer kişiler ile ilgili arama koşulları farklılık göstermektedir. Buna göre, şüpheli ya da sanık hakkında yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda makul şüphenin bulunması durumunda³² şüpheli ya da sanığın üstü, konutu, eşyası, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilecektir. (CMK m.116) Diğer kişiler bakımından ise şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla konutta, işyerinde, ona ait diğer yerlerde ve üstünde arama yapılabilecektir. (CMK m. 117) Diğer kişiler bakımından yapılacak olan aramada aranılan kişi bakımından veya somut olayda suç delillerinin belirlenen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığının belirli olması gerekmektedir. Aramanın, gizli olan ya da saklanan ve somut olayın aydınlatılması bakımından delil niteliği sayılabilecek şeylerin ortaya çıkarılması için yapıldığı, bu nedenle de gözle görülen, koklanan ya da işitilerek elde edilen ve delil niteliği olabilecek şeylerin arama kararı kapsamına dahil olmadığı söylenebilir³³.

Kişilerin konutunda yapılacak arama daha hassas bir biçimde kaleme alınmış, zamanı ve şartları daha sıkı bir biçimde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası kimsenin konutuna dokunulamayacağını ifade ettikten sonra

-
- 31** 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde de polisin milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilen hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle suçun önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasının arama, suç unsurlarının bulunması halinde el koyma ve evrakı ile birlikte cumhuriyet savcılığına tevdi etme yetkisi vardır.
- 32** Makul şüphe kavramı Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre; *makul şüphe, bayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ibbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.*
- 33** Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 299, s.316.

birtakım şartlar dahilinde³⁴ ve usulüne uygun olarak verilen hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile konuta girilebileceği, arama yapılabileceği ve buradaki eşyalara el konulabileceği düzenlenmiştir. Konut, işyeri, kamuya açık olmayan kapalı alanlardaki aramalar ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Ancak, bu karara dayanılarak gece vakti arama yapılmaz³⁵.(CMK m.119/1, CMK m.118)

Arama kararının nasıl olacağı ve kim tarafından verileceği de CMK'da düzenlenmiştir. Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilecektir. (CMK m.119) Arama kararında arama nedeni, aranacak yerin adresi ve emrin ya da kararın geçerlilik süresi belirtilir. Arama sırasında aranacak yerin sahibi, eşyanın zilyedi, kendileri bulunamazsa temsilcileri, kendisiyle birlikte oturanlardan biri ya da komşusu hazır bulunabilecektir³⁶. (CMK m. 120) Elbette ki kişinin avukatı da bulunabilecektir. CMK'da belirtilen tüm bu unsurların var olmaması arama kararının hukuka aykırı olmasına neden olacaktır.

Kişilerin konutları, üstleri, işyerleri ve eklentilerinde arama yapılacağı gibi, avukat bürolarında ve bilgisayar, program ve kütüklerinde de arama yapılabilir. Teknolojinin gelişmesi ile suç bilgisayarlarla da işlenebilmekte veya bilgisayarlarda suç delilleri saklanabilmektedir. Bu nedenle, suç şüphesi altında başka delil elde etme olanağının bulunma-

-
- 34** 1982 Anayasası 21. maddesinde yer alan şartlar; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.
- 35** Ancak, Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılmayacağına ilişkin fıkra hükmü uygulanmaz. (CMK m.118/2)
- 36** Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 8. maddesinde karar alınmadan yapılacak arama hallerini düzenlemiştir. Ancak düzenleme CMK'da arama ile ilgili kanun maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu kapsamda, ilgili yönetmelik maddesinin "...yakalanması amacıyla konutunda,işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" karar alınmadan arama yapılması Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı kararı ile, İlgilinin rızası halinde de arama kararına gerek olmadığına yönelik olarak düzenlenen Yönetmeliğin 8/3-f bendini de iptal etmiştir.

ması durumunda cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararı ile şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilir, kopya çıkartılabilir, bu kayıtlar çözümlenerek metin haline getirilebilir. (CMK m.134)

Avukat bürolarında yapılacak olan arama ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilir.

e. El koyma;

Müsadereye tabi olan veya ispata yarayacak eşyanın³⁷, arama koruma tedbirine karar verilmesi için gerekli olan şartlar dahilinde, arama sonucu elde edilen ve delil niteliği taşıyan verilere hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri ile gerçekleşen koruma tedbirine el koyma tedbiri denmektedir. Yetkili merciin el koyma kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. (1982 Anayasası m.20) Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği el koyma koruma tedbirini, suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tabi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi olarak tanımlamaktadır³⁸. El koyma kararı sonucu kişilerin mülkiyet hakkında kısıtlama olmaktadır. Bu bakımdan kolluğa el koyma yetkisi veren bir hakim kararı ya da cumhuriyet savcısının veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde amirin yazılı emri olmak zorunda ve yazılı emrin de hakim denetiminden geçmesi gerekmektedir.

CMK'da elkoyma kararı, sadece maddi varlığı olan değerler bakımından değil, ekonomik değer taşıyan varlıklar bakımından da alınabilmektedir. CMK'ya göre, somut olay bakımından delil niteliği taşıyan ve ispat aracı olarak yararlı görünen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine el konulmasının (CMK m.123) yanısıra taşınmazlara, hak ve alacaklara da el konulabilmektedir³⁹. Bir diğer el koy-

³⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

³⁸ Suç eşyası hakkında el konulması ve el konulan eşya ile ilgili işlem ve usuller 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Suç Eşyası Yönetmeliği ile belirlenmiştir.

³⁹ CMK 128. maddede taşınmaz, hak ve alacakların neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre; *Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;*

ma çeşidi de Postada Elkoymadır. (CMK m. 129) Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile elkonulabilir. Avukat bürosunda yapılan arama esnasında elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan eşyanın avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan eşya derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir. (CMK m. 130/2)

Bazı durumlarda el konulan eşyanın el konulduğu süreç içerisinde değerini kaybetmesi ya da zarara uğraması tehlikesi doğabilmektedir. Böyle bir riskin ortaya çıkması durumunda el konulan eşya ile ilgili soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından elden çıkarma kararı verilebilir. El konulan eşya bakımından bir diğer muhafaza tedbiri de muhafaza edilmek suretiyle teslimdir. Soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde mahkeme kararı ile el konulan eşyanın bakımı için gerekli tedbirlerin alınması amacı ile ve gerektiğinde iade edilmek üzere şüpheli, sanık ya da başka bir kişiye teslim edilebilir. (CMK m. 132)

-Taşınmazlara,

-Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,

-Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba,

-Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,

-Kıymetli evraka,

-Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,

-Kiralık kasa mevcutlarına,

-Diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir.

Bunun haricinde Basılmış eserlere de el konulabilir, toplatılabilir. (Basın Kanunu m.25 vd.)

2. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Talep Etmenin Koşulları

CMK 141. maddesi tazminata neden olan koruma tedbirlerini ve şartlarını madde metninde belirtmiştir. Buna göre bir suçun soruşturması ve kovuşturması sırasında;

a. Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması⁴⁰

5271 sayılı CMK'da hangi koşullar altında yakalama ve tutuklama yapılabileceğine yer verilmektedir. Yukarıda da belirtilen şartların varlığı

⁴⁰ Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınmayacağı, alıkonamayacağı (tutuklanamayacağı) ya da sürgün edilemeyeceğini 9. maddesi ile hüküm altına almıştır. Bildiri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararla kabul edilmiştir. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde 2200 A sayılı karar ile kabul edilmiş, 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 15/08/2000 tarihinde imzalamış, 4/6/2003 tarih ve 4868 sayılı kanunu çıkarmıştır.) 9. maddesi de bireylerin kişi özgürlüğü ve güvenliğini güvence altına almaya yönelik düzenlemelerde bulunmuştur. "Hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınmaya ya da tutuklanmaya maruz bırakılmayacaktır. Hiç kimse, kanun tarafından belirlenmiş bulunan nedenlere dayalı ve usullere uygun olması hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır." Sözleşme, kanunlarda belirtilen koşullarda tutuklama ya da gözaltına alma fiillerini hukuka aykırı işlemler olarak değerlendirmekte, 5. fıkrası ile de madde metninde yer alan diğer şartlarla birlikte hukuka aykırı gözaltına alınan ya da tutuklanan kişilerin icrası olanaklı bir tazminat hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Sözleşmede ayrıca; "Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınmasının nedenleri hakkında gözaltına alındığı zaman ve kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında derhal bilgi verilecektir." "bir suç isnadıyla gözaltına alınan ya da tutuklanan herhangi bir kişi, derhal bir yargıcın ya da yargı erkini kullanmaya yetkili kılınmış başka bir görevlinin önüne çıkartılacaktır ve makul bir süre içinde yargılanma yahut salıverilme hakkına sahip olacaktır. Yargılanmayı bekleyen kişilerin tutuklu olarak alıkonulmaları bir genel kural olmayacaktır ancak salıverme, bu kişilerin duruşmalarda, yargılama işlemlerinin herhangi bir başka aşamasında ve böyle bir durum söz konusu olduğu takdirde de hükmün infazında hazır bulunmalarını temin için güvencelere tabi tutulabilir." "Gözaltına alınma ya da tutuklanma suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herhangi bir kişi alıkonulmasının hukuka/yasaya uygunluğu konusunu geciktirmeksizin karara bağlayabilecek ve bu alıkonulma hukuka/yasaya uygun değil ise salıverilmesi talimatını verebilecek olan bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olacaktır." Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt IV, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2004, s.9, 68vd. "AİHS 5. maddesi ile güdülen amaç bireyin özgürlük ve güvenlik hakkından keyfi olarak yoksun bırakılmasını önlemektir. (div.kararı Schieser v. İsviçre, 4.11.1979, A 34, s. 13 prg. 30)"; "...burada çözümüne gereken asıl davaya konu teşkil eden asıl mesele davaya konu teşkil eden tutuklama olayının kanunun öngördüğü usule riayete dahil olmak üzere normlara uygun bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda esas itibarıyla ulusal mevzuata aatıfta bulunmakta ve ulusal mevzu-

haricinde yapılan yakalama ve tutuklama işlemleri hukuka aykırı yapılmış sayılacaktır.

Yakalama işleminin gerçekleşmesinden itibaren yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. Aksi takdirde yakalama işlemi başta hukuka uygun olarak gerçekleştirilse dahi sonradan hukuka aykırı hale gelir⁴¹. Bir diğer hukuka aykırı yakalama da somut olayda yakalama nedenlerinin bulunmamasına rağmen yakalama emri düzenlenmesi sonucu kişinin yakalanması halidir. Bu durumda, hukuka aykırı yakalama nedeni ile yakalanan kişinin tazminat isteme hakkı doğacaktır.

Tutuklama kararının verilebilmesi için CMK 100. maddede yer alan tutuklama nedenlerinin bir arada somut olayda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde tutuklama kararı haksız sayılacaktır ancak bunun için kişinin tutuklamaya kendi ihmal ve kusurlu hareketiyle sebebiyet vermemiş olması gerekmektedir⁴². Ayrıca, tutuklama kararı somut olayda

atın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de bunun yanında fazla olarak kişiyi, özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin sözleşmenin 5. maddesi ile güdülen amaca uygun olmasını istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfilige karşı korumaktadır. Burada sözkonusu olan husus yalnız özgürlük hakkı değil aynı zamanda güvenlik hakkıdır. (Div. K. 18.12.1986, AIII, prg 54.60)” Feyyaz Gölcüklü/ Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 206 vd.

AİHS kanunda yer alan şartlar dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı düzenlenmesi suretiyle iç hukuka göndermede bulunmuş, bu gönderme sonucunda ilgili devlete maddi ve muhakeme hukukuna ilişkin hükümlere uygun hareket etme yükümlülüğü yüklemiştir. AİHM'e göre iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikli olarak devletlerin yargı organlarına aittir. Ancak, iç hukuka uymamak sözleşme ihlaline neden olduğundan Mahkeme, iç hukuka uyulup uyulmadığını denetlemek görevini haizdir. Bu nedenle, iç hukukta özgürlükten yoksun kılma için gerekli şartların açık bir biçimde ve uygulamanın da öngörülebilir olmuş olması gerekmektedir. Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s.281.

⁴¹ “Şüpheli üzerine yakalanan ve hakkında arama kararı olduğundan bahisle gözaltına alınıp yapılan yazışmalar sonucunda arama kararı olmadığı anlaşılınca 3 gün sonra serbest bırakılan davacının yakalanması, haksız yakalamadır.”Yargıtay 9.C.D. 2003/2235 E. 2003/2281 K. 18.12.2003 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

⁴² “Sanık, ihmali veya kusurlu hareketleriyle tutuklanmasına sebebiyet vermemiş ve diğer yasal koşullarda gerçekleşmiş ise tazminat alabilecektir. 2.5.1977 gün ve 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da kabul edildiği üzere Yargıtaydan geçmeden kesinleşen beraet kararını bu defa tazminat davasında subut yönünden incelemeye olanak yoktur.

sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlara ilişkin olmamalıdır⁴³ (CMK.100/4).

CMK, tutuklama koruma tedbiri kararının mutlaka gerekçeli olmasını aramaktadır. Sadece kararın verilisinde değil, tutukluluğun devamına, tahliye isteminin reddine ilişkin kararların hukuki ve fiili nedenleri ile gerekçe mutlaka gösterilecektir. (CMK m.101/2) Gerekçe gösterilmeksizin verilen tutuklama kararları, usulüne aykırı olarak verilmiş kabul edilecek ve hakkında tutuklama kararı verilen şüpheli ya da sanık bakımından tazminat hakkı doğuracaktır⁴⁴.

b. Kanuni gözaltı süresi içerisinde hakim önüne çıkartılmayan durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması⁴⁵,

Gözaltı süreleri CMK 91. maddesinde belirtildiği üzere yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre

Ayrıca; tazminata hükmolunurken saptanacak husus tevkifin haklı olup olmadığı diğer bir ifadeyle tutuklanmanın yerinde olup olmadığı belirlenmesi değil; davacının kendisinin (sanığın) firar, ıkarar, suçu üzerine alma gibi tevkife mesnet olan haksız eyleminin (ihmal veya kusurunun) bulunup bulunmadığıdır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1986/5-5 E. 1986/79 K. 3.11.1986 tarihli kararı. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

- ⁴³ Çocuk Koruma Kanunu 21. maddesi çocuklar açısından tutuklama yasağı getirmektedir. Buna göre, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren dolayı tutuklama kararı verilemeyecektir.
- ⁴⁴ “AİHM’ne göre suç işleme şüphesi tutuklama için zorunlu bir koşul olmasına rağmen belirli bir aşamadan sonra tek başına tutuklamaya gerekçe oluşturmayacaktır. Ulusal mahkemelerin tutuklamanın devamına karar verirken dayandıkları gerekçenin hala bu tedbiri gerekli kılmadığını kararlarında belirtmeleri zorunludur.” Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları..., s. 290.
- ⁴⁵ “Terör suçu işlediğine ilişkin makul kuşku nedeni ile gözaltına alınan kişilerin 4 gün ve 6 günlük gözaltı süresi içerisinde yetkili makamlar önüne çıkarılmaması, gözaltı süresinin uzun olmasına rağmen sürelerin uzatımına ilişkin yetkili makam denetiminin yapılmaması nedeni ile derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiği, bu nedenle AİHS’ye aykırılık bulunduğu ve tazminat hakkının doğduğu hükmüne bağlanmıştır.(29.11.1988, 11209/84, Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık); “12 gün ve 14 günlük gözaltı sürelerinin uzun olması ve bu süre içerisinde derhal yargıç önüne çıkartılma hakkının ihlaline..(26.11.1997, 23878/94, Sakık ve Diğerleri v. Türkiye)” Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s. 914, 994. “gözaltına alınan kişinin 1 gün süreyle avukatı ile görüştürülmeden ve yakınlarına haber verilmeden gözaltına tutulması Sözleşme ihlali sayılmıştır. (8.12.1996, Aksoy v. Türkiye)” Türkiye’nin özellikle gözaltı ve tutukluluk sürelerinin uzunluğu ile makul sürede yetkili hakim önüne çıkarılmama ve hakkında makul sürede yargılamaya yapılmamasından dolayı Sözleşmeyi ihlal ettiğine yönelik birçok mahkumiyeti bulunmaktadır. (Göktaş ve Diğerleri, 32598/96; Yıldırım ve diğerleri, 37191/97; Morsümbül, 31895; Kortak, 34499/97; Koç, 24937/94; Ekinci, 24947/94)

hariç (bu zorunlu süre de oniki saatten fazla olamaz) yakalama anından itibaren yirmi dört saat olarak belirtilmiştir. Toplu işlenen suçlarda cumhuriyet savcısı her defasında bir günü geçmeyecek şekilde en çok üç kez uzatma yapabilecektir⁴⁶.

1982 Anayasası'nın 19. maddesine göre, yakalanan kişinin yakalandığı yere en yakın mahkemeye gönderilmesi için gereken süre haricinde en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda ise en çok dört gün içinde hakim önüne çıkartılması gerekmektedir. CMK 94. maddesinde de hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişinin en geç yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılması, çıkartılmıyorsa aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılması gerektiğine işaret etmektedir. CMK 94. maddesinde en yakın sulh ceza hakimi tarafından serbest bırakılmaması halinde yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanacağı 5353 Sayılı Kanun ile maddeye eklenmiştir. Eklenen bu ifade hakkında, her ne kadar hakim kararı ile tutuklama işlemi gerçekleştirilse de bu işlemin hafif bir suç hakkında ifade almak ya da sorgu yapmak amacıyla yapılması durumunda yakalamanın kişileri mağdur ettiği eleştirisi getirilmektedir⁴⁷. Kanımızca, kişilerin süresi belli olmayan bu tutukluluk hali, kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargı merciin huzuruna çıkarılmamış sayılması anlamına gelmektedir.

c. Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması⁴⁸

Fıkranın düzenlenişi hakları hatırlatılmadan ya da hatırlatılan haklardan yararlandırma isteği yerine getirilmeden tutuklananları kapsamakta

⁴⁶ CMK 250. maddesinde belirtilen suçlara ilişkin olarak haklarında yakalama yapılanlar için gözaltı süresi kırksekiz saate çıkartılmış, uzatma süreleri de her defasında bir günü geçmemek ve yazılı olmak üzere dört gün olarak belirlenmiştir.

⁴⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 817.

⁴⁸ AİHS 5. maddesinin 2. fıkrası "gözaltına alınan/yakalanan kişiye gözaltına alınmasını/yakalanmasını gerektiren nedenlerin ve yapılan suçlamaların en kısa zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirilmesi" zorunluluğunu yüklemektedir. Türkçe çevirilerde yakalama/ gözaltına alma şeklinde görüleceği gibi tutuklama/yakalama şeklinde geçtiği de görülmektedir. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt I, s. 7.; Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması, s. 221.

ise de kanımızca, ifadenin yakalanan kişinin de haklarının, kolluğun yakalananın kaçmasını ve başkasına veya kendisine zarar vermesini önledikten sonra derhal bildirilmesi zorunluluğuna teşmil etmesi daha doğru olurdu. Keza, CMK'da yakalanan kişiye haklarının bildirilmesi düzenlenmekte, tutuklanan kişi bakımından böyle bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir. (CMK m. 90/4) Kolluk, hakkında yakalama emri bulunan, herkes tarafından geçici yakalama sonucu yakalanan ya da gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığında sahip olduğu yakalama yetkisini kullanarak yakaladığı kişiye, kaçmasını, kendisine ya da başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, haklarını derhal bildirecektir. Kanımızca, kanunda tedbir alındıktan sonra haklarının bildirilmesi gerektiği ifadesi yersizdir⁴⁹. Bu ifade olmasa dahi kolluk görevlilerinin kanunda yer alan tedbirleri almadan haklarının hatırlatılması beklenmemektedir. Yakalama işlemi sonucunda da kişilerin özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Bu nedenle yakalanan haklarının bildirilmemesi de haksız yakalama sonucunu doğuracaktır. Keza, yakalanan kişinin bu bakımdan tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

Bu bağlamda, öncelikle tutuklu ya da yakalanan kişinin haklarını öğrenme hakkı bulunmaktadır. Tutuklu veya yakalanan kişiye müdafiden yararlanma, gerekirse zorunlu müdafii tayini, ifade verme, susma, sorgu hakları bildirilmeli, anlatılmalı ve istediği takdirde bu haklarından faydalandırılmalıdır. Haklarının hatırlatılmaması ya da bu haklarından faydalandırılmaması tazminat hakkını doğurmakla beraber, özellikle yakalanan kişinin müdafii hazır olmadan ifadesinin alınması da kanuna aykırı olup, sorgusu sırasında elde edilen delillerin yasak delil kapsamına gireceği ve ceza yargılamasında kullanılamayacağı görülmektedir⁵⁰.

⁴⁹ Aynı görüş için bakınız: Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.538. Bu fıkra 5353 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değiştirilerek son halini almıştır. Değişiklikten önceki halinde fıkra, "yakalanan kişiye kanuni hakları derhal bildirilecektir." şeklinde idi. ".. en kısa zaman deyimi hemen anlamına gelmediği gibi, sürenin gereksiz ve anormal şekilde uzatılmasına engeldir. Kısa süre somut olayın gösterdiği özelliğe göre değerlendirilecektir." Gözübüyük/ Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması, s. 222.

⁵⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 546.

d. Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılanma mercii buzuruna çıkarılmayan⁵¹ ve bu süre içinde bakkında büküm verilmeyen durumlarda tazminat bakkının ortaya çıkması⁵²

1982 Anayasası, tutuklama şartlarının mevcut olması nedeniyle tutuklanan kişinin tutuklama yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için

- 51 AİHS 5/3.maddesi “yakalanan/ tutuklanan kişinin işlemin denetimi amacıyla hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı başka bir memur önüne çıkarılacak ve tutukluluk süresi makul süreyi aşmayacaktır. Amaç keyfi tutuklamayı önlemektir.” (Div. K. Mc Goff v. İsveç 26.10.1984, A 83 prg. 84); “.. Divana göre tutukluluk süresinin makul niteliği somut olay gözönünde tutularak değerlendirilir. Sanık kesin mahkumiyet hükmüne kadar suçsuz sayılacağı için, tutuklulukta makul süre emreden madde hükmünün amacı, tutuklu olarak geçen sürenin makul niteliğini kaybeder etmez, sanığın serbest bırakılmasını sağlamaktır..... Divanın yerleşmiş içtihatlarına göre, ulusal adli merciler bir somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşip aşmadığına karar verirken, suçsuzluk karinesini de gözönünde tutarak, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan, bir kamu yararının varlığını kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp inceleyecekler; ve, ilgilinin saliverilme istemine ilişkin olarak verdikleri red kararında, reddin gerekçesi açıkça belireceklerdir. Nitekim divan, denetim görevini yerine getirirken, büyük ölçüde ve esas itibariyle, söz konusu kararlarında yer alan gerekçeler ve ilgilinin saliverilme istemine ilişkin başvurularında ileri sürüp, yalanlanmayan olgulara dayanarak 5. madde hükmünün çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktadır. (Div. K. .neumeister v. Avusturya, 27.6.1968, A. 10, prg. 4)”, “... Ulusal adli mercilerin sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaatiyle dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler tamamen yerinde ve geçerli olabilirler. Fakat bu merciler, işi sürüncemede bırakıp yargılamayı, tutukluluğu makul sınıırı aşar şekilde uzatıp gitmişlerse, kendileri sözleşöe önünde gene sorumludurlar. (Div. K. Stögmüller v. Avusturya, 10.11.1969, A 9, prg. 5)” Gölcüklü/Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 224 vd. AİHM, yargılamanın uzunluğunu, dava şartları ışığında davanın karmaşıklığı ve başvuran ile ilgili makamların tutumu ile değerlendirilmelidir. Buna göre, karmaşık ve yoğun bir davanın çok kısa bir süre içinde sonuçlandırılması da makul yargılama ilkesine aykırı görülmelidir. AİHM dört günü aşan gözaltı sürelerini gereğinden uzun bulmuş ve bu nedenle Sözleşmeyi ihlal ettiği kanaatine varmıştır. Sanık sayısının çokluğu ya da davanın karmaşıklı nedeni ile yakalanan kişilerin dört günden fazla gözaltında tutulmaması, süre dolduktan sonra saliverilmesi veya tutuklanması için hakim önüne çıkartılması gerekmektedir. (Brogan ve diğerleri v. İngiltere, A 145-B.) Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında....., s.288.; “AİHM, önüne gelen her başvuruda somut olayın özelliklerini inceleyerek makul sürenin aşıp aşılmadığını belirlemeye çalışmaktadır. Bu bakımdan makul süre konusunda esas alınan kriter kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı tarihinde biten dönem içinde yer alan tutukluluk süresidir. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk hali devam ederse bu durumda AİHS'nin 5/3 değil 5/1-a fıkrası uygulanacak ve bu süre de makul sürenin denetlenmesinde toplam süreye dahil edilecektir.”Feyyaz Gölcüklü, “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs- Eylül 1991, C.I, sayı 2-3, s.2.
- 52 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, CMK'dan farklı olarak tutuklukta makul süre içinde yargılanma ile sözleşmenin 6. maddesinde yer alan yargılamada makul süreyi birbirinden ayırarak düzenlemeye gitmiştir. 6. maddenin ifadesinde yer alan makul süre kavramı bütün yargılamaya ilişkindir. Bu nedenle Sözleşmenin 5. maddesinde yer alan tutuklulukta makul süre kavramı ile farklılık arzetmekte-

gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılacağını belirtmiştir. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamayacaktır⁵³. (1982 Anayasası m. 19/5)

CMK'da tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde en çok bir yıl, bu sürenin zorunlu hallerde, gerekçe gösterilmesi şartıyla en çok altı ay daha uzatılarak bir buçuk yıl olarak belirtilmiştir. (CMK 102/1) Ağır Ceza Mahkemesi'ne giren işlerde ise bu süre en çok iki yıldır. Bu süre de uzatılabilir ancak toplamda üç yılı geçemez. (CMK 102/2) Tutukluluk sürelerinin uzun olması tutuklu kişilerin makul sürede yargılanmaları önündeki engellerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü, makul süre kavramı, savcılık soruşturması hatta kolluğun müdahalesinden yargılamanın kesin hükümle sona ermesi safhasına kadar olan periyodu kapsamaktadır⁵⁴. 1982 Anayasası 141/son

dir. Bu nedenle 5. maddenin 3. fıkrası tutukluluk süresinin makullüğüne işaret etmekte, 6. madde ise yargılamanın bütün safhasının makul sürede bitirilmesini kapsamaktadır. Sibel İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002, s. 357. “.. Bir dava pekala uzun süre devam etmiş olabilir ve geçerli nedenler varsa 6. madde ihlal edilmemiş bulunabilir. Fakat bu yargılama sırasında sanık makul süreyi aşan şekilde tutuklu kalmışsa 5. maddenin 3. fıkrasına aykırı hareket edilmiş olacaktır. (Div. K. Stögmüller v. Avusturya, 10.11.1969, A 9, prg. 5.)

53 1412 sayılı CMUK'da sanığın hakim önüne çıkartılması bakımından farklı sürelerin öngörüldüğü görülmektedir. Buna göre, tutuklama müzekkeresi ile tutuklanan sanık derhal ve nihayet 24 saat içinde yetkili hakim önüne çıkartılarak sorguya çekilecek ve tutuklamanın devam edip etmeyeceği hakkında karar verilecektir. Sanığın 24 saat içerisinde yetkili hakim önüne çıkartılamaması durumunda aynı süre içerisinde tutulma yerine en yakın sulh hakimi önüne çıkartılacak, yetkisiz hakim önüne getirilen kişi tutuklama müzekkeresi ile aranan kişi ise sanığın özgürlüğü yetkili hakim önüne gidene kadar kısıtlanır. Fatih Selami Mahmutoğlu, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s.169. 5271 sayılı CMK'da ise yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi için yetkisiz hakim tarafından verilebilen sevk tutuklaması kararı verebileceği görülmektedir. “*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.*”

54 Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 197; Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında..., s. 288. “Maddi ve manevi tazminat talep ettiği tüm dosya ve deliller kapsamından anlaşılacakla, haksız tutuklama nedeniyle maddi-manevi zarara uğradığı anlaşılan davacının lehine maddi-manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, mahkemece delil yetersizliğinden beraat etmesi nedeniyle haksız tutuklanmış sayılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Haksız tutuklama nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazminine karar verilmelidir.” Yargıtay 1.C.D. 2005/417 E. 2005/2088 K. sayılı karar metni için bkz: (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 7 Aralık 2007. Avrupa İnsan Hakları'nın bu konudaki görüşü için bakınız: 48. dipnot.

maddesinde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” ifadesi ile makul sürede yargılamanın yapılması ve sonuçlandırılması gerektiğine işaret etmiştir. Tutukluluk süreleri içinde kamu davasının açılmaması ya da açılan kamu davasının bitirilmemesi durumunda sanık serbest kalacaktır⁵⁵.

e. Kanuna uygun olarak yakalandıktan ve tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması⁵⁶

Hukuka uygun olarak verilen bir yakalama ya da tutuklama koruma tedbiri uygulanan kişi, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda devletten tazminat isteyebilecektir. Ayrıca, CMK’da, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkumiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararların da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümlerine göre tazmin edilmesi öngörülmektedir. (CMK m. 323/3)⁵⁷.

Bu tedbirlere başvurulması esnasında tutuklama ya da yakalama koruma tedbirlerinin şartları var olmakla beraber, daha sonradan yapılan muhakeme sonucunda koruma tedbirine hükmedilen kişilerin haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına ya da beraatlerine ilişkin karar verilmeyle koruma tedbiri sonuçsuz kalmaktadır. Bu bakımdan kanımızca, şüpheli ya da sanık hakkında özellikle tutuklama kararı verilmesinden önce ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak somut olayda tutuklama se-

⁵⁵ Mahmutoglu, İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, s.170.

⁵⁶ CMK’da belirtilen tazminat koşullarından olan bu hükümde mahkumiyet kararının kısmen ya da tamamen infazından sözedilmiş olmakla birlikte haksız yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirinin uygulanması söz konusu ise bu tedbirden kaynaklanan maddi ve manevi zararların da ödemesi gerektiği doktrinde ifade edilen bir görüştür. Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, s. 205.

⁵⁷ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 14. maddesinin 6. fıkrasında “bir kişi bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum edilmiş olup da hakkındaki hüküm daha sonra adli hata yapıldığını kesin biçimde ortaya koyan yeni yahut yeni olarak tespit edilen bir olgu/kanıt nedeniyle bozulmuş ya da affedilmiş olduğunda, bilinmeyen olgunun zamanında ortaya çıkarılmamasından kısmen ya da tamamen kendisine yüklenebilecek kusuru bulunduğu kanıtlanmadıkça, böyle bir hüküm sonucunda maruz kaldığı cezadan ötürü bu kişiye tazminat ödenecektir” denilerek, tazminatın koşullarında çeşitliliğe gidilmiştir.

beplerinin var olması halinde, üst sınırı üç yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren bir suç hakkında yürütülen soruşturmada şüphelinin tutuklanması yerine **adli kontrol** koruma tedbirine başvurulması daha yerinde olmaktadır. Özellikle yurt dışına çıkmamak ve güvence miktarı vermek tedbirleri bakımından adli kontrole başvurma sürelerinin dikkate alınmaması bu tedbire başvurulması önünde bir kolaylık olmaktadır. Bu sayede, devletin daha sonra haksız hale gelen tutuklama koruma tedbiri nedeniyle ilgili kişiye tazminat ödeme yükümlülüğünün önüne geçilmiş olabilmektedir.

f. Mahkum olup da gözaltında ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması

Tutuklama ve gözaltına alma kişinin işlediği suç karşısında öngörülen bir yaptırım değil, koruma tedbiridir. Ancak, tutuklama her ne kadar koruma tedbiri olsa da tutuklu kalınan süreç içerisinde kişilerin özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Bu nedenle tutuklama esnasında geçen sürelerin hapis cezasından indirilmesi, haksızlığın önlenmesi amacıyla ilişkilendirilmektedir⁵⁸. Bu bakımdan, kural olarak tutuklu, tutuklanmasına neden olan suçtan mahkum olması halinde haksız tutuklama davası açamamakta⁵⁹ ise de hakkında bir yargı kararı ile mahkumiyet hükmü çıkması durumunda tutukluluk süresi bu cezadan mahsup edilmektedir⁶⁰. 5237 sayılı TCK'nun 63. maddesine göre, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve kişinin hürriyetini sınırlama sonucunu doğuran bü-

⁵⁸ Mustafa Avcı, "Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 76. Tutuklulukta geçen sürenin kişinin işlediği diğer bir suçtan dolayı aldığı cezadan mahsup edilebilmesi mümkündür. beraatla sonuçlanan bir davadan tutuklu kalınan sürenin başka bir suçtan indirilebilmesi için aranması gereken koşul, ceza kararının tutukluğun gerçekleştiği beraat kararının kesinleşme tarihinden önceki bir tarihte işlenmiş olmasıdır.

2006/1-4 E. 2006/7 K. 31.1.2006 Tarihli Ceza Genel Kurulu kararı. Haksız tutuklama süreleri sanığın başka bir suçtan mahkum olması durumunda bu suça ilişkin mahkum olduğu süreden indirilecektir bu durumda haksız tutuklama nedeniyle tazminat verilmeyecektir. Karar metni için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 7 Aralık 2007.

⁵⁹ Yargıtay 1.C.D. 1988/2734 E. 1988/2661 K. 28.6.1988 tarihli karar. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

⁶⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 754.

tün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Gerçekleştirilecek olan mahsup sonucunda tutukluluk ya da gözaltı sürelerinin hükümlülük süresinden fazla çıkması, ilgili kişiye tazminat hakkı vermektedir. Başka bir deyişle, bu indirimle rağmen tutukluluk süresinin hükümlülük süresinden fazla olması halinde hükümlü tazminat talebinde bulunabilecektir.

***g. Yakalama ve tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması*⁶¹**

1982 Anayasası, yakalanan ve tutuklanan kişilerin, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddiaların yazılı, bunun hemen mümkün olmaması durumunda derhal sözlü olarak, toplu suçlar bakımından ise en geç hakim huzuruna çıkartılıncaya kadar bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. (1982 Ay. 19/3, CMK 147. md)

Bilindiği gibi, Ceza Muhakemesi Hukukunda, muhakemenin yürüyüşünde birtakım vazgeçilmez, uluslararası sözleşmeler ile de kabul edilen ve iç hukukumuzda yer alan ilkeler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi de sanığın ya da şüphelinin haklarındaki isnadı derhal öğrenme hakkıdır. Kişi, isnadı öğrenme hakkı doğrultusunda diğer haklarını kullanabilecektir. Ancak isnadı öğrenen şüpheli ya da sanığın savunma hakkını (1982 Ay.m. 36/1; AİHS m.6; MSHK m.14/3) kullanması mümkündür. Hakkındaki isnadı öğrenen kişi, bu doğrultuda kendisine yapılan suçlamaya karşı savunma yapacaktır. Bu bağlamda, hakkındaki isnadın ne olduğunun şüpheli ya da sanığa derhal bildirilmemesi, devletin tazminat ödemeye mahkum olmasına neden olabilecektir.

PVSK 13. maddesinde yakalanan kişilere yakalama sebebinin herhalde yazılı, bunun mümkün olmaması halinde derhal bildirilmesi şartını getirmiştir. 1982 Anayasası yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu

⁶¹ AİHS 5. maddesinin 2. fıkrasında yakalanan/ gözaltına alınan her kişinin yakalanmasının/gözaltına alınmasının nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama hakkında anlayabildiği bir dille derhal bildirileceği düzenlenmiştir.

suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir” ifadele-
rinde tutuklama ve yakalama nedenlerinin derhal bildirilmesi gerektiği-
ne işaret etmektedir.

***b. Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına
bildirilmeyen durumlarda tazminat hakkının ortaya
çıkması***⁶²

CMK, yakalanan veya tutuklanan kişilerin durumlarının yakınlarına bildirileceği şartını getirmiş ve bu şartın ihlalini tazminat sebebi saymış-
sa da CMK, sadece tutuklanmaya ilişkin verilen kararların değil tutukla-
manın uzatılmasına ilişkin her kararın da tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye hakim kararı ile gecikmeksizin haber verilmesi ge-
rektiğini ifade etmiştir. Bu bildirim hakim kararıyla yapılabileceği gibi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla tutuklunun, tu-
tuklandığını bir yakınına veya belirlediği kişiye durumunu bizzat bildir-
mesine de izin verilir. (CMK m.95; m. 107) Haber verilmemesi ya da tu-
tukluya durumunun bildirmesine izin verilmemesi halinde tutuklu aç-
ısından tazminat hakkı doğacaktır. Gözaltına alınan, yakalanan veya tu-
tuklanan şüpheli ya da sanığın yabancı olması durumunda ise durumu, vatandaş olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir.

Kişinin yakalandığı ya da gözaltına alındığı durumlarda Cumhuriyet savcısının emri ile durumunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilmemesi de tazminat sebebidir. Anayasamızın 19. maddesinde bu hususa da yer verilmektedir. Yakınlara haber verilmesinin delil karartma şüphesini artıran bir durum olduğundan, buna ilişkin bir emare olduğu halde haberin bir müddet verilmemesinin yerinde olacağı da doktrinde savunulan bir görüştür⁶³. Kovuşturma ya da soruşturması şikayete bağlı suçlar bakımından şikayetten önce şüphelinin yakalanması durumunda şikayet hakkı olanlara bildirim yapılması gerekmektedir. Kanımızca, kanundaki ifade yakalanan ya da tutuklananların yakınlarına bildirilmemesi durumunda tazminat istenebileceğine ilişkinse de şüpheli ya da sanığın yakalanması, gözaltına alınması hatta gözaltı süresinin

⁶² AİHS’de yakalanan ya da tutuklu bulunanın yakınlarına haber verilmesi durumuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

⁶³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 811.

uzatılmasına ilişkin kararların gecikmeksizin yakınlarına bildirilmesi, yabancılar bakımından da vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilmemesi de tazminat isteme hakkını doğurmalıdır⁶⁴.

1. Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen durumlarda tazminat hakkının ortaya çıkması

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için birtakım şartların mevcut olması gerekmektedir. Buna göre, tedbiri kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile kolluk tarafından hakkında arama kararı verilen kişinin evi ve sair yerleri ile üstü aranabilmektedir. Hakim kararı olmayan ya da bu şartları taşımayan arama kararı hukuka aykırı olacaktır. Ancak CMK'da yer alan tazminat istenebilecek haller arasında sayılan arama kararının ölçüsüz gerçekleştirilmesi ifadesine bakıldığında arama kararının her ne kadar koşulları olmadan ve hukuka aykırı olarak verilmiş olsa karar hakkında tazminat hükümlerinin uygulanamayacağı anlamı çıkmaktadır. Çünkü madde arama kararının şartlarının oluşup oluşmadığına bakılmaksızın verilmesi ile ilgili değildir. Verilen karar, hukuka uygun olsa dahi korunması gereken yarar ile orantılı olup olmadığı noktasında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu nedenle, madde metninde yer alan "ölçüsüz" bir şekilde gerçekleştirilen arama kararı ibaresinin "orantılılık" ilkesine aykırılık olarak anlaşılması, dolayısıyla koşulları olmadan verilen arama kararının da bu bağlamda ölçüsüz sayılacağı ve tazminat hakkı doğuracağı belirtil-

64 Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği yakalanan kişilerin yakınlarına haber verilmesini de düzenlemiştir. Buna göre;

Yakalanan kişinin,

-Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,

-Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikâmet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,

-Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,

-Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle, yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir.

Yakalanan veya gözaltına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkması hâlinde, durumu vatandaşı olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsolosluğuna haber verilir.

Mubafaza altına alınmak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derbâl bildirilir.

mektedir⁶⁵. Kanımızca, arama kararının verilmesi için gerekli olan şüpheli ya da sanık bakımından makul şüphenin olmaması ve diğer kişiler bakımından aramanın yapılması için aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığının olmaması arama kararını ölçüsüz hale getirmektedir. Kararın ölçülü olup olmadığı her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Arama kararı gerekmezsin delilin elde edilebilmesi olanağının bulunduğu hallerde de karar ölçüsüz sayılmalıdır. Kararın ya da emrin geçerli olacağı sürenin uzun tutulması da bu bakımdan sakınca doğurabilecek bir haldir. Arama kararının sadece şüphelinin bilgisayar programları ve kütükleri hakkında olması durumunda da başka suretle delil elde edilmesi imkanı olmasına rağmen bu yola başvurulması halinde bilgisayarlara yönelik arama kararı ölçüsüz hale gelecektir.

Arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi kanunda belirtilen şartların somut olayda var olması gerekmektedir. Aksi halde arama kararı hukuka aykırı hale gelir ya da koruma tedbiri kararı ya da emri hukuka uygun olmakla beraber tedbirin yerine getirilmesi esnasında hukuka aykırı hale gelmiş olabilir. Arama kararının hukuka aykırı olması tazminat hakkını doğurmasa da bu karar sonucu elde edilecek deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaklar ve hakkında arama kararı çıkartılan şüpheli ya da sanık aleyhine kullanılmayacaklardır⁶⁶.

i. Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen

5271 sayılı CMK ile tazminat bakımından getirilen yeniliklerden birisi olan koşulları oluşmadan gerçekleştirilen el koyma kararlarına karşı tazminat talebinde bulunma imkanı, tazminat hakkı doğuran koruma tedbirlerinin genişletilmesinde önemli bir adım olmuştur. El koyma koruma

⁶⁵ Veli Özer Özbek, CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı, Ankara, 2005, s.636.

⁶⁶ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, Seçkin, 1999, s.154.

tedbiri nedeniyle tazminat isteyebilmek için birtakım şartların oluşmuş olması gerekmektedir. Öncelikle el koyma koruma tedbirine başvurulması için soruşturma ve kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir. Bu şartın yerine gelmemesine rağmen koruma tedbirine başvurulması hukuka aykırı olacak ve ilgili kişi bakımından tazminat hakkı doğuracaktır. Ayrıca, şüpheli ya da sanık ile tanıklıktan çekilebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelerin bu kişilerin nezdinde bulunması halinde avukatlar ile müvekkilleri arasında mesleki ilişkiye ait olan şeylere el konulamayacaktır. El konulması halinde el koyma tedbiri hukuka aykırı hale gelecektir.

El konulan eşya veya malvarlığı değerlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması da tazminat nedenidir. El konulan eşyanın nasıl korunacağı, muhafaza edileceği, Suç Eşyası Yönetmeliği'nde açıkça düzenlenmektedir. (Suç Eşyası Yön. m.5) Bu bağlamda, el konulan eşyanın veya malvarlığı değerinin değerini kaybetmemesi ya da zarar görmemesi için devlet gerekli önlemleri almalıdır. Gerektiğinde, kıymetli eşya ve evrak ile bozulacak, değerini kaybedecek veya muhafazası zor olan suç eşyası hakkında hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılması mümkün olabilmektedir. (CMK m.132) Bu düzenlemelere rağmen eşyanın veya malvarlığı değerinin korunmaması durumunda ortaya bir zarar çıkması tazminat talebine neden olmaktadır.

El konulan eşyanın veya malvarlığı değerinin amaç dışında kullanılması da tazminat hakkının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. El konulan eşyanın muhafazası ile görevli olan kişilerin buna aykırı olarak el konulan eşyayı kişisel amaçları için kullanmaları durumunda tazminat gündeme gelebilecektir⁶⁷. Sanığa, şüpheliye ya da üçüncü kişiye ait el

⁶⁷ Bu durumda muhafaza görevinin kötüye kullanılması suçu da oluşmuş olacaktır. (TCK m. 289) Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.387. TCK 289. maddeye göre;
Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması bâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.
Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması bâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

konulan eşya veya malvarlığı değeri, soruşturma veya kovuşturma evreleri bakımından muhafazaya gerek kalmaması veya müsadereye tabi olmaması durumunda sahibine geri verilmelidir. (CMK m. 131) Resen yahut talep üzerine verilen geri verme kararının gerçekleştirilmemesi ya da şartları oluşmasına rağmen geri verme kararının verilmemesi sonucu ilgililer uğramış oldukları zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

3. Tazminatın Kapsamı

Hakkında koruma tedbirleri uygulanan kişi, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı hale gelmesi nedeniyle devletten maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. (1982 Anayasası m. 19/son, CMK m.141/2) Kişinin maddi zararı kapsamında, işine devam etmemesinden doğan zarar, tutuklama ya da yakalamadan doğan giderler, müdafii ücreti gibi giderler bulunmaktadır⁶⁸. Tazmini gereken kayıpların tespiti bakımından koruma tedbiri süresince meydana gelen kayıplar ile kayba uğrayan kişinin hakkında koruma tedbirine başvurulmadan önceki işi dikkate alınmaktadır⁶⁹. Uygulamada, özellikle tutuklama kararlarına ilişkin maddi

Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rebinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.

Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar bapis cezası ile cezalandırılır.

- 68** Hakan Hakeri, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Ankara, Seçkin, 1999, s.154. İşsiz kimselere tazminat ödenip ödenmeyeceği konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Tartışmalar için bakınız A.e. s.157vd. İşsiz kişinin tutuklama ya da yakalama koruma tedbirine maruz kalması sonucu herhangi bir iş kaybı olmadığı ileri sürülse de haksız fiil sorumluluğunun hakkaniyet kuralı ile değerlendirilmesi sonucu en azından asgari ücret miktarı üzerinden bir tazminata hükmedileceği öngörülmektedir. Durmuş Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınlar, Ankara, 1989, s. 117.
- 69** Durmuş Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, s.117. "...Gözaltına alındığı ve tutuklandığı tarihte avukat olan davacının bu mesleğini yapmaktan dolayı gerçek zararının saptanabilmesi için; tutmakla yükümlü bulunduğu defterlerinin ve vergi kayıtlarının uzman bir bilirkişi aracılığıyla incelenip, kazanılmış hakkı da gözetilerek maddi tazminatın belirlenmesi gerekirken; sadece icra dosyalarından alacağı vekalet ücretinin esas alınarak yazılı miktara ve eksik maddi tazminata hükmedilmesi kararı bozmayı gerektirmektedir..."Yargıtay 9.C.D. 2002/275 E. 2002/447 K. 7.3.2002 tarihli karar. (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007

tazminatın miktarının hesaplanmasında dini ve milli bayram günlerinin düşülerek hesaplandığı görülmektedir⁷⁰.

Kanımızca, hukuka aykırı koruma tedbirleri nedeniyle uğranılan maddi zararlar hakkında tazminat istenebilmesi için ortaya çıkan zarar ile bağlantılı olması gerekmektedir⁷¹. Bağlantının yanısıra haksız ve hukuka aykırı yakalama, gözaltına alma ve tutuklama koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talep edilecek zarar, bu tedbirler dahilinde ve tedbir süresi ile sınırlı olmalıdır. Ölçüsüz arama ve el koyma koruma tedbirlerine başvurulması durumunda da maddi zarar hesabında esas alınması gereken el konulan eşyanın ya da malvarlığı değerinde meydana gelecek azalma, malik olan kişilerin el konulan eşyadan elde edeceği gelir yoksunluğu olmalıdır.

Manevi zarar kapsamında ise hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin bu tedbir dolayısıyla uğramış olduğu psikolojik travma, manevi ızdırap ile kişilik hakkının ihlali sayılabilmektedir⁷². Tutuklu kaldığı süre ve diğer koşullar gözönünde bulundurularak manevi tazminat sebepsiz zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde ve makul bir miktar olarak hükmedilmelidir⁷³. Bununla birlikte, manevi tazminat istemi, haksız tu-

⁷⁰ Yargıtay 9.C.D. 2004/6013 E. 2005/151 K. 27.1.2005 tarihli karar metni için bakınız:(Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 7 Aralık 2007.

⁷¹ “Kanun dışı yakalama veya tutuklama ile şahsi hürriyetinden mahrum edilmesi sonucu uğranılan maddi veya manevi zararın bu işlemle bağlantı bulunması gerekir. Bu durumda bulunan bir kişinin duyduğu elem ve ızdırap nedeniyle manevi, keza çalışmadığı süreler nedeniyle maddi ödence isteminde bulunabileceği açıktır. Zira kanun dışı yakalama veya tutuklama ile yukarıda açıklanan durumlar arasında bağlantı vardır. Ancak, olayda hakkında hırsızlık isnadı bulunan davacı nezarete alınırken evinde yapılan aramada ele geçirilen ve maddi ödence konusu yapılan kürk mantosu da suç kanıtı olarak adliye emanetine alınmıştır. Davacının tutuklanması ile mantonun emanete alınması arasında bir bağlantı yoktur. Davacı tutuklanmasaydı bile suç kanıtı olduğu düşünülen kürk mantonun emanete alınması kaçınılmazdı.” Bu bakımdan, suç delili olarak emanete alınan kürk mantosunun çürümesi nedeniyle manto sahibi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümlerine başvuramayacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1988/6-266 E. 1988/374 K. 17.10.1988 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

⁷² Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde temel alınan ölçütler için bkz: Hakeri, Haksız Yakalama ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, s. 160 vd.

⁷³ “Objektif bir kriter olmamakla birlikte hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumuna hal ve mevkiin icabına, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde hak ve mesafet kurallarına uygun makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekmektedir.” Yargıtay 11.C.D. 2004/4610 E. 2005/1116 K. 16..2005 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 07 Aralık 2007.

tutuklama nedenine dayanmakta ise, tazminat miktarının belirlenmesinde tutuklanmasına neden olan olayın meydana geliş tarzı, şüpheli ya da sanığın tutuklu kaldığı sürenin de dikkate alınması gerekmektedir^{74, 75}.

- 74 “Hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, zenginleşme sonucu doğurmayacak şekilde, hak ve nasafet kurallarına uygun makul ve makbul bir miktar olarak tayin ve tesbiti gerekirken, bu ölçülere uymayacak miktarda az manevi tazminata hükmedilmesi hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına neden olmaktadır.” Yargıtay 9.C.D. 2004/8748 E. 2005/1071 K. 8.3.2005 tarihli Yargıtay Kararı.
“Manevi zarar tutuklanan şahsın sosyal çevresinde itibarının sarsılmasına; hürriyetinden yoksun kalması nedeniyle duyulan elem ve ıstırap ve ruhi sıkıntılarının bir nebze de olsa giderilmesi amacına yöneliktir. Manevi zararın tümüyle giderilmesi olanaksız ise de; tayin edilecek manevi tazminat kişinin acı ve ıstıraplarının giderilmesinde, sıkıntılarının azaltılmasında etken olacaktır. Bu nedenle manevi tazminata hükmedilecek kişinin cezaevinde kaldığı süre, sosyal ve ekonomik durumu, toplumsal konumu, atılı suçun niteliği, tutuklanan şahıs üzerinde bıraktığı olumsuz etkiler dikkate alınarak zenginleşme sonucu doğurmayan, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşır bir miktar olmasına özen gösterilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.1999 tarih ve 9/102-115 sayılı kararı. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 7 Aralık 2007.
- 75 Hükmedilecek tazminata faiz uygulanıp uygulanmaması meselesi de Yargıtay kararlarına konu olmuştur. “...Özelliği ve mahiyeti bakımından 466 sayılı Kanuna göre karar verilen tazminatlara ilişkin kanuni faiz tayin ve hükmedilemeyeceği düşünülmemeyerek yazılı şekilde faize de hükmedilmesi, yasaya aykırıdır...” (1. CD., 14.12.1988, 4275-44).
“...Devlet istese dahi zararı tazmin edemeyeceğine göre faiz ile sorumlu tutulması... yasaya aykırıdır” (1. CD, 16.10.1992, 2107/2236).
“...Özelliği ve mahiyeti bakımından 466 sayılı Kanuna göre karar verilen tazminatlara ilişkin kanuni faiz tayin ve hükmedilemeyeceği düşünülmemeyerek yazılı şekilde faize de hükmedilmesi, Kanuna aykırı, davalı hazine vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün açıklanan sebeplerden dolayı tebliğnamedeki düşünce hilafına (bozulmasına), 14.12.1988 gününde oybirliği ile karar verildi (5. CD, 14.12.1988, 4275/4479).
“...466 sayılı Kanun uyarınca hükmolunan maddi ve manevi tazminata faiz uygulanmayacağı gözetilmeden dava tarihinden itibaren % 30 yasal faize hükmolunması yasaya aykırıdır...” (9. CD, 20.10.1997, 2636/5283)
“...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.3.1973 gün ve E. 5-55, K. 221 sayılı içtihadında açıklandığı üzere, hazinenin faiz ile sorumlu tutulamayacağına gözetilmemesi, yasaya aykırı ise de; bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CMUK.nun 322. maddesine dayanılarak “dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizin hazineden alınmasına” dair ibarenin karardan çıkarılması suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına, oybirliği ile karar verildi” (9. CD, 28.9.1995, 3825-5008).
“...Uygulama yeri bulunmadığı halde yasal faiz alınmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir...” (7. CD, 5.3.1992, 11677-1728).
“Mevcut düzenlemeye göre tazminata faiz yürütülmesi doğru değilse de, özellikle enflasyonun kronik bir şekilde, yüksek oranda seyrettiği ve davaların uzun sürdüğü ülkemizde takdir edilen tazminata faiz yürütülmemesinin haksız bir duruma neden olacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle Kanunun amacı olan “hukuk devleti ilkesi ve adalet duygusu”na uygun şekilde, mağdurun zararının tazmini isteniyorsa, bu amaçla yasada bir değişiklik yapılması zorunludur. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, Anayasa’nın 19/son maddesindeki “Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları

4. Başvurma Süresi, Başvurulacak Mercii, Başvurunun İncelenmesi ve Kanun Yolu

CMK'da yer alan "karar ve hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren" ifade ile tazminat talebinde bulunma hakkına koruma tedbirine maruz kalan kişinin sahip olduğu anlaşılmaktadır. Tazminat talebi ile dava açılabilmesi için ilgili hakkındaki kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir⁷⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu tazminat talep etme süresini, ilgili hakkında verilen kararın veya hükmün tebliğinden itibaren üç ay, her halde karar veya hükmün kesinleşme tarihini izleyen bir yıl olarak belirtmek suretiyle bu sürelerin hak düşürücü süre olduğuna işaret etmektedir⁷⁷. Kanun, karar ya da hükümden bahsetmektedir. İlgili kişinin talebi olmaksızın mahkeme resen tazminata karar veremeyecektir⁷⁸.

Kanuna göre tazminat hakkına sahip ilgili kişinin tazminat istemi, kanunda belirtilen süre içinde oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde⁷⁹ ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve

zarar, kanuna göre, Devletçe ödenir" ibaresinin, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 4. maddesiyle, "Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir" şeklinde değiştirilmesi, yukarıda açıklanan kurallar nedeniyle faizle ilgili bir yenilik getirmemektedir. Zira tazminat hukukunun genel prensipleri nazara alındığında, faiz, asıl alacağa bağlı fer'i bir alacak olduğundan faiz borcunun doğumu ve hatta kural olarak varlığı asıl borcun doğumuna ve varlığına bağlıdır. Özetle, asıl alacak olmadan faiz işlemez" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak Özel Daire kararından (2) nolu bendin çıkartılmasına karar verilmesini talep etmiştir." Karar metni için bakınız: Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2004/1-177 E. 2004/203 K. 23.11.2004 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 07 Aralık 2007.

76 "Tutuklu kalıp beraat eden sanığa, beraat kararının kesinleştiği tebliğ edilmeden veya kesinleşme tarihinden haberdar olduğu tarih kesin olarak tesbit edilmeden, 466 sayılı Kanunla tanınan dava açma süresinin işlemeye başladığından söz edilemeyeceği....." Yargıtay 9.C.D. 1993/453 E. 1993/1393 K. 16.3.1993 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

77 Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 309.

78 "Haksız tutuklamaya dayalı maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin açma süresi, beraat kararının kesinleştiğinin tutuklu kalan davacıya bizzat tebliği ile başlar. Bu yönde araştırma yapıpıp davanın süresinde açılıp açılmadığı araştırılmadan sürenin ceza davasındaki vekile yapılan tebligattan başlatılarak yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." Yargıtay 10.C.D. 2005/3924 E. 2005/2412K. 8.3.2005 ve 2004/1338 E. 2004/2903 K. 15.6.2004 tarihli yargıtay kararları için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 7 Aralık 2007.

79 "Haksız olarak tutuklanan kişiler ikametgâhlarının bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine başvurarak her türlü zararlarının tazminini talep edebilirler. Yetkili mahkeme, üyelerinden birini işin incelenmesi için görevlendirir. Naip hakimın mahkeme yerine başkan tarafından tayin edilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 9.C.D. 2002/2644 E. 2003/14 K. 13.1.2003 tarihli karar. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.(CMK m. 142/2)⁸⁰ Ağır Ceza Mahkemesi, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir. (CMK m.142/7. Fıkra, 5353 Sayılı Kanun'un 20.maddesi ile kanun metnine girmiştir.)

Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına karşı istemde bulunan, Cumhuriyet Savcısı veya Hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. Bu başvuru öncelikle ve ivedilikle yapılır⁸¹. 466 Sayılı Tazminat Kanunu temyiz süresini 3. maddesinin son fıkrasında belirtilmişti. Buna göre, karar aleyhine tebliğ tarihinden başlayarak bir hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilirdi. Ancak 5237 sayılı CMK 142. maddesinde süreye ilişkin bir ifadeye yer vermemiş, istinaf yoluna başvurulur demekle yetinmiştir. CMK istinaf isteminin hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye yapılacağını düzenlemektedir. (CMK m. 273) Aynı şekilde temyiz süresi de hükmün açıklanmasından itibaren yedi gündür. (CMK m.291) Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat bakımından açılan davalarda ceza ve usul hukuku kurallarının uygulanacağı Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında belirtilmiştir⁸². Bu ifa-

80 446 sayılı Kanunda tazminat istemine ilişkin kararların duruşmasız olarak alınması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Göç v. Türkiye Davası, Başvuru no: 27602/95. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, Polis Akademisi, C.I, Sayı 3, 2002, s. 19vd. Kanımızca, AİHM'nin bu ifadesi üzerine, Türkiye'nin bu noktada AİHM'de yargılanmaması için CMK'da duruşmalı olarak görülmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

81 CMK'nda istinaf kanun yolu düzenlenmiş olmasına rağmen henüz yürürlüğe girmemiştir. 7.10.2004 tarih ve 25606 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşunu ertelemiştir. Erteleme hükmü gereğince tazminat talep edilen ağır ceza mahkemesinin kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilecektir.

82 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.02.1981 tarih ve 443/33 sayılı kararında belirtildiği gibi "466 sayılı Yasa uyarınca açılan davanın Ceza ve Hukuk davalarındaki usul kurallarını içeren özel bir dava olduğunun kabulü ve yasadaki boşlukların Ceza ve Hukuk Usulü Yasalarındaki hükümlere göre doldurulması gerekir." Dava konusu tazminat olmakla düşüncemize göre temyiz ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir. HUMK'nun 427. maddesinde yapılan değişiklik 21.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tazminat davası ile ilgili kararın 25.01.2005 tarihinde verilmiş olması nedeniyle temyiz sınırının belirlenmesinde HUMK'nun 427. maddesinin 5219 sayılı Yasa ile değişik halinin dikkate alınması gerekir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006/9-29 E. 2006/22 K. 14.2.2006 tarihli karar metni için bakınız: (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 8 Aralık 2007.

de, temyiz edilecek tazminat miktarları bakımından önem arz etmektedir. Keza, HUMK 428. maddesine göre miktar veya değeri beş milyarlırayı geçmeyen davalar temyiz edilemeyen kararlardır.

5. Dilekçede Bulunması Gereken Unsurlar

Tazminat isteminde bulunan kişi, dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir. Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur. Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. (CMK m. 142) Tazminatın devletten istenmesi, devleti davalı konumuna sokmaktadır⁸³. İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

6. Tazminatın Geri Alınması ve Devletin Rücu Hakkı

a. Tazminatın Geri Alınması

Devlet, ilgili kişiye ödemiş olduğu tazminatı bazı durumlarda geri alabilme hakkına sahiptir. CMK'da hangi şartlarda ödenen tazminatın geri alınabileceği tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Buna göre;

“Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkum edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkum edilenlere ödemiş tazminatların mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet Savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemedен alınacak kararlar kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu ka-

⁸³ Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 310.

rara itiraz edilebilir.” (CMK m.143) Kovuşturmaya yer olmaması kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından CMK 172. maddedeki koşulların mevcut olmaması durumunda verilir. “Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.” (CMK m.172) Bu karara karşı suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir. (CMK m.173/1) İtirazın kabul edilmesi durumunda cumhuriyet savcısı dava açılması için iddianame düzenler mahkemeye verir. (CMK m.173/4) Bu muhakeme sonucunda tazminat alan kişinin mahkum olması durumunda ödenmiş olan tazminat geri alınacaktır.

Yargılamanın aleyhe yenilenmesi nedeni ile hakkında verilen beraat kararı nedeniyle tazminat alan kişi hakkında ancak beraat kararının kaldırılarak yerine mahkumiyet kararı verilmesi durumunda, devlet ilgili kişiye vermiş olduğu tazminatı geri alabilecektir. CMK’da hükümlü aleyhine yargılama nedenlerini saymıştır. (CMK m.314) Buna göre, duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahte olması, hükme katılmış olan hakimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusurlu davranmışsa ya da sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa sanık hakkında yargılama yenilenir. Hakkındaki yargılamanın yenilenmesi sonucunda mahkum olmuş kişiden de ödenen tazminat miktarı geri alınır.

b. Devletin Rücu Hakkı

Koruma tedbirlerinin bazı durumlarda resmi görevlilerin hatalı uygulamaları sonucu haksız hale geldiği ya da özellikle yargı yetkisini kullanan kişiler bakımından hukuka uygun olmayan kararların verildiği görülmektedir. Bu durumda devletin, Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen şartlar dışında yakalanan ya da tutuklanan kişilerin uğradıkları zararın devlet tarafından tazminat hukuku genel prensiplerine göre ödenmesinden ötürü meydana gelen zararı, görevini kötüye kullanan resmi

görevlilere rücu etmek suretiyle tazmin ettirmesi mümkündür⁸⁴. Bu noktada özellikle yargı görevini gören hakimlerin kanunlarda yer alan sorumluluklarına aykırı hareket etmeleri bakımından devletin rücu hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu 573. maddesinde hakimlerin vermiş oldukları yargısal kararlardan dolayı hangi hallerde sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir⁸⁵. HUMK'da düzenlenen ve hakimlerin yargısal işlemlerinden dolayı sorumlu oldukları haller kast ve ağır ihmal unsurlarının varlığı halinde sözkonusu olacaktır⁸⁶. Şu halde, hakimlerin, vermiş oldukları kararlarında, HUMK'da yer alan şartları ihlal etmişler ise bundan dolayı sorumlu olmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Devletin rücu hakkını kullanabilmesi için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi nedeni ile tazminat hakkının doğmasına neden olması gerekmektedir⁸⁷. Bu durumda ayrıca kanunda yer

⁸⁴ Haksız tutuklanan kişinin zararının devlet tarafından ödenmesinin yanısıra polisi de haksız tutuklamadan caydırmak amacıyla zararı tazmine zorlanabilmesi Anglo- Amerikan Hukukunda uygulanan bir yöntem olmakla birlikte polisin davranışlarının olumlu yönde etkilenmesi amacıyla zararın polis tarafından giderilmesi de öne sürülen bir görüştür. Füsün Sokullu- Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, 1990, s. 183.

⁸⁵ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu 573. maddesinde hakimler hakkında hangi hallerde tazminat davası açılabilirliği belirtilmiştir. Buna göre;
*“İki taraftan birini tesabüp ve iltizam veya garez ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete mugayir bir hüküm ve karar verilmiş olması,
 -Kabîl tevîl ve izab olmayacak surette vazıh ve sarabati katiyei kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması,
 -Muhakeme zabıtnamesinde mevcut olmayan sebebe binayi hükmedilmiş olması,
 -Muhakeme zabıtnameleriyle kararların tağyir ve tabrif edilmiş ve söylenmiyen bir sözün hüküm ve karara müessir olacak surette söylenmiş gibi gösterilmiş olması,
 -İta veya temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm verilmiş olması,
 -İbkakı baktan istinkaf olunması,
 -(Ek bent: 14/12/1929 - 1539/1 md.) Memuriyet vazifesini yapmakta ibmal ve terabi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması.”* durumlarında hakimnin sorumluluğuna gidilebilecektir.

⁸⁶ Turan Yıldırım/ Serap Helvacı, “Yargı Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluk”, Nuri Celik'e Armağan, C I, İstanbul, 2001, s. 466.

⁸⁷ 26.03.2002 tarih ve 4748 sayılı uyum yasası ile 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine eklenen “işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi”ne ilişkin düzenleme ile devletin sorumlu personele rücu edeceği bir kez daha kabul edilmiştir. Serap Kesin “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, s.61.

alan şartların varolması halinde TCK'da yer alan görevi kötüye kullanma suçu da oluşabilecektir. Buna göre; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”(TCK m. 257/1)⁸⁸

İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin devletten tazminat talep etmesi durumunda devlet, iftira eden ya da yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder⁸⁹. 1982 Anayasası'nın 2001 yılı değişiklikleri ile 40. maddesine dahil olan “kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” 1982 Anayasası'nın 129. maddesi de memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmesi mümkündür.

7. Tazminat İsteyemeyecek Kişiler

CMK, kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden,

- Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenlerin⁹⁰,

⁸⁸ 5353 sayılı kanun değişikliğinden önce görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi bakımından da devletin rücu hakkının bulunduğu ancak bunun 5353 sayılı kanun ile kaldırıldığı görülmektedir. Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.312.

⁸⁹ Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s.640.

⁹⁰ 2006/1-4 E. 2006/7 K. 31.1.2006 Tarihli Ceza Genel Kurulu kararı. “...Tutuklu kalınan sürenin mahkumiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkumiyete ait olması gerekmez. Sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. Burada önemli olan husus, sanığın yeniden bir suç işlemesine engel olma düşüncesiyle, mahsuba konu mahkumiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir.

Yargıtay'ın 06.03.1940 tarihli, 5/68 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı gibi, kesinleşen mahkumiyet kararından sonra işlenen suç nedeniyle tutuklulukta geçen sürelerin mahsubuna karar verilemez.Mahsuba karar verilmesi için, tutuklu kalınan suçtan dolayı verilen kararın kesinleşme tarihinden önce başka bir suç veya suçların işlenmiş olması, tutuklamaya neden olan

- Tazminat hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenlerin⁹¹,
- Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenlerin⁹²,
- Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenlerin,
- Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanların⁹³ CMK 141 vd. maddelerine dayanarak tazminat isteyebilmesi mümkün değildir.

suçta tutuklu kalınan sürenin ikinci suç nedeniyle verilen cezadan fazla olması veya ikinci suçun beraatle sonuçlanması gerekir. Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkumiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesi olup bunun da temel nedeni, sanığın daha önceden tutuklu kaldığı süreye güvenerek, yeniden bir suç işlemesine engel olmak düşüncesidir.....hükümlünün, işlediği ikinci suça ait tutukluluğun öncelikle bu mahkumiyetinden mahsup edileceği, kalan süre bulunduğu takdirde, bu sürenin ancak ilk suç nedeniyle verilen cezadan mahsubunun mümkün olacağı, bu sürenin de koşullu salıverilme ile infaz işleminin sona ermemesi nedeniyle, hükümlünün ikinci suçtan verilen ceza süresinden fazla olan 16 gün olduğu, ceza süresinden fazla olan 16 günlük tutukluluğun hükümlünün, daha önce kesinleşmiş olan mahkumiyetinden, bir başka ifadeyle, koşullu salıverilmesinin geri alınması nedeniyle infazına karar verilen bakiye cezasından mahsup edileceği sonucuna varılmalıdır....”

- 91** Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümleri bakımından lehte kanun uygulamasının mevcut olmadığı görülmektedir. Sonradan yürürlüğe giren kanun gereğince, tazminat hakkı kaandıran koruma tedbirlerinin de bu kapsama dahil edilmesi bu düzenleme gereğince uygun görülmemiştir. Madde metninde sayılan genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle ya kovuşturmaya yer olmadığına, davanın düşmesine karar verilmiş ya da kamu davası ertelenmiş veya durdurulmuştur. Bu halde, ortada devletin ödemesi gereken bir tazminat koşulu bulunmamaktadır.
- 92** Bu durumlarda zaten kişi hakkında hukuka aykırı koruma tedbirine hükmedilmemiş ya da uygulanmamıştır.
- 93** Adli makamlar önünde gerçeğe aykırı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirmek aynı zamanda TCK'da yer alan Suç Üstlenme suçunu da oluşturur. TCK 270: “*Yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimseye iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi hâlinde; verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.*”

B. 5271 Sayılı CMK'da Düzenlenen Yeni Koruma Tedbirleri'ne İlişkin Tazminat Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

5271 sayılı CMK'da, artan suçluluk oranı ve çeşitliliğinin etkisi ile klasik koruma tedbirlerinin yanısıra yeni koruma tedbirlerinin yer aldığı görülmektedir. Yeni koruma tedbirlerinin de amacı klasik koruma tedbirlerinde olduğu gibi kişilerin anayasal düzeyde korunan haklarının kamu düzeni ve yararı lehine hakim kararı ya da yetkili mercinin yazılı emri ile kısıtlanmasıdır. Bu bağlamda CMK, adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi, beden muayenesi, fizik kimliğinin tespiti, yer gösterme, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine yer vermektedir.

Adli Kontrol koruma tedbiri, özellikle doğrudan tutuklama koruma tedbirine alternatif olmamakla birlikte, tutuklama sebeplerinin varlığı halinde üst sınırı üç yıl veya daha az hapsi gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturma kapsamında tutuklama kararı yerine başvurulabilecek bir koruma tedbidir. (CMK m. 109/1) Adli kontrol koruma tedbiri, kanunda tutuklama yasağı getirilen durumlarda da uygulanması gereken bir yoldur. Bunun yanısıra özellikle yurtdışına çıkmamak ve güvence miktarı ödemek şartları bakımından diğer şartlarda aranan üç yıllık sınır dikkate alınmamaktadır. (CMK m. 109/2) Adli kontrol, tutuklama koruma tedbiri gibi kişilerin özgürlüklerini kısıtlamamaktadır. CMK'da düzenlenen haksız ya da hukuka aykırı tutuklama nedeniyle tazminat hükümleri de adli kontrol koruma tedbirinde söz konusu olmamaktadır. Bu bakımdan, uygulamada, tutuklama koruma tedbirinin şartlarının oluşması durumunda tutuklama koruma tedbidirinden önce başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Ancak, koşulları doğmaması ya da yetkili mercii kararı olmamasına rağmen adli kontrol koruma tedbirine başvurulması da kanımızca hakkında adli kontrol kararı verilen kişi açısından tazminat hakkı vermelidir.

Yeni koruma tedbirlerinden bir diğeri de **telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi**dir. (CMK m.135 vd.) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphenin bulunması ve başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması halinde hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın telekomu-

nikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, kayda alınabilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakim onayına sunar ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (CMK m. 135/1) Aynı şekilde tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler arasında yapılan iletişim de kayda alınmaz. (CMK m. 135/2) İletişimin dinlenmesi koruma tedbiri de sürelidir. İletişimin tespiti en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.(CMK m. 135/4) Bununla birlikte, ancak CMK'da yer alan katalog suçlar hakkında bu koruma tedbirine başvurulabilir. (CMK m.135/6)

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenen kişi, hakkında bu tedbirin uygulandığını bilmemekte, tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilecektir. Hakkında tedbire hükmedilen kişi ancak bu aşamadan sonra iletişimin dinlendiğini öğrenebilecektir. İlgili kişinin, soruşturmanın gizliliği ve güvenliği bakımından bu aşamada hakkındaki tedbiri öğrenmesi doğaldır. Tutuklama ve yakalama koruma tedbirlerinde olduğu gibi, ilgili kişi hakkında beraat kararı verilmesi veya haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda kanımızca uygulanan bu tedbir hakkında da tazminat hakkı olmalıdır. Keza şüpheli ya da sanığın haberleşme ve özel hayatının gizliliği ihlal edilmiştir.

Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile başvurulabilecek bir diğer koruma tedbiri de gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir. (CMK m.139) Bunun yanı sıra, CMK 140. maddede yer alan katalog suçların işlenmesi konusunda kuvvetli şüphelerin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilecek, ses veya görüntü kayıtları alınabilecektir. (CMK m. 140) İletişimin tespiti koruma tedbirinde olduğu gibi, yukarıda ifade edilen koru-

ma tedbirleri bakımından da şartları oluşmaması ve ya hukuka aykırı olarak alınması halinde kanımızca ilgili kişinin tazminat istemeye hakkı olmalıdır.

5271 sayılı CMK'da yeni koruma tedbirlerine beden muayenesi de girmiştir⁹⁴. Kanun, şüpheli veya sanığın beden muayenesini üçe ayırmaktadır. Buna göre; şüpheli veya sanığın muayenesi, iç beden muayenesi, dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını kapsamaktadır. Özellikle dış beden muayenesinin arama ile karıştırıldığı görülmektedir. Dış beden muayenesi, kişinin vücut boşluklarına bakılmasıdır. Arama ise kişinin sadece üst araması olan elbisesi, çantası, cepleri gibi yerlerin aranmasıdır⁹⁵. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirine başvurulmasında orantılılık ilkesinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Kanun maddesinde de “....müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.” Denilmekte ve müdahalenin orantılı olması gerekliliğine işaret edilmektedir. Ayrıca, başka yolla delil elde etme olanağının bulunmaması durumunda bu tedbire başvurulması da tedbirin ikincil bir nitelik taşıması anlamına gelmektedir⁹⁶. Üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından kişinin iç beden muayenesinin yapılamayacağı, kan veya benzeri biyolojik

94 CMK m.75: *Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumburiyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumburiyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumburiyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.*

İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz.

Bu Madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır

95 Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 617.

96 Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 483.

örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alanamayacağı da bu koruma tedbirine başvurulmasında bir diğer sınırlandırma yoludur⁹⁷. Bu sınırlamalara ve kanun maddesinde belirtilen şartlara aykırı olan koruma tedbirleri nedeniyle elde edilecek delillerin hukuka aykırı olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, hakkında bu tedbirlere hukuka veya ölçülülük ilkesine aykırı yollarla başvuru ilgili kişinin de uğramış olduğu manevi zararlardan dolayı tazminat isteme hakkının bulunması gerekmektedir. Aynı şekilde, özellikle sanık, şüpheli veya mağdurdan vücudun muayenesi sonucu elde edilen bu materyallerin moleküler genetik incelemeye tabi tutulması ve kişisel veri elde edilmesi konusunda da tazminat hükümlerinin geçerli olması gerekmektedir. Özellikle, elde edilen verilerin daha sonra kullanılmak üzere incelenebilmesi, saklanabilmesi⁹⁸ ve diğer muhakemelerde de suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında yeniden bir karar alınmasına gerek kalmaksızın kullanılabilmesi şüphesi bu koruma tedbirinin geçicilik özelliğinin daha sıkı denetlenmesi ve ilgili kişilerin haklarının ihlal edilmesi durumunda ilgili kişinin zararının tazminini gerektirmektedir.

⁹⁷ Diğer kişilerin özellikle suç mağdurunun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulabilmektedir. CMK 76. maddesinde; *Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumburiyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumburiyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumburiyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.*

Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

Bu Madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

⁹⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.490.

SONUÇ

Birey açısından her türlü özgürlüğünün korunması en önemli haklarından biridir. Bu bağlamda, bireyin özgürlüğünden mahrum olması sadece fiziki özgürlükten mahrum olması anlamına gelmemektedir. Aile hayatı, özel hayatı, sosyal güvenlik hakkı, dernek kurma hakkı, ifade özgürlüğü, serbest dolaşım hakkı gibi bir çok hak bir tanesinin kısıtlanması halinde bile doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenebilecektir⁹⁹. Bu nedenle özgürlük hakkının sınırlandırılması da sıkı kurallara tabi olmalıdır. Bu bağlamda gerek Türk Hukukunda gerekse uluslararası sözleşmelerde bireyin özgürlük hakkı koruma altına alınmıştır. Ancak özellikle bir suç soruşturması ve kovuşturması aşamalarında maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacı ile suç şüphesi altında olan kişiler bakımından bu hak kanunlar tarafından sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamaların hangi şartlarda ve nasıl gerçekleştirileceği, özgürlük hakkının öneminden ötürü kanunlarla ve sözleşmelerle açık bir biçimde düzenlenmiştir. Daha önceden değinildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da özgürlük hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandırılması halinde, bu hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişinin devletlerden kendi iç hukuklarına göre tazminat isteme haklarının olduğu açık bir ifade ile yer bulmaktadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sadece hukuka aykırı olarak alınan yakalama ve tutuklama kararları nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan mağdurun tazminat isteminde bulunabileceğini düzenlemesine rağmen Ceza Muhakemesi Kanunu hukuka aykırı olarak verilen arama ve el koyma kararlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi ve tazminata hükmedilmesine izin verdiği görülmektedir. Haklarındaki arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen ve mal varlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde el konulan, el konulmuş malvarlığının korunması için gereken tedbirleri almayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerlerinin amacı dışında kullanılması ya da zamanında geri verilmemesi halinde bireylerin tazminat isteme hakları vardır. Kanımızca, CMK'da tazminat istenebilecek koruma tedbirlerinde genişlemeye gidilmesi

⁹⁹ Monica Macovei, Kişinin Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 91, 2001, s. 6.

olumlu bir adım olmuşsa da bunun bütün koruma tedbirlerine yayılması yerinde olmamıştır. Koruma tedbirlerinin bu denli önemli olmasının nedeni temel hak ve özgürlüklere getirdiği ciddi müdahalelerdir. Keza, bu nedenle kanımızca hukuka aykırı olarak verilen koruma tedbiri sonucunda uğranan maddi ve manevi zararın tazmini nedeniyle düzenlenen tazminat hükümlerinin amacı ile bu tazminatın bütün koruma tedbirleri bakımından uygulanmaması birbirine ters düşmektedir. Bireyin özgürlüğü sadece tutuklanması, yakalanması, hakkında arama kararı verilmesi ya da malvarlığına el konulması ile ihlal edilmemekte, haberleşme ve özel hayatının gizliliğini ihlal ile de kısıtlanmaktadır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile koruma altına alınmışsa da açık bir biçimde madde metninde hukuka aykırı yollarla yapılan müdahaleler bakımından tazminat hakkının doğduğu ifade edilmemektedir. Ancak, bu hakkının sözleşmede belirtilen şartlar dışında ihlal edildiğini iddia eden birey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmektedir.

CMK'nun 466 Sayılı Tazminat Kanunu'ndan farklı olarak getirdiği yeniliklerin başında koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin arama ve el koyma tedbirleri bakımından da geçerli olmasıdır. Kanımızca, hukuka aykırı olan ve şartları gerçekleşmemesine rağmen başvuru koruma tedbirleri nedeniyle tutuklama, yakalama, adli kontrol diye ayrılmaksızın ilgili kişiye devletten tazminat isteme hakkı verilmelidir. Tazminat verilmesinde amacı kişilerin özgürlüğünün haksız yere kısıtlanması şeklinde tanımlayacak olursak, tekrar tekrar günümüzde özgürlüğün sadece bireyi bir yere kapatmak anlamına gelmediği eleştirisinde bulunabiliriz. 5237 sayılı CMK'nın tazminatın kapsamına el koyma ve arama koruma tedbirlerini dahil etmesi bu anlayışın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının etkisiyle de değişmeye başladığına işaret etmektedir. Meydana gelebilecek bundan sonraki kanun değişikliklerinde, doktrinde yer alan eleştiriler ışığında diğer koruma tedbirleri bakımından ilgili kişiye tazminat hakkının verilmesi temennisindeyiz.

Batı Avrupa'da Çocuk Suçları ve Göç Cezai Sorumluluk Karşısında Sosyal Sorumluluk

José Luis de la Cuesta* / César San Juan**
Çeviren Stj. Av. Osman Berk Alpaslan***

ÖZET

Son yıllarda, Kuzey Afrika, Sahraaltı Afrika, Güney Amerika, Asya ve son olarak da Doğu Avrupalı gençlerin buralardan göç etme eğiliminde oldukları görülmektedir. Avrupa iş piyasasının neden olduğu sosyo-ekonomik sorunlarla birlikte, genç göçmenler yüksek risk teşkil eden sosyal gruplara dönüşmeye başlamıştır. Daha önceden göç eden ailelerin çocuklarının veya tek başına göç edenlerin, göç ettikleri ülkede suç işledikleri dikkat çekmektedir. Bu durumu açıklayabilmek için, birçok unsurun bir araya gelerek oluşturduğu nedenleri ayrıntılı biçimde değerlendirmek gerekir.

Sosyal anlamda dışlanmanın nedenlerini açıklayabilmek için her şeyden önce, gençlerin, Avrupalı genç nüfusun çoğunluğunda da olduğu gibi, iş piyasasındaki şartlara, genç olmanın doğasından kaynaklanan nedenlerle uyum sağlamakta zorlandıklarını belirtmek gerekir. Göçmenler, ayrıca kendilerini dışlayan sosyal çevrede bulduklarından, kültür çatışmaları yaşamaktadırlar. Bu sorunlara uygun çözümler, politikalar üretmek ve doğru bir sonuca ulaşmak için, sosyal psikoloji ve suç boyutunda yapılan tespitler üzerinde durulacaktır.

GÖÇMENİN SOSYAL TEMSİLİ

Herhangi bir değerlendirmeye başlamadan önce belirtmek gerekir ki; “göç”ten bahsettiğimizde aslında sosyal bir sınıfa işaret etmekteyiz. Kendimizi, göçün sadece sosyal olarak temsil ettikleriyle sınırlı tuttuğumuzda göreceğiz ki, göçmen sınıfına dâhil olma veya olmama, idarî nitelik-

* Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Başkanı. Bask Bölgesi Kriminoloji Enstitüsü Yöneticisi (Bask Bölgesi Üniversitesi)

** Emekli Fahi Sosyal Psikoloji Profesörü. Bask Bölgesi Kriminoloji Enstitüsü (Bask Bölgesi Üniversitesi). Araştırma Müdür Yardımcısı

*** İstanbul Barosu'nda Stajyer Avukat

teki “göç” kavramından ziyade, sosyo-ekonomik doğa, tutumlar, duygular veya ön yargılar tarafından belirlenmektedir. Göçmenlerin çocukları *ikinci kuşak* göçmen olarak kabul edilmekte, aynı şekilde Avrupa’da doğup başka ülkelere taşınan bireyler de göçmen olarak “sınıflandırma” ya tâbi tutulabilmektedir. Diğer taraftan bu göçmenler, aynı şekilde yurtdışından gelen ancak bu sınıfa dâhil edilmeyen, daha doğrusu bu sınıfa sokulmaya zorlanmamış, sosyal olarak tanınma eğiliminde olan ve daha duygusal, tarafsız bir tanımlamayla, “yabancı” bireylerle yaşamaktadırlar.

Bu bilgiler ışığında, sosyal dışlanmanın anlam olarak “göçmen” kavramının mutlak bir unsuru olduğunu söyleyebiliriz.

SOSYAL DIŞLANMA KAVRAMI

Belli durumlarda *dışlanma* kavramını, *savunmasız* olarak değiştirme eğilimi bulunmaktadır. Hâlbuki bir grubun dışlanmış olması ile savunmasız olması arasında önemli fark vardır. Şüphesiz, dışlanmış bir grubun niteliğini, kültürel veya sosyal alanda gruba, ileriye yönelik, tepkisel veya ihmal şeklinde yapılan sınırlamalarla ilgili çalışmalarını sorgulayarak anlamak daha uygun olacaktır.

“Biz” (*iç grup*) ve “onlar” (*dış grup*) kavramlarını kabul etmeyen karşı düşünceye göre, savunmasızlık, gruplardan birinin, diğerinin özünde bulunan zayıflığı mutlak olarak gözardı etmesiyle olur. Böylece, savunmasızlık sadece, “biz” grubunun tespit edip en uygun şekilde müdahale edebileceği, “diğerleri” grubuna özgü bir unsur olacaktır. Özetle, *dış grubun* dışlanmasından sorumlu tutulabiliriz ancak savunmasız doğasından sorumlu tutulmamız mümkün değildir.

Bu görüşte olan kişilerin, Avrupa Birliği’nin mevcut belgeleri ve anlaşmalarının “*yoksulluk*” yerine “*sosyal dışlanma*” anlayışını benimsediğini hatırlaması gerekir. Böylece her iki kavramı birlikte ele aldığımızda, en çok tartışılan kavram dışlanma olmuştur. Öyle ki, bazı hallerde yoksulluk olarak da tartışılmıştır.(Renes, 2002) Bu durum 3. Yoksulluk Programı’nın en dikkat çeken sonucu olarak özetlenmiştir:

“*Sosyal dışlanmayı, tüm sosyal haklardan önce gelen bir kavram olarak tanımlamaktayız. İstihdam, iskân, sağlık gibi sosyal hakları olan*

yurttaşların bazılarının ulusal bir politikadan kaynaklı olarak bu haklardan daha verimli olarak faydalandığını ve bu hakların çeşitli engeller ve yönetmeliklerle belli kişilere tanınmadığını kabul etmek gerekir. Bu ilk aşamadır. İkinci aşama, yurttaşların ne zaman sosyal haklardan faydalanamadığını, genel ve ısrarcı bir süreç ile sahip oldukları sosyal haklardan, sosyal ve profesyonel katılımlarından ne zaman mahrum bırakıldıklarını belirleyen unsurların araştırılmasıdır.” (Avrupa Komisyonu’nun 3. Yoksulluk Programı üzerine verdiği Nihâî Raporu istinaden Avrupa Parlamentosu tarafından düzenlenen Rapor).

Bu bağlamda, sosyal dışlanma söz konusu olduğunda sosyal sıralamanın en üst tabakasıyla en alt tabakasındaki eşitsizliğin yanı sıra, sosyal haklardan dinamik olarak faydalanan ve sosyal hakların kullanılmasından mahrum bırakılan iki ayrı sosyal yapıdan söz etmek gerekir. Avrupa Birliği “sosyal dışlanma” kavramını “sosyal katılımdaki engellerin toplumu” olarak tanımlanmış ve işlevsel bir bakış açısıyla aşağıdaki göstergelerle değerlendirmiştir:

- i) İstihdam edilmede yaşanan büyük zorluklar.
- ii) Malî sıkıntılar.
- iii) Eğitimde yaşanan sınırlı imkânlar.
- iv) Yeterli mülkiyet hakkı verilmemesi.
- v) Sağlık alanında ciddi eksiklikler.
- vi) Sosyal ve aile hayatında büyük zorluklar yaşanması.

DIŞLANMA ÖLÇÜTLERİ

Dışlanma kavramı hakkında yaptığımız saptamalardan yola çıktığımızda, dışlanma açısından belli bir alanda sınırlama yaparsak, Batı Avrupa’da dışlanma senaryolarının ilk olarak ve en çok işgücü alanında yaşandığı görülmektedir. İş sahibi olma olasılığı, işte tutunmak ve ekonomik (maaş), sosyal (itibar, rol, tanınma...) ve psikolojik (haysiyet, kişilerin eşit olduğu gruba aidiyet...) faktörler kişilere topluma uyum sağlama-ları açısından yarar sağlar. Bu bağlamda, emekliler, erken emekliler, mallular, uzun süreli işsizler, ilk işi için arayışta olan gençler, nitelsiz işçiler, kadınlar, göçmenler sosyal dışlanmanın yaygın olduğu gruplardır.

Gençler, kadınlar ve göçmenler, yaygın bir terminoloji kullandığımızda, *yüksek risk* grubuna giren kişiler olarak değerlendirilebilir. Örneğin son yıllarda seks işçilerinin büyük kısmının göçmen olması, kadın göçmen nüfusunun, resmî kaynaklar ve medya açısından *yeniden tanımlanmasına* neden olmuştur. Sıkı bir göç politikası, fuhuşun bir iş sınıfına girmiyor olması ve bu kadınlarına yakıştırılan sosyal niteleme, onların insan ticareti yapan gruplar ve müşteriler tarafından istismar edilmesine, toplum ve hukuk önünde savunmasız kalmalarına sebep olmaktadır. Cinsel bağımsızlıklarının kısıtlanması ve ekonomik açıdan bağımsız olmaları bu kadınların yasal olmayan statülerinin sürmesinde rol oynayan belirleyici faktörlerdir.

Geçen şubat ayında EL PAÍS gazetesinde yayınlanan haber bu eğilime örnek olarak gösterilebilir. Haberde, gazeteci yazar Empar Moliner'in iki hafta boyunca Barselona sokaklarında müslüman kadın göçmen kılığında gezerek yaşadığı deneyimler anlatılmıştır. Haber baştan sona rahatsız edicidir. Ancak bu konuyu işçi ve cinsel istismar ile ilgili başka bir çalışmada ele alacağız.

Diğer taraftan, tek başlarına göç eden küçüklerin yaşadığı büyük güçlükler de dikkat çekicidir. Bunlar çoğunlukla, Avrupa'ya ilk geldiklerinde herhangi bir koruma ve eğitim kurumu düşüncesinden bile uzak dururlar; Çünkü evlerini bunun için terk etmemişlerdir. Gelenlerin pek azı evlerine geri dönmek ister. Bu küçüklerin birçoğu, kendilerini suçta sürükleyen *mafya* gruplarının koruması altındadır.

Kısaca, kabul edilme/dışlama ölçütleri üstü kapalı olarak, insan doğasının önlenemez sosyal sonuçlarını doğurur: kişinin yok olması, istikrarsızlığı, kargaşa ve Avrupa toplum yapısıyla karşı karşıya kalınan anlaşmazlıklar...

Dışlanma ölçütlerini tetikleyen, ortaya çıkmasını ve varlığını sürdürmesini sağlayan kendine özgü, ekonomik durum gibi yapısal faktörlerdir ve durum hiç de iyi değildir. Alman Yeşiller Partisi, sosyal ödemelerin azaltılması şeklinde, önlem alınması için tam destek verdi. Görüldüğü üzere, bu durumda en büyük kaybı, toplumun sosyal dışlanmaya maruz kalan bölümü yaşayacaktır. Alman Yeşiller Partisi, bu yaklaşımını, "*sistem* kendi kurallarını dayatır" şeklindeki savunmaya dayandırmaktadır. Sosyal politikadaki bu gerileyiş, ekonomik ve sosyal birleş-

me için oluşturulan para kaynakları reformu anlamına gelen, 1987'de Avrupa Tek Senedi'nden başlayan bir akım yarattı. Bunun ardından, Sosyal Haklara İlişkin Topluluk Şartı (Strazburg, 1989), oybirliği ile kabul edilen ve özellikle en zayıf gruplara dikkat çeken 1992 Avrupa Birliği Antlaşması, Avrupa Sosyal Modeli'nin standartlarını belirleyen Yeşil Kitap Yayınları (1993), Amsterdam Antlaşmasıyla (1997) beraber Avrupa Sosyal Politikasının sosyal perspektifinin genişlemesini sağlayan Beyaz Kitap (1994) gibi belirleyici gelişmeler de olmuştur.

Refah devletinin zayıflaması, *göçmenin artan göze batma* süreciyle birlikte, tüm gençler bir kenara, rahatsızlık ve panik havası yaratacaktır. Göçmenin Sosyal Olarak Temsil Ettikleri bölümünde bahsettiğimiz bilgilere daha yakın, olası senaryoların yaratılması, diğer kültür gruplarının idari veya yasal sınıflandırmada fişlenmesi ve damgalanması anlamına gelecektir. Bu açıdan, birleştirme politikasının ideal amacı göçmenlerin "*dikkat çekmemesi*"dir.

GENÇLİK KAVRAMI: SOSYOLOJİK VE HUKUKÎ PERSPEKTİF

Gençlik, yetişkinliğe doğru hayatî bir dönemdir. Katı sınırları olması gereken, olgunluk ve evrimsel gelişimin son aşamasıdır. Bireysel farklılıklar, çeşitli oldukları kadar aynı zamanda önemlidir. Her kişinin olgunlaşmasını belirleyen kişisel biyolojik zaman cetveli vardır. Buna göre, bireysel farklılıklar ve cinsel gelişimler (kızların gelişimi önce başlar) veya küçüklerin çeşitli toplumlara göre önceden veya daha sonra yetişkin rollerine girmeleri kültür farkını oluşturur. Gencin kişiliğinin tanınması bir yana, gençlikten anlaşılan genel şartların tanımlanması ve sınırlanmasının geniş bir çerçeveye oturtulması gerekir.

Gençlik, dar anlamda, sosyolojik çalışmalara 15 ve 24 yaş arası veya en fazla 15 ve 29 yaş arası yansımaktadır. Çeşitli yazarlar tarafından, ergenlik ve gençlik dönemleri kavramları hakkında düşünceler ortaya konulmuştur. Elzo'ya göre (2000:143), geniş bir açıdan bakıldığında gençlik iki aşama içerir ve Elzo bunu uzatmalı gençlik olarak tanımlar. Belirtmek gerekir ki, sosyolojik çalışmalar, ergenlik ve gençlik çağlarında yaşanan psikolojik gelişim dönemlerini *gençlik* aşamasına sokmuştur. Sosyolojik kıstasla gençliği bir yaşa sabitlemeden ziyade, gençliğin yetişkinliğe ulaşmada hayatî bir anlama sahip olması daha önemlidir. Gençlik-

ten yetişkinliğe geçişin, *kişinin iş piyasasına girerken* ve gencin ailesinin evinden bağımsız hale gelmesine imkân veren *kendi ailesinin çekirdeğini oluşturması* sırasında yaşandığı vurgulanmaktadır.

Ancak yine de, sistemlerin bir ülkeden başka bir ülkeye farklılık göstermesi gibi, sosyolojik kategoriler de hukukî kategorilere göre farklılık gösterir. Küçük ve/veya genç kategorileri daha çok *isnad kabiliyetinin* olmasına bağlıdır. Bu kavram özünde, iyiyi ve kötüyü tam anlamıyla ayıramayacak ve kabahatli olduğunu hissedemeyecek, yaptıkları hareketlerin neticelerini veya uzun vadede ortaya çıkabilecek neticeleri öngöremeyecek çocuk veya ergenler gibi belirli insanların ceza sorumluluklarından muaf tutulmaları veya sorumluluklarının hafifletilmesi açısından hümanist bir kavramdır. (Rutter, Giller, Hagell 2000 : 54)

Tarihsel ve karşılaştırmalı bakış açısıyla, çocuk suçlular için farklı modeller kabul edilmiştir. “İyi hal modeli”, 20. Yüzyılın büyük bölümünde yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Derinlemesine ıslah etmeye yönelik bu modele göre (İspanya’da *koruyucu model* olarak geçmektedir), küçükler (16 yaş altı) işledikleri suçlardan sorumlu tutulabilmeleri için yeterince olgun görülmemektedir. Bu yüzden, diğer terk edilmiş veya yozlaşmaya boyun eğmiş çocuklar gibi, cezalandırmaya değil ancak korunmaya ve tedavi edilmeye ihtiyaçları vardır. Sosyal müdahalenin amacı rehabilitasyonun başarıya ulaşması için eğitim sağlanmaktadır. Gençler (18 yaş altı) zaten sorumlu tutulmuş olabilirler ancak hafifletilmiş ceza alırlar. Onsekiz yaşından sonra yetişkinler gibi muamele görürler ancak genç yetişkinler (21 yaş altı, en fazla 25 yaşına kadar) cezaevinde özel bir tedavi görürler.

“İyi hal modeli” 1970’lerde yaşanan kriz döneminde ortaya çıkmış ve günümüzde daha yaygın olarak kullanılan “adalet modeli”ne yerini bırakmıştır. Yeni “adalet modeli”, 18 yaş altı küçüklerin iyiyi ve kötüyü ayırt etmede yeterli olabileceklerini, o halde, bir suç işlemeleri durumunda ceza hukuku açısından sorumlu olmaları gerektiğini belirtir.

Çok genel olarak diyebiliriz ki, belli yaştaki küçükler cezalandırılmaz şeklinde, en başta *yaş açısından isnad kabiliyetinin olmayışı* kuralı yerleşmiştir. Daha sonra orta aşamada (küçükler/ çocuk suçluları, küçükler/çocuk adaleti) önlem alınmasına (ceza olarak değil) öncülük

eden isnad kabiliyeti kuralının islah eden ve/veya tedavi eden niteliğinin kabul edilmesi gerekir. Çoğu ülkede, yasal yaşı geçmiş ancak hâlâ genç sayılan kişilerin cezasının hafifletilmesi için genç-yetişkinler kategorisi tanınmaktadır.

Farklı tedavi türlerinin karakterize ettiği, hukukî ölçütün farklı kıldığı üç veya dört kronolojik aşama:

- *İsnad kabiliyeti olmayan dönem: Küçük* iyi ile kötüyü net bir şekilde ayırt edemez, bu yüzden cezalandırılmamalıdır. Ancak sosyal ve toplumsal hizmetlere gönderilerek sivil önlemler (cezai olmayan) uygulanır.
- *Küçüklerin cezai sorumluluk dönemi: Henüz* yetişkin olmadıkları için ceza uygulamasına gidilmeyen, tekrar eğitim temeline ve amacına dayanan diğer önlemlerin alındığı ilk aşamadır.
- *Cezai yaptırım dönemi: Yetişkinler*, işledikleri suç fiilinin sorumluluğunu almak zorundadır ve Ceza Yasalarına göre sonuçlarına katlanmak durumundadırlar. Orta aşamanın kabul edildiği bir sistem dahi olsa genç-yetişkin olması sebebiyle ceza verilebilir ancak bu cezaların hafifletilmesi söz konusu olur veya en nihayetinde daha az acı veren eğitim amaçlı diğer cezalar verilir.

Bu dönemlerin arasına, birinci ve ikinci bakımından yaş açısından isnad edilebilirlik (veya edilemezlik), ikinci ve üçüncü bakımından ise yetişkinin cezai açıdan sorumlu olacağı yaş açısından çizgi çekilir.

Tablo 1: Ülkelere göre ceza sorumluluğunun yaşı

ÜLKE	Ceza Sorumluluğunun Yaşı
ABD, İrlanda, Lihtenştayn, Singapur, İsviçre	7
İskoçya, Kuzey İrlanda	8
Ürdün, Malta	9
Galler, İngiltere	10
Kanada, Yunanistan, Hollanda, Türkiye	12
Fransa	13
Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Çin, Slovenya, İspanya, Rusya, Macaristan, İtalya, Japonya, Litvanya, Letonya	14
Danimarka, Estonya, Finlandiya, İzlanda, Norveç, Çek Cumhuriyeti, İsveç	15
Belçika, Şili, Polonya, Portekiz	16
Kosta Rika, Fiji Adaları	17
Lüksemburg, Peru, Romanya, Suriye	18

Tablo 1'de gördüğümüz gibi (Rutter, Giller & Hagell, 2000 ve diğer kaynaklar'dan alınmıştır) çeşitli yollarla kişi gelişiminin arka planını görmekten farklı olmayan ceza sorumluluk yaşının belirlenmesinde çeşitlilik çoktur.

Genel şartlarda, Avrupa'da yetişkinin ceza sorumluluk yaşının toplumsal ve politik açıdan 18 olma eğilimi bir yana, isnad kabiliyetinin ortalama yaşı 14-15 arasındadır. Genç-yetişkinler, 18-21 yaş arası kişiler olarak benimsenmiştir. (istisnaen 23-25)

PSİKOLOJİK SAVUNMASIZLIK

Zihinsel sağlık çalışmalarında, ergenlik çağındaki göçmenlerin temelde depresif oldukları, davranışsal olarak, öğrenme ve özgüven ile ilgili bozukluklar yaşadıkları ortaya çıkmıştır. Çoğu vakada bu çalışmalar tamamen yaygın amaçlarla ve *kültür öğelerinin etkisinden kaynaklanan stres* diye bilinen halin değerlendirilmesiyle ortaya konulmuştur. Dil, kültür, dinî ve diğer uyumsuzlıklardan doğan bu sendrom, psikososyal

teorik modellerde bulunur. Bu modellerin unsurları, belli bir alanda psikolojik sağlık açısından yaşanan, geçmişten kaynaklı potansiyel yetersizlik ve genel olarak hayat kalitesidir.

Ergen göçmenlerin psikolojik bozukluklarının altında yatan risk faktörlerinden bazıları, kent çevresinde kötüye giden sosyal çevre ve yine Avrupa şehir toplumlarında muhtaç konumda olan ve son derece kötüye giden varoşlardır. Bu bağlamda şüphesiz, suça eğilim mevcuttur. Bununla beraber, anlattıklarımızla bağlantı kurabileceğimiz yaşanan diğer sorunlar şöyledir (Carlson-Aburto & Jané; 2001) :

- a) *Terk bağlamında:* Ekonomik sebepler veya politik zulüm yüzünden ülkeyi terk etmeye zorlanan aileler.
- b) *Yeni bir kültürle karşılaşmak:* Terk ettikleri, kökenlerinin bulunduğu ülkede bulunan aileyle bağların kopması ve göç eden ailenin göç edilen ülkeye uyum sağlaması için gerçek bir mücadele gerektirmesi.
- c) *Irkçılık ve ayrımcılık:* Göçmen ergenlerin içine girdikleri sosyal çevrenin ayrımcılık yapması, bazı durumlarda ırkçılık olarak karşımıza çıkan bu ayrımcılık, ergenlerin psikolojik sağlığı açısından çok olumsuz bir unsurdur.
- d) *Eğitim:* Göç edilen ülkedeki diğer gençlerin ortalama durumlarına bakıldığında göçmen ergenlerin eğitimde yaşadıkları büyük dezavantajlar.
- e) *Sosyal kimlik problemleri:* Ergenlik, yetişkinliğe geçişte fiziksel ve duygusal olarak meydana gelen sosyal değişikliklerin çağıdır. Bu çağda, kimliğin iyi adapte olmuş ve olgunluk duyusuna sahip olması çok önemlidir.

Ergen göçmenler uyumsuzluk yaşadıkları sosyal çevreye girerken güçlük çekerler. Bu aşamadan sonra ailesinin göçtüğü ülkede doğan ve bunun sonucunda ikinci veya üçüncü kuşak göçmen olarak adlandırılan gençlerin yaşadığı çeşitli problemlere değineceğiz.

GENÇ GÖÇMENLER VE BATI AVRUPA'DA ÇOCUK SUÇLULAR

Yukarıda söz ettiğimiz görüntü, başlarda tanımladığımız dışlanma kavramının tam tersi olan yeterli *sosyal katılım* açısından genç göçmenleri çok düşük şansı olan bir gruba yerleştirmektedir. Göç alan ülkenin kent çevresinde dışlanmış alt kültürlerin yaratılması, şiddetli ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile karşılaşılması, diğer genç Avrupalı vatandaşlar gibi iskân veya istihdamda yaşanan fırsat eksikliği, *suçta kariyer* oluşumunu yükseltmiş veya her ülkeye göre farklılık gösteren *değişken yaşam biçimleri* birçok farklı soruna yol açmıştır. Bu bağlamda, Paris'te düzenlenen *Küçükler İçin Adalet* seminerinde (19-20 Ekim, 2000)(Adalet Bakanlığı 2000), özellikle Almanya ve Büyük Britanya'da meydana gelen ve çeşitli Avrupa ülkelerinde de var olan “yabancı karşıtı ve ırkçı şiddet” işlenmiştir. Yozlaşmış mahallelerin ayaklanmalar çıkarmasıyla son derece şiddetli hadiselerin yaşanmasına yol açtığından bahsedilmiştir. Çocuk suçlular ve büyüyen kentsel bozuklukların birbirleriyle ilişkili olmasına referans teşkil eden diğer tespitlerde, özellikle büyük şehirlerin varoşlarında çocuk suçlular ile sosyal, ekonomik ve kültürel dışlanmanın ilişkili olduğu ve çocuk suçları ile göçebe hareketlerinin birbirleriyle etkileşim içinde olduğunun daha çok dikkat çektiği belirlenmiştir.

Çocuklar arasındaki şiddet hareketlerinin önemli unsuru, yaşanan olaylarda kolektif olunmasıdır, yani, kişisel temelde değil, grup temelinde yaşanmasıdır. Açıkça görülüyor ki, genel olarak sokaklardaki sorunlar veya farklı bölgesel grup çatışmaları, grupsal ve çetesel şiddeti beraberinde getirmektedir. Aubusson de Cavarlay (1999), zamanla küçükler arasında yaşanan şiddetin büyük dönüşümlere maruz kaldığından söz etmektedir. Yazara göre geçen on yılda çocuk suçları daha etkili hale gelmiş, bu durum, çocukları değersiz hale getirmiştir.

TARTIŞMA

Tüm bu genel görünüş itibarıyla öncelikle belirtmek gerekir ki, genç göçmenlerin kriminolojik sorunları yalnızca sosyal, kültürel, politik ve ekonomik açıdan değerlendirme yapılarak açıklanabilir. Zira bu etmenler, diğer gruplar gibi genç göçmenleri de toplumun kenarına iter ve sosyal katılımı engeller. Bu fırsatların eksikliği, genç göçmenlere karşı olan tutumlar, önyargılar ve söz ettiğimiz gibi göç edilen toplumdaki

göçmenin sosyal olarak temsil ettikleri ile yakından ilişkilidir. Genç göçmenlerin sosyal dışlanmasının normal karşılanmaya ve yayılmaya başlaması ana hatlarıyla Briceño'nun (2001) atıfta bulunduğu dört tür strateji ile gerçekleşebilir: *suç oluşturulması, ırk ayrımı, kültür öğelerinden etkilenme ve mağduriyet*.

SUÇ OLUŞTURULMASI, göçmenlerin suç teşkil eden eylemlerle, hukuk sınırları içinde meydana gelen durumların ve kamu düzeni sorunlarının birleşmesi sonucunda ortaya çıkar.

Bu oluşum, medya ve devlet söylemlerinde dikkat çeken, farklı sosyal tutumlarla ilgilidir. İspanya'nın göç politikasının genel ruhu ve yürütmenin yasal araçları doğrudan veya dolaylı olarak göçmen grubunu, kanunsuz olarak görmekte ve çocuk suçlularını kamu düzenine yönelik bir tehdit olarak değerlendirmektedir. (Garcia España, 2001) Buna benzer bir etki, idari müessese açısından (oturma izninde güçlük yaşanması veya çalışma izninde çıkarılan güçlükler nedeniyle) dikkat çekmektedir. Göçmelerin kanunsuz sayılmaları, bu durumda olan kişilerin gayrimeşru veya gizli olarak tanımlanmalarına yol açacaktır.

Diğer yandan, *medya* yoluyla yapılan suç oluşturulması ise, suçluya (soygun, uyuşturucu ticareti, insan ticareti) veya sosyal anlamda saygınlığını yitirene (fuhuş gibi) karşı, kamu düzenini etkileyecek sorunlara değinerek (kavga, sokak çeteleri) veya usule aykırı doğaya (yurtdışı edilme, ihraç edilme) yönelik eşi benzeri olmayan taraflı haberler yayınlanarak yapılmaktadır.

Yazar tarafından belirtilen ikinci strateji ise **IRK AYRIMI** dır. Bireyi, *ırkı* temel alınarak veya insan grubunu ırkının genel özellikleriyle, kabiliyet ve davranışlarına göre tanımlayan tutarsız bir süreçtir. Dahası, bu ırkçı harekete, hiyerarşik düzene dayalı insan gruplarının olumsuz değer yargıları da eklenir.

Çağdaş sosyal şartlarda, aşırı sağcı veya neo-nazi gibi sınırlı sayıdaki sosyal gruplar istisna olmak üzere, *ırk ayrımının* saf formunu bulmak zordur. Bilimsel olarak açığa çıkarılan ırk ayrımı ve ahlaki tenkit uygulaması, ırk ayrımının yasallığının ve bu tür görüşlerin ciddi biçimde zayıflamasına yol açmıştır. 1950'lerden ve 1960'lardan başlayarak, insan grupları arasında ırkların farklılık tezini desteklemek bilimsel olarak güçleşmiş ancak her şeyden önce ahlaki şüphe uyandıran bir hal almıştır.

Bu durum, yine de bu tür görüşlerin kaybolduğu anlamına gelmez, daha çok, basamak atlamış ve dönüşüme uğramıştır. Dolaylı ve el altından yapılan söylemler, ırkçılık temelini teşkil eden formda veya farklı unsurlarla birleştirilmiş şekilde ortaya çıkmaktadır. Aynı zamanda etnik veya kültürel farklılık gibi diğer konulara yönelik tartışmacı eğilim gözle görünür bir hal almaya başlamıştır.

Kültürel farklılıkların abartılı söylemlerle dile getirilmesi yazar tarafından **KÜLTÜR ÖĞELERİNDEN ETKİLENME** olarak adlandırılmıştır. Yerli nüfusla aralarında köprü kurulması mümkün olmayan göçmenlerin kalıplaşmış kültürel motiflerini temel alan kimlik oluşturma'nın daha genel bir yöntemidir. Göçmenin özel şartlardaki kültürel motiflerle tanımlandığı ve çoğu zaman batı davranış motiflerinden aşağı görüldüğü bir stratejidir.

Çağdaş Avrupa toplumlarında, görmüş olduğumuz gibi, ırk farklılığı tartışmasının desteklenmesi daha da güç bir hal almıştır. Ancak kültürel farklılık ve uyumsuzluk tezi benzer amaçlarla yapılan uygulamalar ve stratejiler açısından elverişli bir durum haline gelmiştir.

Antropoloji kaynaklı yaklaşımlar ve kültürel azınlıklarının korunması için verilmiş olan özgün tebliğler, 1980'lerde Avrupalılarca göçmen ve geri kalan nüfus arasında mesafe konmasının kabul edilmesinde ve yasal hale getirilmesinde kullanıldı.

Fransız ve Cezayirli anne ve babadan doğan genç erkek nüfusunun %30'u herhangi bir dini olmadığını, %38'i ise dini olmasına karşın ibadet etmediklerini söylemişlerdir ki, bu tüm genç Fransız nüfusunun üstünde bir ortalamadır. Dinî yetersizliğin veya sınırlı ibadetin daha önce belli zamanlarda öne sürüldüğü gibi sosyal katılım için bir işaret olduğunu söylemek yanlış olur. Bu sonuçlardan çıkarılan anlam sadece, Fransa'da doğup, göçmen müslüman aileden olan erkek ve kız çocuklarının korkulduğu gibi hapsedilmeye veya aşırı İslamcı zihniyeti benimsemeye mahkûm oldukları, nüfusun bazı kesimlerince korkulan veya belki de böyle olmaları arzu edilen kişiler haline gelecekleri fikirlerinin yanlış olduğunun ispatında kullanılabilir.

Son olarak, **MAĞDURİYET** kavramı üstünde duracağız. Göçmen grupları, sorun sahibi olarak ve diğer uyruklardan olanları mağdur ola-

rak niteleyen veya göç edilen ülke toplumunun üyelerinden veya kurumlarından yardım alma ihtiyacı içinde olan gruplar olarak gören tutarsız bir göçmen tanımlamasıdır. Çoğu Avrupa ülkesinde bu söylemler genellikle sosyal güvenlik çalışanları, medya, sivil toplum örgütleri ve sözde *yenilikçi* kesimler tarafından üretilmiştir. Bu strateji çeşidinde göç amacı ve şartları genellikle dramatize edilir veya göçmenler, sosyal karar mahkûmu haline gelmiş vergi mükellefi kişiler olarak, vicdan sahibi olmayan (*mafya* grupları gibi) kesimin pratik hedefi veya kendi kültürel motiflerinin dayattığı baskı unsurlarının kurbanı olarak görülür (Arap kadınlarda olduğu gibi). Bu yönüyle, bu söylemler ayrımcı amaçlar yerine, temelde göçmeni özne olarak görmemeyi amaçlar.

Gönüllü olarak kültürel varoşlarda hapsolanların göçmen olmadığını veya belirli vakalarda dışlanmanın göze batan mağdurları olduklarını ifade etmiyoruz. Bizim işaret etmek istediğimiz, etik dışı söylemlerdir. Görünüşte, iyi olarak anlaşılan veya ilerici olarak görülen ancak bir kere dile getirildiğinde, var olmayan veya var ise, folklor veya yemek kültürü gibi unsurları “kültürel derinlik” olarak algılayamayacağımız için, kültürel farklılıklara saygı duyulması gerektiğinde ısrar etmekteyiz.

Bu söylemler, kısaca, sosyal sınıflandırmanın yasallaştırılmasını amaçlar. Sosyal sınıflandırma gerçeğin daha basit yorumunu sunmayı amaçlayan önemsiz klişeleşmiş bilgiler değildir. Bu söylemlerin amacı sadece hayatta kalmak için diğer kimliklerden farklılaşma ihtiyacı içinde olan sosyal kimliğin tanımlanmasını sağlamak da değildir. Bu sosyal yapı biçiminin arkasındaki gerçek güç *duygularda* bulunabilir. Daha önce belirttiğimiz söylemlerin duygusal doğası, tam olarak gerçeğin inşa şeklini ve sosyal ilişkileri meydana getirir (San Juan, Ocáriz & Vergara, 2005) ve belki de, daha fazla olumlu değişkenlerin ötesinde *duygusal zeka* diye adlandırılmaya başlanan kavramı oluşturan, kanımızca bu söylemleri gerçeğe dönüştürecek iki duygu vardır.

Bir tarafta **korku**, bilinmeyenden korkmak, yabancılardan korkmak, kimliğini kaybetmekten korkmak, sosyal kesintilere uğrayan Avrupa'daki yerleşmiş düzeni kaybetmekten korkmak, güvensizlikten korkmak, kısaca, KORKMAKTAN KORKMAK. Beck'in etkileyici kitabına göre, günümüzde *risk toplumundan* bahsetmek gerekir. Bu bağlamda yazar şu nu söylemektedir: “*Sınıf toplumunun ilerlemesini sağlayan güç 'Kar-*

nım aç!' cümlesiyle özetlenebilir. Diğer taraftan, risk toplumu olan hareket 'Korkuyorum!' kelimesiyle açıklanabilir. Sefil toplum yerine elimizde korku toplumu vardır."

Korkunun sonucu olarak, yabancılara yönelik kanunlar geçer, önleyici savaşlar planlanır veya milliyetçiliğin belli türlerinden kaynaklanan sebeplerle dış etkilerden etkilenmeyen kültürel politikalar gerçek bir kültürel engel meydana getirir.

Diğer tarafta ise, korkuyla çok yakından ilişkili: **Kıskançlık** vardır. Genç göçmene karşı duyulan kıskançlık, göçmenlerin bazen iki veya üç dil bilen, olumsuz durumların üstesinden gelebilen, muhtelif kültürel kodları çözebilen birer birey olmaları, kısaca, şartlara uyum sağlayabilmek için daha donanımlı olmalarından kaynaklanır. Nietzsche'nin *sabit olan her şeyin sevgilisi* şeklinde belirttiği dar açılı kimliğin ötesinde, genç göçmenler veya göçmen çocukları küreselleşme çağının yıpratıcı ve intibak gerektiren yapısına uyum sağlayacaklardır.

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP) XVIII. Dünya Kongresi öncesinde önemli bir kitap yayınladı.¹

Kitap AIDP'nin bir yüzyıldan bu yana geçirdiği gelişim ve değişimleri yansıtması yönünden önem taşıdığı gibi, ceza hukukunun yüz yıllık kilometre taşlarını da içermektedir. Bu yönden kitap, ceza hukuku gelişmesini ortaya koymakta ve başlıca eğilimleri öğrenmeyi sağlamaktadır.

Türk Ceza Hukuku Derneği'ndeki genç cezacılardan bir grup, bu kitapta yer alan onyedinci kongrede alınan kararları Türkçeye çevirdi.

Suç ve Ceza, bu sayıda, kongre kararlarından, dokuz kongrenin sonuç kararlarını sunuyor. Önümüzdeki sayıda diğer yedi kongre kararı da yayımlanacaktır.

Bu kararları, kısa süreli, titiz ve özenli çalışma ile Türkçeye ve Türk hukuk dünyasına kazandıran değerli genç ceza hukukçularına teşekkür ederiz.

Suç ve Ceza Dergisi

¹ “Résolutions des congrés de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)” “Resolutions of the Congress of the International Association of Penal Law, (1926-2004)”

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP) XVIII. Dünya Kongresi
öncesinde önemli bir kitap yayınladı.¹

Kitap AIDP'nin bir yüzyıldan bu yana geçirdiği gelişim ve
değişimleri yansıtmaya yönünden önem taşıdığı gibi, ceza hukukunun
yüz yıllık kilometre taşlarını da içermektedir. Bu yönden kitap, ceza
hukuku gelişmesini ortaya koymakta ve başlıca eğilimleri öğrenmeyi
sağlamaktadır.

Türk Ceza Hukuku Derneği'ndeki genç cezacıardan bir grup, bu
kitapta yer alan onyeddi kongrede alınan kararları Türkçeye çevirdi.

Suç ve Ceza, bu sayıda, kongre kararlarından, dokuz kongrenin
sonuç kararlarını sunuyor. Önümüzdeki sayıda diğer yedi kongre kararı
da yayınlanacaktır.

Bu kararları, kısa süreli, titiz ve özenli çalışma ile Türkçeye ve Türk
hukuk dünyasına kazandıran değerli genç ceza hukukçularına teşekkür
ederiz.

Suç ve Ceza Dergisi

1 "Résolutions des congrés de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)" "Resolutions
of the Congress of the International Association of Penal Law, (1926-2004)"

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (AIDP) XVIII. Dünya Kongresi öncesinde önemli bir kitap yayınladı.¹

Kitap AIDP'nin bir yüzyıldan bu yana geçirdiği gelişim ve değişimleri yansıtmaya yönünden önem taşıdığı gibi, ceza hukukunun yüz yıllık kilometre taşlarını da içermektedir. Bu yönden kitap, ceza hukuku gelişmesini ortaya koymakta ve başlıca eğilimleri öğrenmeyi sağlamaktadır.

Türk Ceza Hukuku Derneği'ndeki genç cezacılarından bir grup, bu kitapta yer alan onyediy kongrede alınan kararları Türkçeye çevirdi.

Suç ve Ceza, bu sayıda, kongre kararlarından, dokuz kongrenin sonuç kararlarını sunuyor. Önümüzdeki sayıda diğer yedi kongre kararı da yayınlanacaktır.

Bu kararları, kısa süreli, titiz ve özenli çalışma ile Türkçeye ve Türk hukuk dünyasına kazandıran değerli genç ceza hukukçularına teşekkür ederiz.

Suç ve Ceza Dergisi

¹ "Résolutions des congrés de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)" "Resolutions of the Congress of the International Association of Penal Law, (1926-2004)"

1. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Brüksel, 26-29 Temmuz 1926)

Çeviren Yard. Doç. Dr. Barış Erman*

Konular:

- 1. Güvenlik tedbirleri. Cezaları ikame edici mi, yoksa tamamlayıcı mı olmalıdır?**
- 2. “In aperto” çalışma. Hükümlü ve tutuklular için “in aperto” çalışma önerilmeli mi; yanıtın olumlu olması halinde, bu ne şekilde organize edilmelidir?**
- 3. Uluslararası ceza mahkemesi. Cezai meselelerde uluslararası bir yargı yetkisinin ihdası gerekli midir? Cevabın olumlu olması halinde, bu ne şekilde organize edilmelidir?**

I. Güvenlik Tedbirleri. Cezaları İkame Edici mi, Yoksa Tamamlayıcı mı Olmalıdır?

Kongre, cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki şekli veya maddi ayrım sorunu hakkında görüş belirtmeksizin, akli melekeleri bozuk olan veya suça eğilimi ya da itiyadı teyit edilmiş bulunan suç faileri ile küçük ve genç suçlular söz konusu olduğunda, cezai tedbirlerin toplumsal savunma uygulamaları açısından¹ yetersiz kaldığını ilan eder.

Kongre bu nedenle, Ceza Kanunu'nun, suç failinin kişiliğine göre belirlenecek güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemelerde de bulunması gerektiği; hakimlerin de, olayın koşullarını ve failin kişiliğini dikkate almak suretiyle, ya cezai tedbire, ya güvenlik tedbirine ya da her ikisine birden hükmetme yetkisinin bulunması gerektiği yönündeki dileğini ifade eder.

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
1 İngilizce metinde “zararlılarla (vermin) mücadele” terimi kullanılmıştır (çev.n.)

II. “In Aperto” Çalışma. Hükümlü ve Tutuklular İçin “in aperto” Çalışma Önerilmeli mi; Yanıtın Olumlu Olması Halinde, Bu Ne Şekilde Organize Edilmelidir?

Kongre, hukuka uygun şekilde karar verilmiş ve organize edilmiş olan çalışmanın, hükümlülerin yeniden eğitimi ve topluma yeniden adapte edilmesi bakımından son derece etkili bir yöntem olduğunu dikkate alarak, bunun, çeşitli ülkelerin toplumsal ve ekonomik koşullarına uygun olarak mümkün olduğunca yaygınlaştırılması yönündeki dileğini ifade eder. “In aperto” çalışmanın, yalnızca gelişme ve ahlaken iyileşme yeteneği bulunan ve bu şekilde bir işte çalışması toplumsal yaşamla artan düzeyde bağlantı kurmasını sağlayacak hükümlüler bakımından söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır.

III. Uluslararası Ceza Mahkemesi. Cezai Meselelerde Uluslararası Bir Yargı Yetkisinin İhdası Gerekli midir? Cevabın Olumlu Olması Halinde, Bu Ne Şekilde Organize Edilmelidir?

Kongre, aşağıdaki dileklerde bulunmuştur:

1. Bastırıcı tedbirler konusunda yargı yetkisinin bir Daimi Uluslararası Adalet Divanı'nda bulunması
2. Devletler arasında ortaya çıkması muhtemel, yargı yetkisinden veya yasalardan kaynaklanan ihtilafların çözümü ile, aynı suç veya fiil için farklı devletlerin mahkemeleri tarafından verilmiş bulunan kesin hükümlerin yeniden gözden geçirilmesi bakımından bu Divan'a danışılması
3. Söz konusu Daimi Divan'ın, devletlerin gayrimeşru saldırganlık fiilleri veya uluslararası hukukun ihlalinden kaynaklanan sorumluluğu hakkında yargı yetkisine sahip olması gerektiği. Divan, suçlu devlet aleyhine hem ceza yaptırımlarına hem de güvenlik tedbirlerine hükmetmek konusunda yetki sahibi olmalıdır.
4. Söz konusu Daimi Divanın, aynı zamanda, saldırganlık fiiline veya benzeri suç veya fiillere vücut verebilecek nitelikte bulunan ve bunun yanında barış veya savaş zamanında uluslararası hukukun her türlü ihlalinden kaynaklanan, ve özellikle de, mağdurun veya

failin milliyeti bakımından kendileri veya başka devletlerce uluslararası suç sayılabilecek uluslararası örf ve adet hukuku açısından suç oluşturan eylemlerden kaynaklanan bireysel ceza sorumluluğu üzerinde yargı yetkisine sahip olması gerektiği,

5. Her türlü bireysel suç failinin de, suçu işlediği yerin belirli olması veya söz konusu ülkedeki egemenlik hakkının ihtilaflı bulunması nedeniyle herhangi bir ulusal mahkemenin önüne çıkarılmadığı durumlarda, söz konusu Daimi Divan tarafından yargılanmasının mümkün olması gerektiği.
6. Devletler veya bireyler tarafından işlenen her türlü suçun belirlenmesi ve onaylanması zorunludur. Divanın yargı yetkisine dahil bulunan fiiller ile bunlara uygulanacak ceza ve güvenlik tedbirleri, uluslararası antlaşmalar tarafından tespit edilecektir.
7. Divan'da görevli hakimlerin sayısı artırılacaktır. Yeni üyeler, ceza hukuku ve uygulaması hususunda özel bilgi sahibi olmakla tanınmış kişiler arasından seçilecektir. Divan'ın personeli, bir savcılık ve sorgu hakimliği² sisteminin kurulması ile tamamlanacaktır. Uluslararası kamu davasının yürütülmesi, Milletler Cemiyeti Konseyi'nin yetkisinde olacaktır. Soruşturma aşaması, özel bir örgütlenmeye bırakılacaktır.
8. Yazılı ve sözlü usul geçerli olacaktır. Bu usul, ihtilaflı konuların aleni şekilde tartışılmasını içerecektir.
Divan'ın mevcut Statüsü'nde yer aldığı şekliyle, hükmün temyizi dışında herhangi bir yargı yolu bulunmayacaktır.
9. Divan'ın kararları bağlayıcı olacaktır. Devletler aleyhine hükmedilen yaptırımlar, Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından yerine getirilecektir. Bireyleri ilgilendiren yaptırımların infazı, Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından uygun görülen bir devlete emanet edilecek ve bu devlet infazı Konsey'in gözetimi altında, kendi iç hukukuna göre gerçekleştirecektir.
10. Milletler Cemiyeti Konseyi, cezaları erteleme ve indirme hakkına sahip olacaktır.

² Metnin Fransızcasında kullanılan "l'institution d'un parquet" ve İngilizcesinde kullanılan "body of magistrates" terimleri, hem hakimleri hem de savcılarını kapsayan genel ifadelerdir (çev.n.)

11. Statü'nün çerçevesinin çizilmesi konusunda Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu'nun özel bir komisyonu görevlendirilecektir.
12. Son olarak, Kongre, uluslararası bir ceza adaleti divanının ancak aşamalı şekilde, Devletler arasında yapılacak iki taraflı antlaşmalara diğer devletlerin sonradan katılması suretiyle kurulabileceğini düşünmektedir.

Ceza Hukukunun Birleştirilmesi Konusunda Oylama

Bunların dışında, Jassy Üniversitesi temsilcisi Profesör Bay V. Pella'nın önerisi ile, Kongre, ceza hukukunun birleştirilmesi lehinde aşağıdaki kararı oylayarak kabul etmiştir:

Kongre,

günümüzdeki yasal duruma ilişkin raporları göz önüne alarak,

çeşitli Devletler tarafından kabul edilmiş bulunan ceza hukukunun temel ilkelerinin, çağdaş ceza hukuku biliminin üzerinde görüş birliğine varmış bulunduğu ilkeler ile uyumlu şekilde birleştirilmesinin yüksek derecede arzu edilir olduğu düşüncesi ile,

Günümüzde birçok Devlette, yeni projelerin değerlendirilmekte olduğunu göz önüne alarak³;

şu dilekte bulunur ki:

Çeşitli hükümetler tarafından Ceza Kanunu hazırlamakla görevlendirilen komisyonların, uluslararası bir konferans dahilinde bir araya gelmeleri gerekir. Bu konferansta komisyonlar tarafından geliştirilen tasarılar temelinde ilkeler tartışılmalı ve birleştirilmeli, ve mümkün olduğu ölçüde bastırıcı tedbirlerin uygulanması açısından ortak bir temel oluşturulmalıdır.

Bu hedefe ulaşmak için, Kongre, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Genel Sekreterliği'ni, yeni Ceza Kanunlarının geliştirilmekte bulunduğu Devletlerin hükümetlerine söz konusu öneriyi iletme ile görevlendirir.

³ Bu cümlecik metnin yalnızca Fransızca nüshasında bulunmaktadır (çev.n.)

2. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Bükreş, 6-12 Ekim 1929)

Çeviren Ar. Gör. Pınar Memiş*

Konular:

1. **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**
2. **Hakimin yabancı ülke ceza kanununu uygulaması**
3. **Tek hakimli veya Toplu (Heyetli) Mahkeme**
4. **Derneklerin ceza kovuşturması**

Birinci soru:

Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

I. Yerel Ceza Hukuku

Uluslararası Ceza Hukuku İkinci Kongresi

Tüzel kişilerin düzenli gelişimini ve önemini öngörerek ve modern hayatta ifade ettiği sosyal gücü tanıyarak;

Tüzel kişilerin faaliyetinin ceza kanununu ihlal etmesi halinde, tüm toplumun hukuk düzeninin menfaatinin ihlal olacağını dikkate alarak;

Aşağıda belirtilen isteklerini ifade eder:

1.- Yerel Ceza Hukuku uyarınca tüzel kişilere yönelik sosyal savunmaya ilişkin etkili tedbirler alınmış olsa da, bu belirtilen kişilerin menfaati için ya da bunlar tarafından yaratılan imkanlarla suç işlenmesi halinde sorumlulukları doğacaktır.

2.-Tüzel kişiye uygulanan yerel ceza hukukunun etkin tedbirleri, tüzel kişinin sağladığı imkanlarla ve bunun yararına gerçekleşen aynı suçtan dolayı bu tüzel kişide görevli ya da yetkili gerçek kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır.

Bu bireysel sorumluluk, duruma göre, ağırlaştırılmış ya da hafifletilmiş olabilir.

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

II. Uluslararası Ceza Hukuku

Uluslar arası Ceza Hukuku İkinci Kongresi,

Ağustos 1928 Paris Antlaşması ile öngörülen kanununa aykırı gerçekleşen savaşı dikkate alarak;

Adı geçen Antlaşma'yı ihlal eden devletlerin sorumlularına etkin cezaların uygulanması ile uluslararası düzen ve uyumun sağlanması gerektiğini kabul ederek;

aşağıda belirtilen isteklerini ifade eder:

Paris Antlaşması ilkelerini etkin hale getirme imkanları üzerinde çalışan ve bunları Milletler Topluluğu Antlaşması hükümleri ile uyumlaştırmaya yetkili teşekküllerin, 1926'da Uluslararası Ceza Hukuku Birinci Kongresi'nde uluslararası ceza yargılaması ve devletlerin ve tüzel kişilerin sorumluluklarına ilişkin belirtilen ve oylanmış dileklerini dikkate alarak yapmış oldukları çalışmalar doğrultusunda, böyle bir yargılamanın tanınması gereklidir.

İkinci soru:

Bir Devletin Yargıcının Yabancı Ceza Kanunlarını Uygulaması

Kongre,

Her Devletin yargıcının, kural olarak, kendisinin görev alanına giren suçlara bu devletin kanunlarını uygulama zorunluluğuna (*lex fori*) saygı göstererek, bireysel haklara saygı ve uluslararası iyi ilişkilerdeki menfaatlere dayalı bazı özel hallerde yabancı kanunun uygulanacağını belirtebileceği;

aşağıda belirtilen isteklerini ifade eder;

- 1.- a) Yabancı ülkede işlenmiş ortak hukuka ilişkin bir suçun önlenmesi, bu suçun yabancı ülke mevzuatında düzenlenme ve cezalandırılma koşuluna bağlanmış olabilir (*lex loci*);
- b) Yargıcın, yabancı ülke kanununu failin lehine bulması halinde bu kanunu dikkate alabilir;
- c) Bu kanundan kaynaklanan dava açma mecburiyetinin ortaya çıktığı haller söz konusu olabilir.

- 2.- Yabancı ülkede işlenen suçlar çerçevesinde, yargıç kararını oluştururken, kararının dayanağını teşkil eden unsurlardan olan sanığın yaşının tespitini, sanığın kendi ülkesindeki kanunlarda kabul edilen rüşt yaşını dikkate alarak belirleyebilir.
- 3.- Suçun varlığı ya da ağırlığı, mağdurla ya da üçüncü kişilerle birlikte suçla isnat edilen kişinin bazı ailevi durumlarına dayanıyorsa, bu haller, uluslararası özel hukuk kurallarının öngördüğü kamu düzenine bağlı istisnalar dışında, kabul edilir.
- 4.- Yabancı kanunun uygulanmasının reddi ve yanlış uygulanması hallerine, her Devletin üst dereceli (temyiz) mahkemesi tarafından yaptırım uygulanacaktır.
- 5.- Uluslararası topluluğu oluşturan çeşitli devletlerin kanunlarında öngörülen cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin bir eşdeğer tablosu yapılması, uluslararası anlaşmanın sağlanmasıyla yapılabilir.
- 6.- Yürürlükteki uygulanan kanun çerçevesinde yetkili hakim tarafından düzenli olarak gerçekleşen her ceza duruşmasının, yerel adli makamların denetiminde yabancı ülkede yapılmasının kabul edilmesi durumunda, uluslararası işbirliğinin gerektirdiği etkiler, bu etkilerin meydana geleceği ülkenin kamu düzeni ile uyumlu olduğu takdirde kabul edilebilir.

Tamamlayıcı istekler,

Kongre,

Yargıcın yabancı ceza kanununu uygulaması için, kendisine en kısa zamanda ve güvenilir belgelerin temin edilmesi gereğini dikkate alarak,

Diğer taraftan, sadece Milletler Topluluğu'nun, bu düzende bir belgenin teminini sağlayacak olduğunu dikkate alarak,

Yasal düzenlemelerin ve içtihadın toplanacağı uluslararası belgelen-dirme ofisinin meydana getirilmesinden önce, Romanya Hükümeti'nin, en kısa zamanda Milletler Topluluğu'na katılmasını rica eder.

Üçüncü soru:
Tek Yargıç ya da Toplu Mahkeme

Kongre aşağıda belirtilen isteklerini ifade eder;

- 1.- Suçların ve kabahatlerin ilk derece ya da temyiz yargılaması toplu mahkeme tarafından yapılmalıdır.
- 2.- Suçların yargılamasının yapıldığı duruşmaların da ilke olarak toplu mahkeme önünde gerçekleşmesi gereklidir.
- 3.- Bu ilkenin istisnaları, orman ve av suçları gibi basit suçların yargılanmasında yetkili hakimler dahil olmak üzere, en üst düzeyde sınırlandırılmış ve aşamalı bir şekilde, hukuka uygun bir şekilde ihtiyatla ele alınmalı ve uygulanmalıdır.
- 4.- Devletin yüksek görevli memuru olma sıfatına bağlı bir ödeneğin kendisine verilmesi, hakkı olan hakimlik güvencelerinin ve saygınlığının sağlanması koşulunun sağlandığı tüm durumlarda, tek yargıcın yetkisinin genişletilmesi hali saklıdır.

Ek kararlar (Conti)

Genel olarak, tek yargıcın varlık sebebi, tıpkı ceza yargılama sistemindeki toplu mahkemede olduğu gibi, her iki yargılama usul sisteminin gelişiminde birbirini karşılıklı olarak tamamlamaktır.

Ceza yargıcı, bir hukukçu, bir psikolog ve bir sosyolog gibi suçları ve suçluları ve özellikle suçluların tehlikelilik halini iyi tanıyabilmektedir; böyle bir uzmanlık tek yargıçlı mahkemede, toplu mahkemeye nazaran daha açık bir şekilde görülmektedir.

Toplu mahkemenin böylesi bir uzmanlığı gerektiren işlemler yapması gerektiği hallerde, mahkemenin üyelerinden biri bu olayla ilgili olarak yetkili kılınabilir.

Özellikle, tek yargıç kasıtlı ve taksirli suçlarda ve az cezayı gerektiren kasıtlı suçlarda yargılama yapabilirken, toplu mahkeme daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçlarda yargılama yapabilir.

Belirtilenler dışında suçları orta dereceli ve ağır olarak ayırımı tabi tutarken, toplu mahkemenin yetki dağılımı bu suçları ihlal edilen menfaate göre bir ayırımı tabi tutulabilir.

Yargılamayı toplu mahkemenin yaptığı ve kararın bu mahkeme tarafından verileceği durumlarda, tek yargıç, muhakemeyle ilgili fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin araştırmaları yapmakla, kural olarak, görevlendirilebilir.

Görevsel yetki. – Tek hakim, genel olarak soruşturma faaliyetlerini yürütür; bu aynı zamanda soruşturmayı yapan toplu mahkemenin araştırma faaliyetleri ile ilgili olarak görevlendirilebilir.

Tek hakim ceza kararnamesi ile görevlendirilir.

Duruşma öncesi, esnası ve sonrasında toplu mahkemenin düzeninden sorumlu olan başkan görevi ile ilgili faaliyetleri yürütür ve toplu mahkemenin bir üyesi olarak da duruşmanın dışında ya da duruşma haricinde yürütülen faaliyetlere katılabilir.

İstinaf, temyiz gibi üst yargıda yapılan yargılamalar, infaz yargılaması da dahi olmak üzere, toplu olarak yapılabilir.

Tek hakim ceza infazının yerine getirilmesi ve genel kural olarak cezayı tamamlayan tedbirlerin alınmasına ilişkin idari usulle görevlidir.

Dördüncü soru: Derneklerin Ceza Kovuşturması

Kongre aşağıda belirtilen istekleri ifade eder:

- 1.- Derneğin sorumluluğunda, kendi faaliyet alanlarına ilişkin olarak, dernek üyelerine tüzel kişi olarak, ceza kanununda yer alan suçların tespiti ve kovuşturulması görevi verilebilir.
- 2.- Kendisine tanınan bu kovuşturma ve aynı zamanda bu suçların tespiti görevi, her ülkenin yasama organının ihtiyarına bırakılmıştır.
- 3.- Bu kovuşturma hakkı özel olarak suçların önlenmesi ve bastırılması amacını taşıyan dernekler tarafından yapılacaktır.
- 4.- Hürriyeti bağlayıcı cezaları tamamlayıcı mahkumiyetlerin öngörülmediği durumlar yasaktır, bununla ilgili olarak, davanın tarafı olarak belirtilen derneklere başvurulması gereklidir.

3. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Palermo, 3-8 Nisan 1933)

Çeviren Av. Metin Aslan*

Konular:

1. Hangi suçlarda evrensel yetkinin uygulanması kabul edilebilir?
2. Onursal jüri ve hakaret suçu
3. Ceza kanunu ve ceza muhakemesi kanununun yanı sıra cezaların infazı hakkında bir kanuna ihtiyaç var mı?
4. Ceza davalarında jüri sistemi veya echevinage¹ sistemi uygulanmalı mıdır?
5. Sanığın yargılandığı davada tanık olması uygun mudur?
6. Hakimin ihtisaslaşması hangi koşullarda sağlanabilir?

I. Hangi Suçlarda Evrensel Yetkinin Uygulanması Kabul Edilebilir?

Bazı suçlar, tüm devletlerin ortak çıkarlarını zedeleyici bir nitelik taşımaktadır. Korsanlık, köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu kaçakçılığı, müstehcen yayınların piyasaya sürülmesi ve ticareti, denizaltı kablolarının kesilmesi ve bozulması, radyo-elektrik iletişim araçlarına yönelik ağır ihlaller, özellikle hatalı veya yanıltıcı tehlike sinyallerinin iletilmesi, kalpazanlık, kıymetli evrakta veya kredi belgelerinde sahtecilik, barbarca eylemler, genel toplum düzenine zarar verebilecek barbarca hareketler ve vandalizm buna örnek olarak gösterilebilir.

Çağdaş ceza hukuku akımında, bir eğilim bu suçlardan bazılarının cezalandırılmasında evrensellik ilkesinin uygulanmasından yanadır.

Bazı kanunlarda veya kanun taslaklarında devletlerin uluslar arası ilişkilerindeki ortak çıkarlarını tehlikeye atan ağır nitelikteki eylemler cezalandırılmaktadır.

* İstanbul Barosu Avukatı

1 Yargıçlardan ve sivil üyelerden meydana gelen karma heyetçe yapılan yargılama.

Kongre belirtir ki;

- 1) Uluslar arası ilişkileri tehlikeye sokan veya devletlerin ortak çıkarlarına zarar veren suçlarla mücadelede evrensellik ilkesinin teminat altına alınabilmesi için halen yürürlükte olan uluslar arası sözleşmeler yeniden düzenlenmeli veya yeni sözleşmeler akdedilmelidir.
- 2) Cezalandırma hakkının evrenselliği çerçevesinde suçlunun tutuklandığı ülke mahkemeleri aşağıdaki belirtilen şartlara bağlı olarak hareket etmeleri önerilir;
 - a) Sözleşmecı devletlerin mevzuatları birleştirilerek, suçla uluslararası mücadele için en elverişli hükmün belirlenmelidir.
 - b) Devletlerarası işbirliği kuralları saptanarak sanığın lehine ve aleyhine delillerin toplanabilmesi teminat altına alınmalıdır.

Kongre kabul eder ki;

- 1) Yukarıda belirtilen şartların yerine getirilmemesi halinde, suçlunun iadesi tercih edilir.
- 2) Suçlunun müşterek hukuku ihlal eden suçlar işlemesi ve fiilin işlendiği, bu nedenle doğrudan zarar verdiği devletin veya suçlunun tebaası olduğu devletin suçlunun iadesini talep etmediği hallerde, suçlunun tutuklandığı ülke mahkemesinin yetkili kabul edilmesi son derece arzu edilen bir haldir.

II. Onursal Jüri ve Hakaret Suçu

Kongre, şerefe karşı suçlarda olağan mahkemelerin yetkisi hususunda, gerek raportörü gerekse üçüncü bölümde ortaya konulan farklı görüşleri değerlendirdikten sonra, oy çokluğuyla, üçüncü bölümde verilen kararları benimser.

Longhi, Perreau ve Matter'in önergesi üzerine, bir sonraki dönemde aşağıda belirlenen sorun üzerinde çalışılması oy çokluğuyla kabul edilmiştir;

“Hakaret edilen kişinin, Mahkeme'den, mahkumiyet dışında, yalnızca şeref hususunda bir karar vermesini talep edebileceği özel bir yargılama usulünün tesisi gerekli midir?”

III. Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanununun Yanı Sıra Cezaların İnfazı Hakkında Bir Kanuna İhtiyaç Var mı?

Geniş bir alana yayılması ve cezaların infazının karmaşık gereklilikler içermesi nedeniyle, doktrinde ve modern ceza yasalarında cezaevi hukukunun varlığını, yani mahkeme kararının kesinleşmesinden cezanın infazının tamamlanmasına kadar, devletle hükümlü arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk kurallarını, bundan böyle kabul etme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bununla birlikte, cezaevi hukukunun henüz oluşma aşamasında olması dikkate alınarak, Kongre, özellikle emniyet tedbirlerini içeren kurullarla ilgili tavsiye kararını bir hukuki sistematizasyonuna gidilmesiyle sınırlar.

IV. Ceza Davalarında Jüri veya Echevinage Sistemi Uygulanmalı mıdır?

Kongre şu hususlara saygı göstermektedir ki;

Jüri kurumu, ulusal bir gelenek olarak görüldüğü ülkelerde, jürinin teşkilinde ve işlevinde yapılacak iyileştirmelerden sonra yararlı olabilir.

Ağır ceza mahkemesi rejiminin tercih edildiği ülkelerde, fiilin ve kanunun ayrılması üzerine farklı bir sistem kurulmuş olup, bu sistem bir veya birden fazla yargıç ve jüri üyelerinden oluşan kendine özgü bir kurumu bünyesinde barındırmaktadır. Yargıçların en azından iki misli sayıda olması gereken jüri üyeleri, her sosyal tabakadan seçilmeli, ahlaki ve entelektüel donanımları vazifelerini yapmaları için yeterli olmalıdır.

V. Sanığın yargılandığı davada tanık olması uygun mudur?

Kongre kabul etmektedir ki;

- 1) Kara Avrupası Hukukunda; sanığın yargılandığı davada yemin altında tanık olarak ifade vermesi tavsiye edilmemektedir.
- 2) Buna rağmen, bir ülkede sanığın yemin altında tanıklık yapmasına karar verilmesi sadece soruşturmanın ülkenin mevzuatı elverdiği ölçüde kişinin kendi özel şikayeti üzerine yürütülmesi halinde söz konusu olabilir.

- 3) Buna ek olarak, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, sanığın yemin altında tanıklığı istendiğinde, bunun bir zorunluluk olmadığı, kişinin yapacağı tanıklığın mahkemenin onun hakkında vereceği karara ya da kişi hakkında önyargılı olmasına etkisinin olmayacağı belirtilerek kendisine teminat verilmelidir.

VI. Hakimin İhtisaslaşması Hangi Koşullarda Sağlanabilir?

Kongrede şu görüşler belirtilmektedir;

- 1) Hakimlerin en iyi şekilde ihtisaslaşabilmesi için, her ülkede adli teşkilat organizasyonunun ceza yargılamasında ihtisaslaşma istikametinde yönlendirilmesi gereklidir.
- 2) Bu uzmanlaşma, üniversite eğitimi ve yüksek lisans eğitimi ile desteklenmeli, hukuk adamları işlevleri ve görevleri hakkında bilgi sahibi olacakları bilimsel kaynaklara ulaşmalı ve hukuk alanındaki yeni gelişmelerden haberdar olmalılardır.
- 3) Bu uzmanlaşma her ülkedeki yerel taliki şartlara uygun olarak ve kademeli bir şekilde yapılmalıdır.

Kongre ayrıca aşağıdaki kararı da kabul etmiştir;

“Yapılan çalışmalar neticesinde elde edilen ölçütler doğrultusunda, ceza oturumuna belirli bir alanda uzmanlaşmış hakimin de katılması olanağının incelenmesi ilginç olacaktır.”

4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Paris, 26-31 Temmuz 1937)

Çeviren Av. Serdar Mermut*

Konular:

1. Ülkelerin ceza kanunları uluslararası barışın korunmasına nasıl etkili olabilir?
2. Sanığın sabıka kaydı ile ilgili uluslararası bilgi alışverişi.
3. Hâkimlerin kanunda açıkça belirtilmeyen eylemleri cezalandırması istenebilir mi? “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”.
4. Ön soruşturma devam ederken şüpheliye sağlanması gereken güvenceler nelerdir?
5. Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında yargının yeri nedir?

Birinci soru:

Ülkelerin Ceza Kanunları Uluslararası Barışın Korunmasına Nasıl Etkili Olabilir?

4. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi

Savaşın yalnızca savaşan ülkelerin değil tüm dünyanın maddi ve manevi değerlerini de tehlikeye atan bir felaket olduğunu dikkate alarak;

Uluslararası adalet duygusunun gelişmesinin, barış organizasyonlarının çalışmalarının kabul edilmesine katkısını dikkate alarak;

Kişilere uygulanan iç hukukun mülkiyetin korunmasına yardımcı olacağı ve bunun sonucunda devletlerarasında barışın olacağını dikkate alarak;

Yabancı ülkelerin güvenliğini tehlikeye atacak veya diğer düşmanca fiiller ile savaş tehlikesi yaratacak veya ilişkileri bozacak fiilleri bastırarak bu ilişkilerin korunmasını sağlayan sayısız ceza yasalarını;

Yabancı ülkeye karşı duyulan nefreti ortaya koyan yanıltıcı haberlerin ve uluslararası ilişkileri tehlikeye atacak belgelerin de yayıldığını dikkate alarak;

* İstanbul Barosu'nda Avukat

Kongrenin inancı

İnsanlar arasındaki barışın korunmasına katkıda bulunmak amacıyla ülkeler, kendi menfaat ve yasalarına aykırı davranılmasının yanı sıra yabancı ülkenin ve uluslararası toplumların temel yasalarına ve menfaatlerine yapılan saldırıları da suç olarak değerlendirmelidir.

İkinci Soru:

Sanığın Adli Sicilini İlgilendiren Uluslararası Bilgi Alışverişi

- 1- Sanığın adli sicilinin öğrenilmesine yarayacak uluslararası bilgi paylaşımı için altyapı oluşturulması zaruri bir ihtiyaçtır.
- 2- Sanıkların adli sicillerinin yanı sıra adli biyolojik soruşturma belgelerinin paylaşılması da söz konusu olabilmelidir.
- 3- Paylaşım, özel sözleşmelerle belirlenen durumlarda yapılmalıdır.
- 4- Bu paylaşımı sağlayabilmek için her ülkede bu belgeleri toplayacak ve daha önce işlenmiş fillerle birleştirecek ulusal belge merkez bürosu kurulmalıdır.
- 5- Bu belgelerin, belge merkezi bürosunda toplanması ve ilgili devletlere verilmesini sağlamak amacıyla uluslararası koordinasyon merkezi kurulması gerekmektedir.
- 6- Kongre; devletlerin, aşamalı olarak kimliklerin toplanabileceği bir sistem oluşturma girişiminin gerektiğine inanmaktadır.
- 7- Kongre, yukarıda bahsedilen uluslararası değişim yöntemlerinin, devletler tarafından kabul edilecek çok taraflı sözleşmelerle belirlenmesini uygun görmektedir.

Üçüncü Soru:

**Hâkimlerin Kanunda Açıkça Belirtilmeyen Eylemleri
Cezalandırması İstenebilir mi?**

“Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi”. (Nullum delictum sine lege.)

- 1- Yargılama usullerindeki kanunîlik ilkesi, bireyin haklarının garanti altına alınması gerekliliği, ceza hukukunun yorumlanmasında kıyas yönteminin kabul edilmemesi sonucunu doğurur.
- 2- Ceza hukuku hükümlerinin sosyal ihtiyaçlara cevap verecek şekilde düzenlenmesi gerekir.

- 3- Kıyas yönteminin kabul edilmemesi şikâyete bağlı olarak cezalandırılan veya cezanın ağırlaşmasını sağlayan durumları düzenleyen metinlerde geçerlidir.
- 4- Kıyas yöntemini yasaklayan kanunilik ilkesi, cezaların yanı sıra güvenlik tedbirleri için de geçerlidir.

Dördüncü Soru:

Ön Soruşturma Devam Ederken Şüpheliye Sağlanması Gereken Güvenceler Nelerdir?

Kişi özgürlüğü ve savunma haklarını tarafsız bir şekilde güvence altına alan bir adalet sisteminin taleplerine cevap verebilmek için, iddia ve savunma arasındaki çelişme, kararı verecek mahkemeye çıkmadan önce sorgu hâkimi tarafından araştırılmalıdır.

Bu işlem, her devlet tarafından kendi millî kanunu çerçevesinde düzenlenmelidir.

Sorgu hâkiminin yapacağı araştırma sırasında sanık avukatının hazır bulunması ve mümkün olan en kısa sürede sorgulama süreciyle ilgili tüm bilgilerin vekilin eline geçmesi ayrıca arzu edilir.

Vekilin (araştırmayı engellemeyecek ölçüde) soruşturmada, delillerin toplanmasında ve hâkim karşısında müvekkilinin sorumlu her durumda müdahale edebilmesi arzu edilir.

Ayrıca gözaltına sadece kanunun belirlediği durumlarda karar verilmesi ve suçlunun hürriyetini etkileyen tüm kararların adli kontrole tabi olması arzu edilmektedir.

Soru Beş:

Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanmasında Yargının Yeri Nedir?

- 1- Ceza hukukunun ve ceza kanununun temelinde de bulunması gereken kanunilik prensibi, kişi özgürlüğünün teminatında olduğu gibi, güvenlik tedbirlerinin ve cezaların infazından sorumlu adli makamın müdahalesini talep eder. Bu icradan sorumlu ceza yönetimi bağımsız ve özerk olmalıdır.
- 2- Adli makamın müdahalesi kontrol ve denetleme göreviyle belirli bir karar gücünü ihtiva etmelidir.

3- Bu denetim ve kontrol milli hukuk tarafından düzenlenecektir. Bu denetleme cezaevleri kuralları ve kanunların tam olarak uygulanmasının kontrolünü ve özellikle her mahkum veya tutukluya uygulanan emniyet tedbirleri ve cezalara tahsisinin sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kontrollerini de kapsar. Denetim ve kontrol, her cezaevi içinde yargıçların ve yetkili kişilerin içinde bulunacağı bir teftiş komisyonu tarafından veya bu hak, yalnızca kendine tanınacak yetki ile sürekli bir hakim tarafından yerine getirilebilir. Komisyon üyeleri adli makamlar tarafından seçilmeli ve komisyona en kıdemli hakim başkanlık etmelidir. Komisyon, kontrolü, üyelerinin periyodik ve mecburi ziyaretleri ile yapmalı ve adli makamlara gönderilen raporlarda yer alan ifadeleri tespit etmeli ve bunu cezaevi yönetimine de göndermelidir.

4- Adli makam, cezaları sonuçlandıracak ve cezaların icrasında gerekli değişiklikleri yapacak güce sahip olmalıdır. Bu bağlamda askıya almayı yönetme gücü, emniyet tedbirlerini ikame etme, değiştirme ve erteleme gücüyle, ceza süresi belirsiz hapis cezasına mahkûm edilen şahısların davranışlarına bağlı olarak serbest bırakılması veya mahkûmiyetlerinin uzatılması bu güce dahildir. Karar, ya her milli yasama gücü tarafından seçilmiş bir hakimce - bu hakim mümkün olduğu kadar hükmü veren hakim olmalıdır - ya da komisyon üyeleri, doktor veya avukatlar arasından seçilen iki veya daha fazla kişilerce oluşturulan ve başkanlığını hakimnin yaptığı karma komisyon tarafından alınacaktır.

Bu komisyonun üyeleri, adli makamlar tarafından seçilmeli, atanmalı ve tercihen denetleme komisyonu üyeleri arasından olmalıdır. Kanun, karma komisyon veya hâkim tarafından hükmedilmesi gereken önlemleri sınırlı bir şekilde göstermelidir. Kanun, kararı destekleyen adli güvenceleri belirtmeli ve bu güvenceler alınacak kararları değiştirmede etkili olmalıdır.

Kanun, temyiz sorumluluğu getiren davaları ve bu davaların daha üst bir hâkim tarafından veya yerel komisyonların oluşturulduğu gibi bir merkez komisyon tarafından incelenmesini öngörmelidir.

5- Arzu edilen, hakimlerin, mahkum ve tutukluların özgürlüklerini kazandıktan sonraki sosyal adaptasyonlarının sağlanması ile ilgilenmesidir. Korumanın resmi komiteler tarafından yapılan ülkelerde belirli sayıda hakimlerin bu komitelere katılması gerekir.

5. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Cenevre, 28-31 Temmuz 1947)

Çeviren Av. Ömer Bayraktar*

Konular:

- 1. Bir devlet kendi iç hukuk dinamikleri ile başka ülkelerin barışçıl düzenine nasıl katkı sağlayabilir?**
- 2. Ceza davalarında kanunilik ve yerindelik ilkelerinin tanımı.**

I. Bir Ülke, Kendi Yerel Hukuk İle Başka Bir Ülkenin Barışçıl Düzenine Nasıl Katkıda Bulunabilir?

Karar, Belçika delegasyonu gibi bir takım delegasyonların çekincelelerine rağmen oyçokluğu ile kabul edilebilmiştir. Söz konusu karar şu şekilde hazırlanmıştır:

5.Ceza Hukuku Kongresi açık bir şekilde amacını ortaya koymuştur. Bu doğrultuda amaçlananlar; ülkelerin güvenliğine karşı yapılmış olan bütün saldırıların bertaraf edilmesinin sağlanması, yerli ve yabancı para değerlerinin eşit bir şekilde ceza hukuku koruması altında olması, suçluların iadesi prosedürü ile savaş suçlarının engellenmesine yönelik çalışmalar, olaylarda devreye giren yargı otoritelerinin oluşturmuş olduğu güvenli bir hukuki ortam, yine bir devletin sınırları içerisinde gerçekleşen suçlara o devletin hukuk otoritelerince müdahalesi sonucu oluşan güvenli hukuki ortam ve bu ortamın yerel hukuka olan etkisi, savaş için yapılan propaganda faaliyetlerinin tam olarak bastırılması ve uluslararası yetkili otoritelerce mütecaviz devlet olarak nitelenen devletin faaliyetlerini tasvip eden, onaylayan hareketlerin engellenmesi ve uluslararası yargıyı tartışan bir enstitü tarafından bütün bu gelişmelerin olumlu ve olumsuz yönlerinin ele alınması ve aynı zamanda barış aleyhine suçlar, savaş suçları ve insanlık aleyhine suçlar gibi konularda bu enstitünün etkin olması.

* İstanbul Barosu'nda Avukat

II. Ceza Davalarında Kanunilik ve Yerindelik İlkeleri

Kongre kapsamında hazırlanmış olan genel ve özel nitelikli raporlar ile kongre kapsamında yapılmış olan tartışmalarda, ceza davalarında kanunilik ve yerindelik ilkeleri konusu ikinci önemli konu olarak tespit edilmiştir. Söz konusu raporlar ve tartışmalar, gerçekleşmiş bütün suçların soruşturulmaya tabi olup olmaması üzerinde durmuş; bir yandan da suçlardan sadece kamuyu ilgilendiren nitelikte olanların soruşturulması gerekliliğini incelemiştir. Bu çok zor ve aynı zamanda önemli nitelikteki konu üzerinde Kongrede çalışmalar yapılmıştır. Konunun ehemmiyeti dolayısıyla, yapılan münazaralar neticesinde, konunun sürekli gündemde kalması amacıyla ve ileride yapılacak çalışmalar için özel bir komite kurulmasına karar verilmiştir.

Beşinci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi,

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu üyelerinden şu taleplerde bulunmuştur:

- 1) Özel bir komite kurulması talebinde bulunulmuştur. Bu komitenin kurulması ile amaçlananlar;
 - a) Ülkelerin uygulamış oldukları farklı hukuk sistemlerine yönelik önemli bilgilerin tespiti ve toplanması
 - b) Uluslararası nitelikte önem arz eden suçların varlığında farklı uygulamalara yönelik bilgilerin tespiti
- 2) Kongrede bahsi geçmiş olan konuların, Derneğin bundan sonraki konferanslarında öncelikli gündem olarak ele alınmasının sağlanması.

6. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Roma, 27 Eylül - 3 Ekim 1953)

Çeviren Av. Ömer Bayraktar*

Konular:

- 1. İnsan Hakları Hukuku Konusunda Düzenlenmiş Olan Uluslararası Kongrelerde Ceza Hukuku Koruması.**
- 2. Ceza Yargılaması sırasında insan haklarının gözetilmesi, korunması.**
- 3. Sosyal Ekonomik Ceza Hukuku.**
- 4. Ceza ve tedbirlerin birleştirilmesi sorunu.**

1. Bölüm:

İnsan Hakları Hukuku Konusunda Düzenlenmiş Olan Uluslararası Kongrelerde Ceza Hukuku Koruması.

Altıncı Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi:

- 1) 12 Ağustos 1949 tarihinde düzenlenmiş olan Cenevre Kongresi'ne katılan devletler, adı geçen kongrede ortaya konmuş olan önemli suçlara karşı almış oldukları hukuki önlemleri yürürlüğe koymak ile mükelleftirler.

Şu hususu ortaya koymak gerekir ki, Kongre üyesi devletlerin her birinin yürürlükteki uygulamaları ve almış oldukları tedbirler, bir üst paragrafta adı geçen amacı uygulamak açısından yetersizdir.

- 2) Kongreye göre, yerel hukuk uygulaması ile genel hukuk kuralları bir etkileşim içerisinde olmalı; uygulanan yerel hukuk, genel hukuk hükümlerinden etkilenmiş olmalıdır. Dolayısıyla, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Kongresine katılmış olan Kongre üyesi ülkeler, genel ve uluslararası nitelikteki cezai tedbirlerin ortaya koyan bir hukuk düzeninin oluşumunu gerçekleştirmelidirler.

* İstanbul Barosu'nda Avukat

- 3) Yukarıda bahsi geçen, oluşturulması gereken hukuk düzeni, Kongre’de ortaya konmuş olan ciddi nitelikteki suçların tanımının yanı sıra bu suçların ağırlık derecelerini de vurgulamalıdır. Söz konusu hukuk, milletlerine bakılmaksızın herkes için uygulanmalıdır.

2. Bölüm:

Ceza Muhakemesi Aşamasında İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunması

Altıncı Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi:

Ceza Muhakemesi aşamasında, ceza muhakemesi hukukunun gerekleri ve suçla mücadele amacı ile, söz konusu muhakemede şüpheli veya sanık sıfatıyla yer alan kişilerin “ herkes aksi ispat edilinceye kadar masumdur” ilkesi gereği sahip oldukları hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulması gereklidir.

Ceza yargılamasında, hem maddi olayları hem de şüpheli veya sanığın kişiliklerini birlikte değerlendiren bir yöntem izlenmelidir.

İkinci bölüme ilişkin olarak hazırlanmış yazılı raporlar, genel raporlar, tartışmalar ve sunulmuş bütün teklifler üstünde dikkatli durulmalıdır.

Taslak Hazırlama Kurulu’nun teklifi doğrultusunda bir takım önemli sonuçlara ulaşılmıştır. Bu sonuçlar, hukuk sistemi ile ceza muhakemesi-ne tabi kişilerin çıkarlarının ortak bir noktada bağdaştırılması açısından önem teşkil eder.

Kongreye sunulup haklarında bulunan düzenlemeler ve fonksiyonları ile tartışmaya açılmış olan konular:

- 1) Polis Kuvvetleri**
- 2) Soruşturma aşaması**
- 3) Soruşturma aşamasında tutukluluk.** Söz konusu tutukluluk kararının medeni ülkelerdeki seviyeye ulaşması ve İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi doğrultusunda muhakemeye tabi kişilerin haklarının gözetilmesi gerekir.

I. Birinci Konu Üzerine Kongre'de Kabul Edilen Prensipler:

- 1) Polisin faaliyetleri suçun araştırılması, gelişimi ile suç konusu delilin tespiti ve toplanması için zorunlu nitelikte olabilir.

Polis kuvvetleri, suç ile bağlantılı bütün bilgileri toplamak zorundadır.

Polis kuvvetlerinin bütün faaliyetleri hukuki incelemeye tabi olmalıdır.

Polis kuvvetlerinin faaliyetine ilişkin bütün kayıtlar, hiçbir gecikmeye mahal vermeden hakim incelemesine tabi olmalıdır.

- 2) Polis kuvvetlerinin, soruşturmayı kurallar uygun yürütmeli; soruşturma aşamasındaki yargı otoritelerinin denetiminde faaliyetlerini sürdürmelidirler.

Son olarak, her ülke soruşturma aşamasında çalışacak, hukuki amaçları yerine getirebilecek sayıda yeterli sayıda hâkimi görevlendirmelidir.

- 3) Bir suç mahallinin yargı otoriteleri yetkisinde olup, polis güçlerinin yetki kapsamında olmadığı durumlarda; sadece hazırlık soruşturmasının yapılması mümkündür.

- 4) Polis güçleri, gereksiz nitelikteki her türlü hukuki etkiden muaf tutulmalıdır.

- 5) Ceza soruşturmasında yer alan her kimse, pozisyonuna bakılmaksızın, gizli bilgileri ifşa etmeme konusuna saygı göstermelidir.

- 6) Polis güçlerinin istihdamı ve oluşumu, soruşturma aşamasının en başından itibaren insan haklarına azami derecede saygı gösterir nitelikte olmalıdır. Polis güçlerinin istihdamı çok titiz bir şekilde gerçekleşmeli; ceza soruşturması kapsamında çalışan polis güçleri ile aynı kapasitede bulunan yedek kuvvetler yer almalıdır.

Kongre, yüksek rütbeli polislerce otoritenin kötüye kullanılması durumunu, disiplin ve ceza tedbirlerinin uygulanmasını sekteye uğratabileceği endişesi ile engelleme konusunda karar almıştır.

II. İkinci Konu Üzerine Kongre'de Kabul Edilen Prensipler:

- 7) Şüphelinin yakalandığı hâkim kararı ile soruşturma aşamasında tutuklandığı ve kimlik bilgilerine yönelik ilk sorgusunun yapıldığı devrelerde; şüpheli veya sanığın kendisini temsil eden bir avukatın yokluğunda sessiz kalma hakkına sahip olduğu hâkim tarafından kendisine bildirilmelidir. Şüpheli veya sanık, ceza mahallindeki keşif sırasında gerçekleşen sorgusunda bir avukattan yardım alma hakkına sahiptir.

Şüpheli veya sanığın maddi olarak bir avukat tutma imkanı yoksa, kendisine bir avukat sağlanmalıdır.

- 8) Şüpheli veya sanığın ve kendilerinin yasal temsilcisinin her zaman için talep ve çekince koyabileceği bir ceza yargılamasının düzenlenmiş olması gereklidir. Bu düzen, özellikle yargılama aşamasında ortaya konulan bilirkişi raporları ile şüpheli veya sanığa yöneltilecek sorular aşamasında önem arz eder.

Soruşturma, ceza yargılaması aşamasında hazırlık sürecini temsil edip; şüpheli veya sanık mahkeme önünde özgürce savunma yapma hakkına sahiptir.

- 9) Bütün devletler ceza yargılamasında silahların eşitliği prensibine yer verilmelidir.
- 10) Şüpheli veya sanık, kendisine sorulan sorulara cevap vermeye zorlanamaz. Şüpheli veya sanık, her zaman için kendi çıkarlarını koruma doğrultusunda savunma hakkını kullanabilir.
- 11) Şüpheli veya sanığın suçun ikrarı aşamasında haklarını ihlal eden hiçbir baskı yapılamayacağı gibi gizli prosedürler de uygulanmamalıdır. Şüpheli veya sanığın itirafı, ceza soruşturmasının amacı olmayıp sadece bir çeşit delil niteliğine haizdir.

Yapılmış olan ikrarı, ceza yargılamasının her aşamasında geri çekilebilir niteliktedir. Mahkeme hakimi, bu ikrarı diğer bütün delilleri değerlendirdiği gibi ele alıp, inceleyecektir.

III. Üçüncü Konu Üzerine Kongre'de Kabul Edilen Prensipler:

- 12) Soruşturma aşamasında tutukluluğa karar verilmesi, çok önemli bir süreçtir. Şüpheli veya sanık belli bir hâkim nezdinde suçlu sayılmadan hakkında bu yönde bir isnat yapılamaz. Dava öncesi tutuklama kararı istisna nitelikte olup, tutuklunun hakim önüne bir an önce çıkma hakkı saklıdır.
- 13) Hiç kimse, hakkında yetkili bir hâkim nezdinde gerekçeleri ortaya konmamış bir karar olmadan tutuklanamaz.

Dava öncesi tutuklama kararı ancak belirli davalarda ve aranan bir takım özel şartların bulunması halinde mümkün olur. Dava öncesinde verilen tutuklama kararı, bu kararın verilmesine yol açan hukuki durumun ortadan kalması halinde devam etmez.

Tutukluluğa karar verilmesi, polis güçleri tarafından da hukuka uygun olması halinde ve hemen yargı organları huzuruna çıkarılabildiği durumlarda istisnai olarak talep edilebilir.
- 14) Mahkeme öncesi tutukluluk durumunda, tutuklu durumda bulunan şüpheli veya sanığın temyiz hakkı bulunmalıdır. Ayrıca, ceza yargılamasının her aşamasında tutuklu bulunan kişinin tutukluluğunun tahliyesi talebinde bulunma hakkına sahip olması gereklidir.
- 15) Dava öncesi verilen tutuklama kararının infazı çok zor şartlarda gerçekleştirilmemeli ve mümkünse bu kararlar başka kurumlarca infaz edilmelidir.

Tutuklu, en nazik ve hızlı bir şekilde aktarılmalıdır.
- 16) Sınırlı sayıda ve bazı özel durumlar dışında hakimin kişisel sorumluluğuna başvurulmamalıdır.
- 17) Sanık veya şüphelinin haksız bir şekilde tutulması durumunda, kendisine devlet tarafından bir tazminat ödenmesini gerekir.
- 18) Katılımcıların bu bölümde yer almayan teklifleri, Kongrenin değerlendirmesi için sunulmaktadır.

3.Bölüm: **Sosyo-Ekonomik Ceza Hukuku**

Altıncı Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi:

Günümüzdeki ekonomik faaliyetlerin yapısı sadece devlet ve organlarının sistemi doğrultusunda şekillenmemekte; bu alanda profesyonel faaliyet gösteren kuruluşlarca da gelişmektedir. Dolayısıyla, Kongre'de yer verilen düzenlemeler daha sağlıklı ve kuvvetli bir ticaret rejimini hedeflemiştir.

Kongrede kanaat getirilen noktalardan biri, kanun koyucuların dünya üzerinde yer alan farklı sistemleri anlamaya yönelik bir gayrette bulunmaları gerekliliğidir. Bunun yanı sıra uluslararası nitelikte iş birliği de bu çabanın devamı açısından önem arz etmektedir.

Kongre, aşağıda belirtilen şu hususlar üzerinde karara varmıştır:

- 1- a) Sosyo-ekonomik hukuk üzerine düzenlemeler aynı zaman sosyo-ekonomik ceza hukuku açısından da kabul edilebileceği gibi; ceza hukukunun bir bölümünü oluşturduğu da benimsenebilir.
b) Hukuk tarafından çözümü öngörülemeyen hukuki problemler, ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun genel hükümlerine başvurmak suretiyle çözümlenmelidir.
- 2- Faydalı olmaları nedeniyle, düzenlemede yer almış olan teminatlar
- 3- a) Düzenlemede yer alan ve kamunun sosyal ihtiyaçlarını karşılar nitelikte kabul edilen davranış kuralları ile ilgili değişikliklerin daha net bir şekilde ortaya konması ve daha iyi bir şekilde duyurulması gereklidir. Bu değişikliklerin taraflara büyük zorluklar yüklediği bir ortamda, bunlara başvuru engellenmelidir.
b) Bu tarz suçlar ile ilgili mücadelede fail ve suç ortakları kavramının genişletilmesi ve hukuk organlarına karşı ceza tedbirleri için başvurulması imkanlarının artırılması gerekliliği vardır.
- 4- a) Suça yönelik yeterli bir ceza verilmesi noktasında, tutukluluk kararı verilmesinden ziyade para cezalarının verilmesi daha sağlıklı bir durum teşkil eder. Özellikle müsadere yoluna gidilmesinde, suç konusu eşyanın failin olup olmadığına bakmadan

müsadere altına alınması ve bu yapılırken üçüncü kişilerin haklarının da gözetilmesi gerekliliği kabul edilir.

- b) Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan kazancın müsaderesinde, söz konusu alıkoymanın müşteki açısından bir tazminat niteliği taşımadığı ancak suçun işlenişinin devamını engellemeye yönelik olduğu gerçeği kabul edilmelidir.
 - c) Bir suça ilişkin uygulanacak olan tedbir, eğer sanık veya şüphelinin bu suçu oluşturmamasını engeller nitelikte olup; bundan doğacak olan zararları da tazmin eder bir nitelik kazanmış ise uygulanır. Söz konusu tedbir, haksız kazanç niteliğinde elde edilen gelire el koyma, piyasaya girişin engellenmesi, bir süreliğine hukuki temsilci kullanamama, kişinin malvarlığı üzerinde hukuki denetim, geçici nitelikte tedbirler veya bir takım haklardan yoksun bırakma, bazı izinlerin geri çekilmesi ve bir takım avantajlardan yoksun bırakma.
- 5- a) Ekonomik suçlara ilişkin bir hukuk düzeni kurulmalı, aynı zamanda sosyo-ekonomik nitelikte bir takım tedbirlerin yerleştirilmesi gereklidir.
 - b) Bu tür suçların soruşturması oldukça kapsamlı nitelikte olup, bu soruşturmayı sürdürebilecek nitelikte ve yetenekte soruşturma ekipleri bulunmalıdır. Sosyo-ekonomik suçlar ile iyi bir şekilde mücadele edilebilmesi için ceza hukuku muhakemesi kurallarında da bir takım esnekliklere gidilmelidir.
 - c) Müştekiyi cesaretlendirmek suretiyle kendisiyle sürekli bir işbirliği sağlanmalıdır. Hakim, bir suçun yeniden işlenmesine yönelik her türlü eğilimi, sanığın hareketlerinin kabul edilemez olmasına hükmetmek suretiyle engellemeye çalışmalıdır.
 - 6- Piyasaların da benimsemiş olması durumunda, belli bir takım özel gruplarca oluşturulmuş olan hukuk düzeni uygulanabilir nitelik kazanır. Benimsenmiş olan bu düzene ilişkin hukuki teminat, özel grubun kendi iç disiplini vasıtasıyla sağlanır.
 - 7- İdari makamların belli bir takım suçlar için oluşturduğu özel tedbirlere gidilmesinde; idari ve adli organları birbirinden ayıran kuv-

vetler ayrılığı ilkesi göz önünde bulundurulmalı, bağımsız adli yargı makamları devreye girmeden önce bu idari nitelikteki tedbirlerin temyize açık olması gereklidir.

8- Tutarlı bir sosyo-ekonomik devlet politikasının yanı sıra idari makamlar ile savcılar koordine ve tutarlı bir düzen içinde birlikte çalışmalıdırlar.

İrtibat yetkilileri, farklı yetkililer arasında iletişimi sağlamalı ve hakimler için zaruri nitelikteki bilgileri temin etmelidirler.

4. Bölüm:

Cezalar ile Güvenlik Tedbirlerinin Birleştirilmesi Sorunu

Altıncı Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi:

Güvenlik tedbirleri ile birlikte ceza hukukunda yer alan cezaların oluşturduğu düzen, bugüne kadar ortaya çıkmış olan farklı ceza hukuku okulları arasındaki sorunları giderdiği gibi, suç oranının düşmesi ve yeniden suç işleme eğilimi ile mücadelede gibi konularda etkili olmuştur.

Belli mevzuatlarca ortaya konan hukuk sistemleri, aynı harekete ve kişilere zincirleme cezalar veya güvenlik tedbirleri hükmettiği noktalarda teorik ve pratik anlamda uygunsuz bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Ceza ve tedbirlerin birleştirilmesi, özel olarak ilgilenilmesi gereken sanık veya şüpheliler açısından cezaların doğasına ilişkin bir takım sorunların tartışılmasına imkân sağlayabilir. Bunun yanı sıra, normal nitelikte şüpheli veya sanık açısından ise böyle bir girişim somut anlamda çözümler getirebilir.

Şüpheli veya sanık açısından faydalı olmayacak nitelikte bir fiziksel cezanın yerine, ceza yargılaması reformu kapsamında ileride soruşturmanın ilk evresinden itibaren ortaya konabilecek bir tedbirin varlığı vurgulanmalıdır.

Aşağıda belirtilen hususlar ayrıca kabul edilmelidir.

a) 16 yaş altı şüpheli veya sanık için her türlü fiziksel ceza kaldırılmadır.

- b) Sınırlı isnat kabiliyetine sahip şüpheli veya sanıklar için herhangi bir cezai tedbire gidilmemesi önerilmiştir. Ülkelerin yasal mevzuatında bu yaklaşım benimsenmeli, bu durumdaki şüpheli veya sanıkların fiziksel durumlarını etkileyecek tedbirlerin uygulanmaması gerekir.

7. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Atina, 26 Eylül - 02 Ekim 1957)

Çeviren Av. Bilhan Güven*

Konular:

1. Suç işleme ve suça iştirakin günümüzdeki şekilleri (yardım ve yataklık)
2. Cezaların belirlenmesinde hâkimin takdir hakkının kontrol edilmesi
3. Mahkûmiyet kararı verilmesinin yasal, idari ve sosyal sonuçları
4. Hava taşıtlarında işlenen suçlar ve bunların sonuçları

Bölüm I:

Suç İşleme Ve Suça İştirakin Günümüzdeki Şekilleri

Kongre:

A. Aşağıdakileri belirlemektedir:

1. Doktrine göre, ceza hukukunun esaslarının değişmesi ile birlikte iştirake gönderme yapan kavramlar değişmektedir.
2. Bunun yanı sıra, ceza hukukçularının birçoğu tarafından kabul edilebilir olarak değerlendirilen çeşitli ortak noktalardan bahsetmek mümkündür.

B. Uluslararası suç açısından aşağıdakileri belirler:

1. Yargı sistemlerinin kabul ettikleri suça yardım ve yataklık rejimleri, her bir bireyin, ortak bir eyleme katılması fiilinden ortaya çıkan farklılıklar ile kişisel suçlanabilirliği ve esasen kişiliği dikkate almaktadır,
2. Suça iştirak edenler, iştirak edenlerden herhangi birinin veya farklı şekilde suçun işlenmesine yardım edenlerin suç teşkil eden ve-

* İstanbul Barosu'nda Avukat

ya daha ağır bir eylemde bulunması konusunda bilgi sahibi olmadıkça, bu eylemlerden dolayı sorumlu tutulamaz ve yaptırımlara tabi olmazlar,

3. Sorumluluğu ortadan kaldıran, azaltan veya arttıran subjektif özellikler, söz konusu durumların ortaya çıktığı iştirakçi dışındakileri etkilemez,
4. Fail ve iştirak edenler arasındaki etkin farklılıkları dikkate alarak, aşağıdaki kategoriler kabul edilecektir;

Suçun objektif ve subjektif unsurlarını yerine getiren kişi fail olarak kabul edilecektir. İhmali hareketlerle işlenen suçlarda, eylemde bulunma yükümlülüğüne sahip olan kişi, fail olarak kabul edilecektir.

Yardım ve yataklık edenler, ortak bir suç işleme amacıyla eylemleri birlikte gerçekleştiren kişilerdir.

Bir suçun işlenmesinde cezai açıdan sorumlu tutulmayacak bir kişiye aracılık yapan bir başka kişi, aracı yardımcı olarak kabul edilecektir.

Suçta teşvik eden, faili kasıtlı olarak bir suç işlemek üzere teşvik eden kişidir. Teşvik edilen failin suç işlemeye başlaması, teşvik eden kişinin cezalandırılması için şarttır. Yine de, her hukuk sisteminde, ihlalle sonuçlanmayan teşvikler, teşvik edilen suçun tehlikeli karakterine bağlı olarak bir yaptırım konusu olabilirler.

Yardım ve yataklık yapan kişi, failin suçu işlemesine kasıtlı olarak yardım eden kişi anlamına gelir. Bu yardım, daha önceden, eş zamanlı olarak veya önceden karşılıklı izin verilmesi durumunda, suç sonrasında yapılabilir.

5. Suçun işlenmesinden sonra yardım ve yataklık yapılması, (çalınan malların saklanması gibi) özel suç olarak cezalandırılacaktır.
6. İştirak edenler için öngörülen yaptırımlar, işlenen veya amaçlanan suça gönderme yapılarak yasalarda ele alınabilir, ancak, her bir yardımcının rolü ve kişiliği dikkate alınarak adil bir şekilde belirlenmelidir.

C. Aşağıdakileri ortaya çıkarmaktadır:

Bir görüşe göre, taksirli suçlarda, sorumluluk bireysel olarak belirlenmeli ve suça iştirak kabul edilmemelidir. Buna karşılık, başka bir görüşe göre, taksirli suçların belirli şekilleri, iştirak kurallarının uygulanmasına izin vermektedir.

D. Aşağıdakileri belirlemektedir:

1. Tüzel kişiler, hukuk sistemlerinde aksi kabul edilmedikçe, suçlardan dolayı sorumlu tutulamazlar. Böyle durumlarda, olağan yaptırım, para cezasıdır, ayrıca bundan bağımsız olarak, tasfiye, faaliyetlerden men edilme veya kayyım atanması gibi güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir.
2. Bir görüşe göre, iştirak kuralları tüzel kişiler için geçerli değildir, ancak başka bir fikre göre, bu düzenleme, hukuk sistemine bağlıdır.
3. Tüzel kişilerin yöneltmesinden sorumlu olan üyeler, kişisel olarak işledikleri suçlar için cezalandırılabilirler.

Bölüm II:

Cezaların Belirlenmesinde Hâkimin Takdir Hakkının Kontrol Edilmesi

İkinci bölüm, çalışmasını aşağıdaki kararlarla sonuçlandırmıştır:

Suç isnadının kanuniliği, bireysel özgürlüğün temel bir teminatıdır ve en az onun kadar önemli olan cezanın bireyselleştirmesi prensibi de hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmasına engel değildir.

Aşağıdakileri belirlemektedir:

1. Hâkimin takdir yetkisi, rasgele bir yetki olarak görülmemelidir, hakim bu takdir yetkisini yasal bir zeminde genel hukuk esaslarına uygun olarak kullanılacaktır.
2. Doğru uygulama yapmak için, ceza hâkimi, özel eğitim ve uygun kriminolojik dersleri almalıdır.
3. En azından belirli suçlu kategorilerinde, hâkim tarafından kişilik incelemesinin sonuçlarını kullanabilme ve savcılık tarafından ta-

yin edilenin dışındaki bir uzmanın bu incelemeyi sonuçlandırma yetkisine sahip olması gerekir.

4. Bu kişilik incelemesi, yaptırımın belirlenmesi için gerekli olan tüm unsurlarda olduğu gibi, itirazlara tabidir, ancak hâkim, takdir hakkında özgürdür.
5. Takdir hakkını kullanırken, hâkim, yasalarda belirtilen esaslara uygun hareket edecektir.
6. Usule uygun mahkeme kararı her zaman kesin gerekçelere sahip olmalı ve ceza usulünde belirtilen durumlarda kamuoyu tarafından tartışıldıktan sonra resmi olarak duyurulmalıdır.
7. Karardaki her belirleme veya önemli değişiklikler, ulusal yasanın genel koşullarına göre temyiz, üst mahkeme iptali veya gerekirse, yenilenmeye tabi olacaktır.

Bölüm III:

Mahkumiyet Kararı Verilmesinin Yasal, İdari ve Sosyal Sonuçları

Bu bölüm, Genel Kurulda aşağıdaki kararların alınmasını nihai olarak tavsiye etmektedir:

III. bölümde ele alınan problemin kapsamı ve karmaşıklığı, bütün sorunlar hakkında tartışmaları ortadan kaldıracak bir sonuca ulaşmaya izin vermemektedir. Bu bölüm, sadece şimdiye kadar yapılan çalışmaların sonuçlarını ve bu çalışmaların devam etmesi arzusunun ortaya koymaktadır.

Bu bölüm, siyasal ve medeni hakların kullanılmasını engelleyen veya hukuki olarak kullanılmasını kısıtlayan yasaların ve yönetmeliklerin üç farklı yolu takip ettiğini ortaya çıkararak başlamaktadır;

- a) Halk nezdinde sonuçları, en tipik örnekleri yasal engellemeler, medeni hakların kısıtlanması vs.
- b) Suçun engellenmesi, suçu işleyen kişinin suçu tekrarlamasını önleme, (işini yerine getirmesinin, avlanmasının, belirli araçları kullanmasının engellenmesi vs.)
- c) Kamu menfaatinin korunması, mahkum edilen sanığın, sabıka kaydı sebebiyle, belirli kamu imkanlarından yararlanmasını engellemektedir.

Bu engellemeler veya kısıtlamalar yasada genellikle, özel durumları göz ardı ederek, zorunlu bir formda verilmektedir. Bunlar, yasalar tarafından veya adli olmayabilen bir makam tarafından uygulanmaktadır.

Bu gerçekleri dikkate alarak, bölüm aşağıdakileri belirlemektedir:

1. Günümüzde, mahkûmiyet kararı verilen sanıkların topluma yeniden kazandırılmasında karşılaşılan imkan eksikleri ve kısıtlamalar, hâkimin mahkumiyet kararı vermekten çekinmesine neden olmaktadır. Mahkûmiyet kararının hukuki sonuçlarının dikkate alınması mevcut ceza reformlarında eksik kalan bir husustur.
2. Her ulusal yasanın detaylarına girilmesi imkânsız olsa bile, mahkûmiyet kararının hukuki sonuçlarının, ceza alan kişinin veya söz konusu yasaklamanın ilgili olduğu kişilerden birisinin menfaatlere aykırı olması durumunda bunların iptal edilmesi gerekmektedir. Suçlunun, bir başka suç işlemesini önlemek adına sadece bu kısıtlamalar, minimumla sınırlı olmak koşuluyla, onaylanabilir.
3. Tekerrürün tehlikesi kanun ile düzenlenemez. Sonuç olarak, engellemeler ve kısıtlamalar, failin kişiliğini dikkate alınan karar haricinde düzenlenmemelidir.
4. Mahkumiyet kararı verilen kişinin eğitimi için bir idari birim oluşturulmalı ve idari makamların kararları ile bu rehabilitasyon programlarına zarar verilmesi engellenmelidir.
5. Zamanın yetersiz olması sebebiyle, sabıka kayıtları probleminin detaylarına inilmesi mümkün olmasa da, ceza alan kişinin davranışının sonucu olmayan kısıtlamaların ve engellemelerin ortadan kaldırılması konusunda bir uzlaşma bulunmaktadır. Bu usullerin, ceza alan kişinin basit, hızlı ve makul bir usulle rehabilitasyonunu amaçlamalarının yanı sıra, kanun, belirli sürede suçun tekrarlanmaması durumunda, hakların tamamıyla geri kazanılmasını sağlamalıdır.
6. Mahkumiyet kararının yan etkileri, fiili cezalandırma ve bunun düzenlemelerinden bağımsız olarak, cezai yaptırımların uygulanmasında ayrı bir yönetmelikle belirlenebilir.
7. Mahkumiyet kararının, bir medeni sözleşmenin veya iş sözleşmesinin kendiliğinden feshine sebep olmayacaktır.

8. Çalışma hakkı temel bir insan hakkıdır, bu sebeple, hangi sebeple olursa olsun, mahkumiyet cezasından kaynaklanan bir durumdan etkilenmeyecektir.
9. Ceza alan kişinin tekrar topluma kazandırılması için ceza sonrası yardım amacıyla yetkili bir sosyal hizmet görevlisi tayini şarttır.
10. Duruşmaların halka açık olması ile ilgili olarak, bölüm, ceza ve suç politikalarının uyumlu hale getirilmesini gerekli görmektedir. Bu problemin zorluğu dikkate alındığında, bölüm, takip eden kongrenin sonraki kongreye ertelenmesini tavsiye etmektedir. Yine, bölüm, insan kişiliğine daha fazla dikkat edilmesini tavsiye etmektedir.

Bölüm IV:

Hava Taşıtlarında İşlenen Suçlar ve Bunların Sonuçları

I. Kongre aşağıdakileri belirlemiştir:

1. Hava araçlarında işlenen suçlarla ilgili farklı sorular üzerinde durulması açısından uluslararası bir konvansiyon oluşturulmalıdır.
2. Bu konvansiyon, hava araçları dışındaki araçlar için geçerli olmayacaktır.
3. Hava araçlarının pilotlarının yetkisi, bir suçun komisyonunun kurulması hakkı ve yükümlülüğünden oluşan gerekli önlemlerin alınmasını içermektedir.
4. Havaalanının bulunduğu devletin kolluk kuvvetleri, yine, sözkonusu devletin cezai kararı desteklemediği durumlarda da hava aracının pilotu tarafından alınan önlemlere göre hareket etmelidir.

II. Kongre, aşağıdakileri belirlemektedir;

Uluslararası hukukun kurallarının hiçbirisi, ulusal yasalar tarafından bir hava taşıtının ulusuna dayalı olarak yeterliliğin kabulü ile çelişmemektedir. Bu esas, ulusal ceza yasası tarafından diğer farklı cezai yetkilerin kabul edilmesini dışarıda bırakmaz.

III. Bölümün üyelerinin fikirlerinin farklı olduğu dikkate alınarak;

1. Hava taşıtlarında işlenen suçlar konusunda farklı ülkelerin cezai yargılama yetkisini düzenleyen uluslararası bir konvansiyonun kararlaştırılması gerekliliği,
2. Bölgesel yetki veya hava taşıtının bağlı olduğu ülkenin mi esas alınacağı sorusu,
3. Hava taşıtının bağlı olduğu ülke esasına dayalı olarak yetkinin yerde duran hava taşıtı için de geçerli olup olmadığı veya bu yetkinin, uçmakta olan hava taşıtları ile sınırlı olup olmadığı,
4. Tanımları yapılacak olan adi suçlar açısından ilk inişin gerçekleştiği ülkeye özel bir yargılama yetkisinin verilir verilmeyeceği.

Kongre, aşağıdaki konuda isteğini beyan etmektedir:

Devam eden araştırmalar, bu araştırmalar için kapsamlı bilimsel esas oluşturmak üzere gerekli unsurları düzenlemek amacıyla bilgi geliştirmeye devam edeceklerdir.

IV. Kongre, yine, aşağıdaki konuda isteğini beyan etmektedir:

Evrensel cezai yargılama yetkisi esasının, hava taşımacılığını derinden etkileyen suçlara karşı uygulanacaktır.

V. Kongre

Hava taşıtları yoluyla veya bu taşıtlara karşı, taşıtlarda gerçekleştirilen suçlarla ilgili sorunların düzenlenmesinin büyük önemi dikkate alınarak,

Uluslararası Sivil Hava Taşıma Organizasyonu'nun böyle bir konvansiyonun ana hatlarını çizmeye öncelik vermesini tavsiye etmekte ve Kongrenin genel sekreterinin, toplanan bilgileri, tutanakları, raporları vs. mümkün olan en kısa sürede Uluslararası Sivil Hava Taşıma Organizasyonu'na teslim etmesini istemektedir.

Profesör Bouzat, aşağıdakileri önermektedir:

Devletler, cezai yargılama yetkisi konusundaki çelişkileri çözmek üzere uluslararası düzenleyici bir forum organize etmek adına gereken tüm adımları atmalıdırlar.

8. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lizbon, 21-27 Eylül 1961)

Çeviren Stj. Av. İlkan Koyuncu*

Konular:

- 1. Kasıtlı olmayan suçların gelişimi ile ortaya çıkan modern ceza hukuku sorunları**
- 2. Cezalandırmada uygulanan yöntemler ve teknik usuller**
- 3. Ceza davalarına ilişkin yayınlardan kaynaklanan problemler**
- 4. Yabancı ceza hukukunun yerel mahkemelerce uygulanması**

I. Bölüm:

Kasıtlı Olmayan Suçların Gelişimi İle Ortaya Çıkan Modern Ceza Hukuku Sorunları

Sekizinci Ceza Hukuku Kongresi:

Ulusal raporları ve bölüm çalışmalarını dikkate alan, Tasarı Komitesi temel problemlerin çözümünü imkansız olarak değerlendirmemektedir.. Bununla beraber, Tasarı Komitesi, çıkış noktası olarak problemin gerçek zorluğunu ortaya koymak adına, (böyle bir formül zorlukları gizleyebilir) bilimsel ve pratik değerlendirme yapmayı önermektedir.

Bu zorluklar şöyledir:

Genel olarak kabul gören prensibe göre, cezalandırma kınamayı gerektirir. Çoğunluk “ahlaki kınamayı”, azınlık ise “toplumsal kınamayı” kabul etmektedir. Ve gerçek kınamayı bununla açıklamaktadır

Kasıtlı olmayan suçlara, özellikle kusur veya ihmale dayalı suçlara ilişkin böyle bir kınamanın yapılıp yapılamayacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde, bir kısım, kınamanın Alman Ceza Kanunu’ndaki gibi olması gerektiğini savunurken; diğer kısım bu görüşe karşı çıkmakta ve iki farklı görüş ortaya koymaktadır. Görüşlerden biri Anglo-Amerikan hukukuna dayanırken, diğer görüş cezalandırmada, aynı seviyede kusur

* İstanbul Barosu’nda Stajyer Avukat

sorumluluğunu ve bu düşüncenin cezalandırılabilen hareketlerin kanuna karşı gelmek gibi herkes tarafından kabul edilebilecek objektiflikte olması gerektiğini savunmaktadır.

Özgürlükten yoksun bırakan ceza yargılamaları için, arzulanan, kasıtlı olmayan suçlar ve ilk kez tutuklananlar için rejimde bir düzenleme yapılmasıdır.

Bölüm, Kongrenin tartışması ile etkin çözüm bulmanın önkoşulunun olan gerçek zorlukların tam olarak tanımlanması ve problemin değerlendirilmesindeki olarak saptanmaktadır.

II. Bölüm:

Cezalandırmada Uygulanan Yöntemler Ve Teknik Usuller

- a)** Ceza hukukunun, karar verilirken, kanun açık ve ayrıntılı olarak, belirli olmalı ve yargıca yol göstermelidir.

Karar mantıklı ve kesin olarak kararın tüm sebeplerini içerir nitelikte olmalıdır.

Bu sebepler, yargıcın düşüncesini göstermeli ve gerekçeli olarak bütün sorulara cevap vermelidir.

Gerekçelerde, bazı bağlayıcı istisnalar dışında, basma kalıp ve muğlâk ifadelerden kaçınılmalıdır. Yine gerekçeli kararlarda, mahkûm edilen kişi için katı yasal belirlemelerden kaçınılmalı, kişinin menfaatleri olabildiğince açık olarak yargılamada yargıç tarafından açıklanmalıdır.

- b)** Cezanın bireyselleştirilmesi; sürecin farklı öğelerini, suçun ve delillerin tetkikini ve aynı zamanda yaptırımı da hesaba katarak yargıca takdir hakkı verir.Yargıç bu takdir hakkının hukukun genel prensiplerine uygun, keyfiyetten uzak bir biçimde uygulanmalıdır.

Hukuka uygun delil sistemine geçiş, arzulanan düzeyde olmamasına rağmen delilin ibrazı ve geçerliliği tam olarak kanunlarla düzenlenmelidir; Kişinin savunma hakkını veya insanlık haysiyetini zedeleyen soruşturma yöntemlerine başvurma yasaklanmalıdır. Yukarıdaki zorunluluklara ek olarak deliller, modern teknoloji de kullanılarak uzmanlar, yargıçlar ve savunma tarafından gözden geçirilmelidir.

Yargıcın, sanığa verilecek uygun cezayı kararlaştırırken takdir yetkisini en faydalı şekilde kullanması için;

- Bireysel cezanın derecesini hesaplayarak açık bir şekilde değerlendirmesi;
- Ceza yasasında kesin ve açık talimatları bularak hükmedeceği davaya uygulaması
- Şayet davada özel koşullar mevcut ise, sanığın özelliğini veya hükmedebileceği ceza seçeneklerini sanığın mevcut durumuna göre değerlendirmesi gerekir.

Kişiliğin araştırılması, çoğu davada, ceza hukuku hükümlerini temel almalıdır. Adli merciler kişiliğin tespiti için zorunlu olan her türlü gerekliliği yerine getirmelidir. Kanun, kişinin küçük düşmesini önlemek ve hakların kullanımının herhangi bir şekilde engellenmemesi için bu garantilere ek olarak önlem almalıdır.

Cezalandırma sürecinde arzulanan, yargıcın, karar verirken; somut olaya, sanığın ve müeyyidenin sorumluluğu üzerine gerekli bilgiye sahip olmasıdır.

Yargıçlar, “bireyselleştirmede” bireyselleşen ceza adalet sisteminin toplumsal sorumluluğunu üstlenmek durumundadır. Aynı zamanda, makul ölçülerde gayret göstererek, hükmün hazırlanmasında tartışmaları çözmeye katkıda bulunan adli teknikler geliştirmelidir.

- c) Araştırmanın bilimsel metodları, aynı ülkenin içinde farklı ceza yargılama yetkisi ve farklı ceza sistemleri ile çok sayıda görülen adli tekniklerin pratik uygulaması ile geliştirilmelidir. Daha sonra, adli psikolojiye de yeterince yer verilmelidir.

Ceza hakimlerinin bilimsel eğitiminin sağlanması ve uzmanların önderliğiyle, bireyselleştirme gücünü verimli bir şekilde uygulamak için sosyal bilimlerin bütün zorunlu öğeleri kullanılmalıdır. Mesleki eğitim, uygulamaya yönelik araştırmalarla geliştirilmelidir.

Ceza hakimleri mesleğe kazandırılırken temel eğitimlerine özen gösterilmeli, modern ceza hukukunun toplumsal adaleti bu yolla yükseltilmelidir.

Ceza hakimlerinin ve adli görevlilerin saygınlığı; halkın, yasa koyucunun ve hatta hakimlerin gözünde yükseltilmelidir. Adli teşkilatın usul ve organizasyonla ilgili kuralları ceza hakimlerinin özel yargılama fonksiyonlarını daha verimli kullanabilmeleri için bahsedilen durumlarda değiştirilmelidir.

III. Bölüm:

Ceza Davalarına İlişkin Yayınlardan Kaynaklanan Problemler

8. Ceza Hukuku Kongresi

1- İncelemeler:

Ceza yargılamasına dair haberler, kamuoyunun, ceza yargılama sistemini, toplum düzeninin ve toplum ahlakının korunması, insan haklarına saygı, insanların ve adaletin saygınlığının korunması çerçevesinde kısıtlamasını sağlayabilir.

2- Saptamalar:

Hakimler ve medya arasındaki iş birliği örneklerine rağmen birtakım suiistimaller olabilmektedir. Bu suiistimallere karşılık kanunun gösterdiği yol; müesseselerin, geleneklerin ve yasamanın uyumunun sağlanmasından geçer.

3- Varsayılanlar:

Aşağıdaki nedenlerden dolayı düzenlemeler uygulanmalıdır:

a) Olaylar; sosyal değerlere saygı duymayanlarla, özel grupların ve bireylerin topluma karşı belirli hareketleriyle ve kamuoyunun maruz kaldığı tehditlere karşı tutumlarıyla birlikte irdelenmeli ve açıklanmalıdır.

Haberlerinin bir suç gibi nitelendirilmesinden korkan medya sonuç olarak:

- Yanlış ifadelerden ve değiştirilmiş suç vakalarını bildirmekten kaçınmalıdır;
- İfadelerde duygu sömürsü yapmaktan kaçınmalıdır, diğer bütün bilgilere saygı duyulmalı, bilgilerin sunuş şekli ve onların

yazı yoluyla veya fotoğraf yoluyla arz edilmesi haddinden fazla yapılmamalıdır;

- Vahşet ve şiddet dolu sahnelerden kaçınılmalıdır, cinsel sapkınlık bir çeşit özentili duyulmasına neden olabilir, diğer bir yandan, olay yeri inceleme ekiplerinin beyannameleri de potansiyel suçlular için özentiliye yol açabilir;
- Hem suça özendirilmekten, hem de suçlunun duygusal olarak sömürülmesi şeklinde yansıtmaktan uzak durulmalıdır.

b) Yargılamaya dair gizlilikler dışında medya, polis araştırma sonuçları ve karar veren hakkında yorum yapma veya eleştirme hakkına sahiptir ama o kişinin ve ailesinin gizlilik haklarına saygı duymalı, yargıyı etkileyecek hareketlerden kaçınmalıdır.

Sonuçta:

- Medya, polisi ve yargısal araştırmaları takip etmeye çalışır, bu tabinin failin savunmasında sorun oluşturabileceği göz önünde bulundurulmalı ve bunlara engel olunmalı ya da yasaklanmalıdır.
- Medya; sanığın, hükümlünün ve mağdurun kişisel bilgilerinin açıklanmasını önlemelidir.
 - Masumiyet karinesine, suç dosyasının her aşamasında saygı duyulmalıdır. İtibar zedeleyici bütün spekülasyonlara son verilmelidir. Sanığın gizlilik hakkı ve masumiyeti, kendini savunma hakkı, ailesinin itibarı her zaman korunmalıdır;
 - Medya, ceza davaları ile ilgili olarak tebligat yapılan bütün kişilere karşı objektif olmalıdır.
 - Medya, şahitleri, onların ifadelerini, düşüncelerini değiştirebilecek ve jüriyi etkileyebilecek bütün yorumlardan uzak durmalıdır.
- Ceza davasında görevli bütün hakimlerin, medya üzerinde, failin tespiti ilgili haberlerin yayınlanmaması, toplumun sakinleştirilmesi, toplumun yanlış yönlendirmelerden ve değişik formlardaki suçlardan korunması ile ilgili yaptırım hakları olmalıdır;

- Bu prensipler medyanın özgürlüğünün korunması için açık bir şekilde düzenlenmelidir.
- c)** Duruşmaya ilişkin haberlerde bu kuralların yanı sıra aşağıdakiler uygulanmalıdır:
 - Tartışmanın halka açılması sırasında bilgi edinme özgürlüğünün uygulanması ve ceza yargılamasının gelişimi paralelinde sanığın önyargılı olarak suçlanmasının önlenmesi için;
 - Televizyon kameraları, fotoğraf makineleri, kayıt cihazları gibi bütün teknolojik aletlerin mahkemelerde kullanılmasının engellenmesi, adaletin saygınlığının zedelenmesini veya sanığa, juriye ve tanıklara yön verebilecek etkiyi yok edecektir.
 - Röportajlarda veya yargılamaya ilişkin haberlerde; suçlunun kimliğinin açıklanmasına neden olacak her türlü bildirimden kaçınılmalı ve ceza alması durumunda hükümlünün adını açıklamadan cezanın yayımlanmasının sağlanması gerekir.
 - Röportajlarda veya yargılamaya ilişkin haberlerde, suçlunun sosyal uyumu, psikolojik veya sağlık durumları açıklanmamalıdır, bunlar ceza yargılamasının sırlarıdır ve yargılama sisteminin hedeflerini gerçekleştirebilmesini sağlarlar.
- d)** Cezalandırma hedeflerini, sanığın sosyal rehabilitasyonunu ve ilgili tecrübelerini objektif olarak yansıtmak medyanın görevidir, ancak hükümlünün kimliği veya dosyanın tamamı, detayları, asla açıklanmamalıdır. Ceza infaz kurumları da bu bilgilerle ilgili ihtiyatlı davranmalıdır.

4. Beyanatlar:

Bu prensipler, dolaylı veya doğrudan sansür kabul edilebilecek uygulamalara neden olmamalıdır.

5. Dilekler:

Ülkelerde, ceza yargılamasıyla ilgili bilimsel araştırmaların yayınları, araştırmacılarla ve yayımcılarla iletişim kurulmak suretiyle yapılmalıdır.

6. Bildiriler:

Ceza davalarına ilişkin yayınlar profesyonel kontrolden geçirilmelidir. Bu profesyonel kontrolün sağlanabilmesi için örneğin, gazeteciler, hukuk eğitim alabilirler. Ayrıca, mesleki etik kuralları ve disiplini geliştirilmelidir.

7. Öneri:

Devletler, ceza davalarına ilişkin haberlerin kontrol edilmesi, hükümlünün kişiliğine ilişkin araştırmaları, salıverilen veya tutuklu kişilerin mahkeme kararlarına saygı duyulmasını sağlamalıdır.

IV. Bölüm:

Yabancı Ceza Hukukunun Yerel Mahkemelerce Uygulanması

8. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Kongresi

Suç oranının azaltılması ve kişilerin bireysel haklarını savunabilmeleri için, devletlerin cezai yargı yetkisi çerçevesinde iş birliği içinde olması gerekmektedir.

Benzer özelliklere sahip devletler, yerel mahkemenin yabancı ceza hukukunu uygulamasına izin vermelidir.

1. Yabancı ceza hukukunun uygulama alanı

- a)** Ceza gerektiren fiil mahkemenin yetki alanında gerçekleştirilirse, yabancı ceza hukukunun uygulanabilmesi için, yabancı ceza hukukunun yerel hukuk normlarını bertaraf edecek prensiplere sahip olması gerekir. Bununla birlikte, ihlalin ciddiyeti suçlunun, mağdurun veya üçüncü şahısların aile ilişkilerine göre değişiklik gösterebilir. Bu tarz ilişkiler açıkça kamu düzenini ihlal etmedikçe uluslararası özel hukuk tarafından irdelenmelidir (Bkz: 1929 Bucarest Kongresi'nin 3. Kararı).
- b)** Kamu düzeni ile ilgili maddeler, yabancı ceza hukukunun uygulanmasını hiçbir tür suç kategorisinde engellememelidir. Buna rağmen, bazı siyasi suçlardan dolayı yabancı ceza hukuku uygulanmayabilir. Kamu ahlakına ilişkin gibi diğer suç kategorilerinde,

ulusal yasaların farklılığından dolayı yabancı ceza hukuku uygulanmayabilir.

Devletler, Trafik Suçlarıyla ilgili Taslak Avrupa Anlaşmasındaki gibi suçların kesin kategorilerini belirleyen yabancı cezai koşulların uygulanması için anlaşmaları tamamlanmalıdır.

- c) Yabancı ceza yasası, uygulama alanına giren konularda suçlunun milliyeti konusunda hiçbir ayırım yapılmadan uygulanmalıdır.

2. Ceza yasasının uygulanma biçimleri

- a) Yerel ceza hukuku (Lex fori), suç isnadının mümkün olmadığı olaylarda yabancı ceza yasasının uygulanması için olanak yaratmalıdır.

- b) Yabancı ceza hukuku yerel yasanın (Lex fori), herhangi bir suç isnadını öngörememe olasılığına karşı her tarafta uygulanabilir olmalıdır.

Yabancı ceza yasasının uygulamasında, yer alacak suçluların sınırlandırılması gerekir.

- c) Kamu düzenine aykırı yabancı hukuk kuralları dar anlamlarıyla yorumlanarak yerel mahkemece uygulanmayabilir.

3. Yabancı ceza yasasının uygulamasından kaynaklanan problemlerin çözümü

- a) Yabancı ceza yasasının uygulamasından kaynaklanan pratik problemlerin gözden geçirilmesi için Kongre, (yabancı ceza yasasının yorumu ve yaptırımın uyumu gibi) bu zorlukların uluslararası özel hukuktaki çözümlere benzer şekilde giderilebileceğini düşünmektedir.

Olaya göre çözüm, yerel yasa koyucunun yargılama yetkisinin korunmasıdır.

- b) Yabancı ceza hukukunun güncel durumunda, yerel yargıcın bilgilendirilmesi sürecinin uygulamadaki zorlukları göz önünde bulundurulmalıdır. Kongre, uluslararası organizasyonların, mukayeseli

hukuk alanında çalışmalar yapan yerel birimlerin aktif faaliyetlerini cesaretlendirmesi ve kolaylaştırması dileğini ifade etmektedir.

- c) Eğer yabancı ceza hukukunun uygulanması, bir çıkar çatışmasına neden olursa, kongre, (sık sık AIDP tarafından dile getirilen) böyle çatışmalarda karar vermek için ilan edilen uluslararası bir ceza mahkemesine yetki verilmesi dileğini ifade etmektedir.

9. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Lahey, 23-30 Ağustos 1964)

Çeviren Av. Aysun Dalkılıç*

Konular:

- 1. Tekerrür ve birden fazla suç işlenmesi dışındaki ağırlatıcı nedenler**
- 2. Aileye ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar**
- 3. Ceza davasında kovuşturma makamlarının rolü**
- 4. Cezai hükümlerin uluslararası etkileri**

1. Bölüm:

Tekerrür ve Birden Fazla Suç İşlenmesi Dışındaki Ağırlatıcı Nedenler

Gerekçe

Bir suçun kendine özgü ağırlığını belirtmek ve buna uygun bir şekilde cezalandırmak için çeşitli yasal tekniklerin bulunması;

Bu tekniklerin, kanunilik ve her duruma göre belirlenen cezanın bireyselleştirilmesine uyularak aynı zamanda sanığın haklarını güvence altına almasının arzu edilmesi;

Bu iki amacı, aynı zamanda tamamıyla gerçekleştirmek bazen oldukça zor olsa da, bir dengenin araştırılmasının istenmesi;

Değişik ülke mevzuatlarının, kanunda öngörülen alt ve üst sınır arasında bir cezanın belirlenmesi ya da normalde öngörülen üst sınırı aşan bir cezanın uygulanması ile bu dengeyi sağlamaya çalışan değişik sistemler önermesi;

Mevzuatlardaki bu çeşitliliğe rağmen, Kongre'de, ağırlatıcı nedenler ile ilgili şu değerlendirmeler kabul edilmiş görünmektedir:

* İstanbul Barosu'nda Avukat

1. Farklı ulusal hukukların kendilerine özgü nitelikleri ve gelenekleri ile şekillenen ceza politikalarının varlığını kabul ederek, elverdiği ölçüde, ağırlatıcı nedenler, ceza kanunlarının genel hükümler kısmında yer almalıdır.
2. Ağırlatıcı nedenlerin belirlenmesi, sübjektif sorumluluk göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.
3. Ağırlatıcı nedenlerin uygulanması hâkimin takdirine bırakılmadır.
4. Ağırlatıcı nedenlerin uygulandığı durumlarda kanunda öngörülen üst sınırı aşılmasına izin verilmemelidir. Ağırlatıcı nedenleri sınırlandırmayan bir liste, örnek olarak hâkimlere sunulabilir, ancak hâkimler diğerlerini de dikkate almalıdırlar.

Bu liste, suçun ağırlaşmasının objektif unsurlarını, suçlunun rehabilitasyonu ve toplumun korunmasını sağlamak için suçlunun kişiliğine ve davranışının nedenlerine ilişkin özellikleri dikkate almalıdır.

5. Ceza hukukunun bu alanının uygulamaya yönelik temel problemlere çözüm bulabilmek için, değişik mevzuatlarda kabul edilmiş ağırlatıcı nedenlerin kriminolojik yaklaşımları üzerine etkin bir biçimde karşılaştırmalı araştırmalar yapılmalıdır.

2. Bölüm:

Aileye ve Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar:

Kongre'nin ikinci bölümünde, bu çalışmalar ile oluşturulan soruların önemi ortaya konulmuş ve bazı özel sorunlar hakkında ılımlı sonuçlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Ancak, burada sadece bu konuyla ilgili ilk olarak cezai ve yasal yaklaşımdan bahsedilmektedir. Bölüm, gelecek yıllarda cinsel suçlara ilişkin kriminolojik araştırmaların yapılmasını gerektirmektedir.

Karar 1:

1. Zinayı suç sayan ülkeler, zinayı ceza hukukundan çıkarmalıdır.
2. Zina cezalandırılmamalıdır.

Karar 2:

Ensest ilişkinin cezalandırıldığı ülkelerde, bu suç, usul ve fütüğü veya kardeşler arasında olmak üzere sınırlandırılmalıdır. Soruşturma aşamasında, şüphelinin sosyal ve aile çevresi de incelenmelidir.

Karar 3:

Doğum kontrolü ve doğum kontrolü yöntemleri hakkında bilgi verilmesine, ceza hukuku ile sadece, müstehcenlik, pornografi yasaklayan düzenlemeleri ihlal edilmesi veya gençliğin korunmasının gerektiği halde müdahale edilir.

Karar 4:

Kürtajı yasal sistemlerinde kabul etmeyen ülkelerin, yasal kürtaj yapma imkânlarını artırması gerekir.

Kadının hamileliğine son vermesine izin veren ülkeler, bu izni yasa da özenle düzenlemelidirler.

Karar 5:

Ceza yasası, eşlerin birlikte rızası olmaksızın yapılanlar dışında, yapay döllemenin uygulanmasını yasaklamamalıdır.

Karar 6:

Ceza yasası homoseksüel davranışları aşağıda belirtilen durumlarda cezalandırmalıdır:

- Homoseksüel davranışa güç kullanmak veya şiddetle zorlanması,
- Küçüğün yetişkin tarafından zorlanması,
- Gözetim ve denetimi altındaki veya kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak küçüğü veya koruması altındaki kişiyi bu ilişkiye zorlama,
- Homoseksüel ilişkinin açık veya diğer kişileri teşvik edecek şekilde sürdürülmesi,
- Homoseksüel ilişkide aracılık yapma.

Yetişkin erkek veya kadın tarafından yukarıda bahsedilenlerden herhangi birini kapsamayan homoseksüel davranışlar ceza kanunu ile yasaklanmamalıdır.

Karar 7:

Kadın ve çocuklara yardım konusundaki eksiklikler, hızla değişen günümüz toplumunda birçok önemli sosyal sorunlara sebep olmaktadır ve bu giderek artmaktadır. Bu konu hakkında sosyolojik ve hukuki alanda araştırma yapan ve uluslararası hukuk, ceza hukuku, aile hukuku konusunda uzmanlardan oluşan Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'ne bağlı uluslararası komisyon kurulması tavsiye edilmiştir.

Kadın ve çocuklara yardım konusundaki eksiklere etkili çözümler bulmak için dünya çapında çalışma yapmak gerekir. 1958 Birleşmiş Milletler Konvansiyonu bu konu üzerine yürürlüğe girmiştir. Aynı zamanda, Uluslararası Kriminoloji Derneği ve Uluslararası Toplumsal Savunma Derneği gibi diğer dernekler de yapılan başka çalışmalardır.

3. Bölüm:

Ceza Davasında Kovuşturma Makamlarının Rolü

1. Cumhuriyet savcısının görevi, ağır bir sosyal sorumluluğu içerir. Bu görev, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi ile bozulmuş, sosyal ve hukuk düzeninin korunmasıdır.

Bu görev, tarafsız olmak ve insan haklarının korunmasını sağlama ödevi ile yerine getirilmelidir.

Cumhuriyet savcısı, görevini yerine getirirken suçlunun rehabilitasyonunun sağlanabilmesi yönünde hareket etmelidir.

2. Kamu davasının yürütülmesinde iki sistem karşımıza çıkmaktadır: kanunilik ve yerindelik. Prensip olarak, iyi bir adalet yönetimi sağlayan uygulama modelleri olması şartıyla bu ikisinden biri kabul edilebilir.

Bütün keyfilikleri, katı bir şekilde kanunları uygulamak ve biçimciliği ortadan kaldırmak amacıyla bu prensipler hakkında bazı düzeltmeler yapmak kaçınılmazdır.

Bununla birlikte, bu iki sistemde yer alan düzeltmeler hakkında geniş bir çalışma yapılması gerekir. Belki de bu sistemler geliştirilebilir ve yeni düzeltmelere yer verecek elverişli kriterlerle yeniden tasarlanabilir.

3. Birçok ülkede, yürütme gücünün düzeni korumak için, kamu davasının sürdürülmesi gibi, kamu davası ile ilgili sorumlulukları olduğu ve kovuşturma makamlarının emir ve otoriteye uygun davranmaları gerektiği düşünülmektedir.

Buna karşılık, bazı ülkelerde ise, kovuşturma makamları böylesine bir otoriteden hukuki olarak kurtulmuşlardır ve diğerlerinde hukuki ve sosyal gelişme, onlara geniş bir ölçüde vazgeçme imkânı vermektedir.

Kongre, hükümete karşı kovuşturma organlarının geniş bir özerkliğe sahip olması gerektiği yönündeki düşünceleri desteklemektedir. Ancak bu özerklik, olası cezalara ilişkin posteriori bir kontrolü veya ulusun temel çıkarlarına zarar veren hallerde meslekten çıkarmayı kabul etmeme anlamına gelmemelidir.

4. Cumhuriyet savcılığının rolünün sosyal önemi, savcılarının meslek eğitimleri ve ahlaki yapıları konularına dikkat göstermeyi gerektirmektedir. Mesleki eğitimleri konusunda, kriminoloji hakkında derin bilgilerinin olması ve meslek hayatları boyunca bu bilgilerinin ilerletmeleri gerekir.

4. Bölüm:

Cezai Hükümlerin Uluslararası Etkileri

I- Genel Açıklamalar:

1. Prensip olarak, bir ülkede verilen cezai hükümlerin başka bir ülkede tanınabileceğini tavsiye etmek uygun olacaktır. Böyle bir tanıma, egemenlik fikri ile bağdaşmaz nitelikte değildir. Aslında, milletleri birbirinden ayıran aşırı bir milliyetçilik, birçok durumda özellikle ceza hukuku alanında, uluslararası dayanışmaya uygun bir işbirliği isteğinden sonra gelir. Aynı şekilde, yabancı cezai hükümlerin uygulanmasında ortaya çıkan pratik zorluklar karşılaştırılmalı hukukun güncel katkıları ile aşılabılır.

2. Yabancı cezai hükümlerin sahip olabileceği etkilerin niteliği ve kapsamı, ilgili devletin hukuki, sosyal, kültürel, politik durumlarının benzerliklerine bağlıdır. Etkilerini sahip olduğu niteliğe, özellikle ulusal veya uluslararası karaktere göre ayırmak önemlidir. Günümüzde, genel olarak yabancı mahkeme kararlarının uygulanması olasılığının kabul edilmesi, özellikle yabancı ülkede serbest bırakılan veya cezalandırılan kişilerin denetiminin sağlanması ancak ortak kamu hayatının prensipleri ile şekillenen, bölgesel olarak sınırlandırılmış devletler arasında düşünülmektedir. Buna karşılık, tamamen farklı temel yapılara sahip devletlerde de şu andan itibaren özel etkilerin tanınmasına hiçbir engel yoktur.

II- Tanımının Önşartları:

1. a) Yabancı ülke cezai hükümlerinin tanınması öncelikle bir yargılama gücüne sahip olmasını gerektirir.

Failin yokluğunda alınan kararlar, genel kurala göre tanınmazlar. Bununla birlikte, trafik suçları gibi daha az öneme sahip suçlarda veya fail savunmasında hazır bulunmuş ise, bu tür mahkeme kararları tanınabilmektedir.
- b) Ayrıca, yabancı mahkeme kararının tanınması, genel kurallara göre çifte cezalandırma ilkesini dikkate almalıdır.
- c) Son olarak, genel kurala göre, vergisel, askeri, politik ve benzeri suçlarda tanıma kabul edilmez. Bununla birlikte bu konudaki özel sözleşmeler göz ardı edilmemelidir.
2. Tanınan mahkeme kararlarının dayanağını oluşturan yabancı ceza yargılaması genellikle birçok ülkede kabul edilen uluslararası sözleşme ve deklarasyonlarda belirtilen hukuk devletinin ceza yargılamasında bulunan temel prensiplere uygun olmalıdır.
3. Yabancı mahkeme kararının tanınması ulusal kamu düzenine zarar vermemelidir. Burada kullanılan ulusal kamu düzeni kavramı, devletin temel menfaatleri anlamındadır.