

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

OCAK
ŞUBAT
MART
2012

SAYI

1

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Fikret İlkiz

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

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

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

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

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Stj. Av. Can Vodina

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.mental@damgada.com

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

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

Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri

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

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

Zeytinburnu/İSTANBUL

0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

Basım Tarihi

Ağustos 2012

İçindekiler

- Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu **1** Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Yönlünden Korunması
- Michel Masse, **25** Siyasetçinin Cezalandırılması
Caroline Duparc,
Bernadette Aubert
Çeviren: Dr. Güçlü Akyürek
- Ar. Gör. Bilgehan Savaşçı **65** Bir İnsancıl Hukuk Kaynağı Olarak Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I Nolu Protokol
- Yalım Turan **113** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Terazisinde Masumiyet Karinesi İfade Özgürlüğü Dengesi
- Av. Cansu Ortanca **125** Olası Kastla İnsan Öldürmeye İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi
- Stj. Av. Can Vodina **143** İletişimin Tespiti ile Elde Edilen Bilgilerin Ceza Yargılamasında Hangi Koşullarda Delil Olarak Kullanılabileceğine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi
- Stj. Av. Dilan Işık **155** Önleme Amaçlı İletişimin Tespiti ile Elde Edilen Bilgilerin Ceza Yargılamasında Delil Olarak Kullanılmamasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi
- Stj. Av. Melike Ezgi Yetimoğlu **175** Gönüllü Vazgeçmeye İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi
- Stj. Av. Gizem Dönmezler **187** Görevi Yaptırmamak için Direnme Suçunun Kasten Yaralama Suçunun İçinde Eriyip Erimeyeyeceğini Konu Alan Bir Yargıtay Kararı İncelemesi

FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN KORUNMASI*

Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU**

BİRİNCİ BÖLÜM TELİF SUÇLARI

Telif suçları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda iki grup halinde düzenlenmiştir. İlk olarak manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçları ikinci olarak da koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu düzenlenmiştir.

I- MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI (F.S.E.K.md. 71)

Maddenin başlığı 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 138.maddesi ile değişmiştir. Söz konusu maddede önceden yalnızca manevi haklara tecavüz suçları düzenlenmişken, yapılan değişiklikle mali veya bağlantılı haklar da madde kapsamına alınmıştır.

A- MADDİ UNSUR

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakların ihlali eylemidir. Söz konusu ihlal biçimleri F.S.E.K.'nin 71. maddesinde tek tek sayılmıştır.

1- Suçun Maddi Konusu

F.S.E.K.'nda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı haklardır. F.S.E.K.'nda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleri şunlardır:

* Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Düzenlediği Pazartesi Forumları Kapsamında 05 Mart 2012 günü sunulan tebliğdir.

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

1. İlim ve edebiyat eserleri (F.S.E.K.md.2)
2. Müzik eserleri (F.S.E.K.md.3)
3. Güzel sanat eserleri (F.S.E.K.md.4)
4. Sinema eserleri (F.S.E.K.md.5)
5. (*İSTİSNAİ OLARAK*) İşlenmeler ve derlemeler(F.S.E.K.md.6). Yararlanılan eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek koşuluyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler F.S.E.K.'na göre eser sayılır(F.S.E.K.md.6/son).

a- Manevi Haklar (F.S.E.K. md.14 vd.)

Fikir ve sanat Eserleri Kanunu'nda koruma altına alınmış manevi haklar şunlardır:

- 1- Eserin umuma arzı yetkisi (FSEK md.14)
- 2- Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı(FSEK md.15)
- 3- Eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı (FSEK md. 16)
- 4- Zilyed ve malike karşı haklar(Eserin aslına varma hakkı) (FSEK md.17)

b- Mali Haklar (F.S.E.K.md. 20 vd.)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda koruma altına alınmış mali haklar alenileşmiş eserlerle ilgilidir. Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır (F.S.E.K.md.7/1). Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, F.S.E.K.'nda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine etki etmez (F.S.E.K.md.20/1).

Bir işlenmenin sahibi kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir (F.S.E.K.md.20/2).

Mali hak çeşitleri şunlardır:

- 1- İşleme hakkı (F.S.E.K. md.21)

- 2- Çoğaltma hakkı (F.S.E.K md.22)
- 3- Yayma hakkı (F.S.E.K md.23)(Tükenme ilkesi veya ilk satış ilkesi)
- 4- Kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı (F.S.E.K md.23/2, c.3)
- 5- Temsil hakkı (F.S.E.K md.24)
- 6- İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (F.S.E.K.md.25)

c- Bağlantılı Haklar (F.S.E.K. md.80 vd.)

F.S.E.K.'nun "Tanımlar" başlıklı 1/B maddesinin j bendinde tanımlanmıştır: *'Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla **komşu hak sahipleri** ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren **film yapımcılarının** sahip oldukları hakları ifade etmektedir.*

c1- Komşu Haklar (F.S.E.K.md. 1/B,k ve F.S.E.K. md.80/1)

F.S.E.K.'nun 1/B maddesinin k bendine göre eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde **icra eden** sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden **fonogram yapımcıları** ile **radyo televizyon kuruluşlarının** sahip oldukları hakları ifade etmektedir.

F.S.E.K.'nun 80/1.maddesi; eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahibi niteliğiyle eser sahibinin haklarına komşu hak sahipleri olarak **icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının, radyo televizyon kuruluşlarının** haklarını düzenlemektedir.

c2- Film Yapımcılarının Hakları

F.S.E.K.'nun 80/2.maddesi eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahibi olarak film yapımcılarının haklarını düzenlemektedir.

2- Fiil(Eylem)

F.S.E.K.'nda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakların ihlali suçlarını oluşturan eylemler şunlardır:

a- Manevi, Mali Veya Bağlantılı Hakların İzinsiz Kullanımı (Fikir Ve Sanat Eserlerinde Korsanlık)

Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur(F.S.E.K.md.71/I,1).

a1 - Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın;

- **İşlemek:** F.S.E.K.'nun 21.maddesinde yer alan işleme hakkı bir mali haktır ve bir eserden onu işlemek suretiyle yararlanmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Aynı şekilde F.S.E.K.'nun 80/1,A maddesine göre komşu hak sahibi sıfatıyla icracı sanatçı da mali haklara sahiptir.

F.S.E.K.'nun 80/1,B maddesine göre fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları **kullanma yetkisini** devraldıktan sonra komşu hak sahibi olurlar. Bu husus, film yapımcıları için de F.S.E.K.'nun 80/2.maddesine göre aynıdır.

İşlenme eserler F.S.E.K.'nun 6.maddesinde tek tek sayılmıştır. Ayrıca F.S.E.K.'nun 1/B maddesinin c bendinde de tanımı yapılmıştır. Buna göre işlenme eser kaynak esere göre bağımsız olmayıp, ancak işleyen de hususiyetini taşıyan eserdir.

- **Temsil etmek:** F.S.E.K.'nun 24.maddesine göre bir mali haktır.
- **Çoğaltmak:** F.S.E.K.'nun 22.maddesine göre bir mali haktır.

Temsil etmek ve çoğaltmak hakları da **ircacı için** F.S.E.K.'nun md.80/1,A,(2), **fonogram yapımcısı** için F.S.E.K.md.80/1,B,(1) ve **film yapımcısı** için de F.S.E.K.'nun 80/2,(1).maddelerine göre mali haktır.

- **Değiştirmek:** F.S.E.K.'nun 16.maddesine göre bir manevi haktır.
- **Dağıtmak :** F.S.E.K.'nun 23.maddesi kapsamında yayma hakkının kullanım biçimlerinden biridir ve mali haktır. Buna göre aslı veya çoğaltılmış nüshaları kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak ve diğer yollarla dağıtmak **yayma hakkının kullanılmasıdır.**

Söz konusu haklar **icracı için** F.S.E.K.'nun 80/1,A,(2), **fonogram yapımcısı** için F.S.E.K.'nun 80/1,B,(1) ve **film yapımcısı** için de F.S.E.K.'nun 80/2,(1) maddelerinde tanınmıştır.

- **Her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek:** F.S.E.K.'nun 25.maddesine göre bir mali haktır.

Söz konusu hak **icracı için** F.S.E.K.'nun 80/1,A,(2), **fonogram yapımcısı** için F.S.E.K.'nun 80/1,B,(1) ve **film yapımcısı** için de F.S.E.K.'nun 80/2,(1). maddelerinde tanınmıştır.

- **Yayımlamak:** F.S.E.K.'nun 7/2.maddesine göre bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır. Diğer deyişle **F.S.E.K.'na göre ticari amaçla umuma arz yayımlamaktır. Ticari amaç dışı umuma arz aleniyettir.** F.S.E.K.'nun 7/3. maddesinde 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3/2.maddesi saklı tutulmuştur. Saklı tutulan bu maddede Basın Kanunu'na göre yayım tanımlanmaktadır. Buna göre, basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı "neşir" sayılır. Ancak 5680 sayılı Basın Kanunu, 09 Haziran 2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2.maddesinin b bendine göre ise basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması yayımdır.

Yayımlamak, F.S.E.K.'nun 14.maddesine göre manevi haktır: Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder. F.S.E.K. buna umuma arz yetkisi demektedir.

Söz konusu hak **icracı için** F.S.E.K.'nun 80/1,A,(3,4), **fonogram yapımcısı** için F.S.E.K.'nun 80/1,B,(2,3) ve **film yapımcısı** için de F.S.E.K.'nun 80/2,(2,3). maddelerinde tanınmıştır.

a2- Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserlerle ilgili eylemler;

Bir eser, icra, fonogram veya yapım, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlenmiş veya çoğaltılmıştır. Sonrasında bu korsan ürünleri;

- **satışa arz etmek**, (yayma hakkı md.23)
- **satmak**, (yayma hakkı md.23)
- kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde **yaymak**, (yayma hakkı)
- **ticari amaçla satın almak**, (yayma hakkı)
- **ithal veya ihraç etmek**, (yayma hakkı)
- **kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak** (yayma hakkı)
- **depolamak** (yayma hakkı) suç tipine uygun eylemleri oluşturur.

F.S.E.K.'nun 71/I,1.maddede yer alan tüm bu eylem biçimleri maddede seçimlik olarak yer almıştır. Dolayısıyla, failin bu hareketlerden herhangi birini yapması ile suç işlenmiş olacağı gibi, bu hareketlerden birden fazlasının yapılması durumunda da birden fazla suç oluşmayacak, tek suç oluşacaktır. Örneğin, fail önce hak sahibinin yazılı izni olmadan bir eseri işler veya çoğaltır, sonra da bunları satışa çıkarırsa, hem çoğaltmadan hem de hukuka aykırı işlenmiş bu eseri satışa sunmaktan ayrı ayrı cezalandırılmaz. Bunun yanında hukuka aykırı işlenmiş eserin satışa sunulması amacıyla, işlenmesinden sonra, bunların satışa sunulmasından önce failin yakalanması durumunda da eylem teşebbüs derecesinde kalmış sayılamaz.

b. Eser Hırsızlığı (İntihal Suçu): F.S.E.K.'nun 71/I,2.maddesine göre başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

Suçun maddi unsuru başkasına ait esere kendi adını koymaktır. Kanaatimce eserin tümünün ya da önemli bir kısmının alınması bu suçu oluşturur. Bu noktada ayırıcı ölçüt, özgün eserin sahibinin hususiyetinin çalıntı esere aynen geçirilmiş olmasıdır.

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı manevi bir hak olarak F.S.E.K.'nun 15.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arzetme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir.

Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.

Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise yahut her hangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir.

Eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır.

Eser sahibinin haklarına komşu hak sahibi olarak icracı sanatçıların, F.S.E.K.'nun 80/1,A,(1).maddesinde icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını isteme hakkına sahip oldukları hüküm altına alınmışsa da suç tipini düzenleyen maddede ilk bentten farklı olarak komşu hak sahipleri belirtilmediğinden, bu suç icracı sanatçıya karşı işlenemeyip, yalnızca eser sahibine karşı işlenebilecektir.

Suçun düzenlendiği F.S.E.K.'nun 71/1,2.maddesinin ikinci cümlesinde suçun nitelikli hali olarak cezada artırım öngören bir hüküm vardır. Buna göre söz konusu eylem, dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenirse hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezası da seçimsizlik ceza değildir.

Kanaatimce eser hırsızlığı suçunda suçun temel şeklinde altı aydan iki yıla kadar hapis cezasının yanında adli para cezasını seçimsizlik ceza olarak öngörüp, artırılmış şeklinde altı aydan beş yıla kadar hapis cezasının yanında adli para cezasının seçimsizlik ceza olarak kabul edilme-

mesi ile bir önceki korsanlık suçunda bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasının yanında adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörülmesi arasında orantısızlık vardır. Bir önceki suçta adli para cezasının yer almaması bu orantısızlığı ortadan kaldıracaktır.

c. İktibas (Alıntı Suçu): F.S.E.K.'nin 71/I,3.maddesinde düzenlenmiştir. Suçun maddi unsuru bir eserden kaynak göstermeksizin iktibas-ta bulunmak; diğer deyişle alıntı yapmaktır. Cezası altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Eserin tümünün veya önemli bir kısmının alınması eser hırsızlığı suçunu oluşturur.

ç. Yanıltıcı Alıntı: F.S.E.K.'nin 71/I,5.maddesinde düzenlenmiştir. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

d. Alenileştirmek: F.S.E.K.'nin 71/I,4.maddesinde düzenlenmiştir. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Eser sahibinin manevi hakları arasındadır. F.S.E.K.'nin 14/2.maddesine göre bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir.

e. Ad Hırsızlığı: F.S.E.K.'nin 71/I,6.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

f. Eser Bilgilerinde, Kodlarında Veya Numaralarında Sahtecilik: F.S.E.K.'nin 71/2.maddesine göre, F.S.E.K.'nin ek 4.maddesinin birinci fıkrasında sözü geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

F.S.E.K.'nin Ek 4. maddesinin birinci fıkrasına göre eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz veya değiştirilemez. Bilgileri ve bu bilgileri temsil eden sayıları veya kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan

eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilemez. Bu fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.

g. Eserlerin İçerik Sağlayıcıları Tarafından İçerikten Çıkarılmaması: F.S.E.K.'nun 71/2.maddesine göre, F.S.E.K.'nunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

F.S.E.K.'nun Ek 4.maddesinin üçüncü fıkrasına göre dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâlî halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlîni durdurulmasını ister. İhlâlîni devamı halinde bu defa, Cumhuriyet Savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlîni durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

h. Mali Ve Manevi Haklara İlişkin Yanlış Beyanda Bulunmak (F.S.E.K.md.13/3): F.S.E.K.'nun 13.maddesine göre filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amacıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar.

Aynı maksatla, eser sahiplerinin talebi üzerine, bu Kanun kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescili yapılabilir, malî haklara ilişkin yararlanma yetkileri de kayıt altına alınabilir. Beyana müstenit

yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz. Ancak, kayıt ve tescil işlemlerine esas teşkil edecek işlemlerde, mevcut olmadığını bildiği veya bilmesi icap ettiği veya kendisine ait olmayan malî ve manevî haklara ilişkin yanlış beyanda bulunanlar, bu Kanunda öngörülen hukukî ve cezaî müeyyidelere tâbidirler.

Bu suçta maddi unsur kayıt ve tescil işlemlerinde var olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği veya kendisine ait olmayan mali ve manevi haklara ilişkin yalan beyanda bulunmaktır.

Madde hükmü yaptırım bakımından F.S.E.K.'nda öngörülen cezai yaptırımlara atıfta bulunmuştur. Bu madde hükmü, ilgili mali veya manevi hakka tecavüz oluşturan seçimlik hareketlere bir seçimlik hareketi daha ekleyen bir ceza normu olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla hangi mali veya manevi hak konusunda yalan beyanda bulunulmuşsa onunla ilgili ceza normundaki cezanın verilmesi söz konusu olacaktır. Düzenleme, bu niteliğiyle kanun yapma tekniğine aykırı olduğu gibi, cezada yasallık ilkesi bakımından da belirli olmadığı gerekçesiyle tartışmaya açıktır. Çünkü yanlış beyanda bulunmak, esasen ceza normu olan F.S.E.K.'nun 71.maddesindeki suç tiplerine uyan bir eylem olarak değerlendirilirse bu maddeye gerek yoktur; değerlendirilemez ise bu kez de cezada atıf belirli değildir. Sonuç olarak kanunilik ilkesine aykırıdır.

B- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hak sahibi kişilerin izni veya yetkisizlik, hukuka uygunluk nedeni değil, tipiklikte yer alan suçun maddi unsurlarındandır.

Ancak, F.S.E.K.'nun eser sahibinin haklarındaki kısıtlamaları düzenleyen 30 ve devamı maddelerinde yer alan hususların hepsi birer hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadırlar. Bunlar, şunlardır:

1- Eser Sahiplerine Karşı Hukuka Uygunluk Nedenleri

a- Kamu düzeni düşüncesiyle eserin kullanılması (F.S.E.K.md.30):

Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelittlak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir. Fotoğraflar, umumi emniyet mülahazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir.

Eserin her hangi bir suretle ticaret mevkiine konmasını, temsilini veya diğer şekillerde kullanılmasını meneden yahut müsaade veya kontrole bağlı tutan kamu hukuku hükümleri mahfuzdur.

F.S.E.K.'nun 80.maddesinin yedinci fıkrasının 4.bendi gereğince komşu hak sahibi ve film yapımcısına karşı da hukuka uygunluk nedenidir.

b- Genel yarar düşüncesiyle eserin kullanılması (F.S.E.K.md.31):

b1- Mevzuat ve İçtihatlar

Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.

b2- Nutukların çoğaltılması ve yayımlanması (F.S.E.K. md.32)

Türkiye Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve bilgi verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir.

Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir.

Bu söz ve nutukları birinci fıkrada zikredilenden başka bir maksatla çoğaltmak veya diğer bir suretle yaymak eser sahibine aittir.

F.S.E.K.'nun 80.maddesinin yedinci fıkrasının 4.bendi gereğince komşu hak sahibi ve film yapımcısına karşı da hukuka uygunluk nedenidir.

b3-Temsil Serbestisi (F.S.E.K.md.33):

Yayımlanmış bir eserin; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir.

b4- Eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler (F.S.E.K.md.34):

Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet

dâhilinde iktisaplar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.

F.S.E.K.'nun ilim ve edebiyat eserlerini sınıflandırdığı 2.maddesinin 3.bendinde ifade edilen “bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” ve güzel sanat eserlerini sınıflandırdığı 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde gösterilen “yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafı” ile beşinci bendinde gösterilen “fotoğrafik eserler ve slaytlar” neviinden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir.

Ancak bu serbestlik, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.

Münhasıran okullara mahsus olarak hazırlanan ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından onanan (okul-radyo) yayımları için de aynı hüküm uygulanır.

Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.

Bütün bu hallerde eser ve eser sahibinin adı mutad şekilde zikredilmek icap eder.

F.S.E.K.'nun 80.maddesinin yedinci fıkrasının 4.bendi gereğince komşu hak sahibi ve film yapımcısına karşı da hukuka uygunluk nedenidir.

b5- İktibas Serbestisi (F.S.E.K.md.35):

Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir:

- Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;

- Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir neviden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması;
- Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması;
- Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi.

İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.

F.S.E.K.'nun 80.maddesinin yedinci fıkrasının 4.bendi gereğince komşu hak sahibi ve film yapımcısına karşı da hukuka uygunluk nedendir.

b6- Gazete İçeriği (F.S.E.K.md.36)

F.S.E.K.'nun 36.maddesinin hükmüne göre, Basın Kanunu'nun 15 inci maddesi hükmü saklı kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36. maddesinde atıf yapılan Basın Kanunu da yürürlükteki 09 Haziran 2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30.maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan 5680 sayılı Basın Kanunu'dur. Söz konusu maddede atıf yapılan önceki 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 15.maddesi hükmüne göre:

“Bir mevkutenin hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edip yayımladığı haber yazı ve resimler mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayımlanmaz. Hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir.

Mevkute sahibi, mesul müdür ve yazı sahibi haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz.”

Yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu'nda bu konu yeniden yayım başlığı altında 24.maddede düzenlenmiştir. Yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 24.maddesi hükmü şöyledir:

“YENİDEN YAYIM

Madde 24 - *Bir süreli yayında yayımlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar beş milyar liradan on milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.*

Bu eserleri, yeniden yayım hakkı saklı tutulmuş olmasına rağmen, süreli yayım sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar yirmi milyar liradan kırk milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.”

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, Basın Kanunu’na yapılmış tüm atıfların da kanun değişikliğiyle güncellenmesi gerekmektedir.

F.S.E.K.’nin 36.maddesinin 2.fıkrasına göre; “Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin makale ve fıkraların iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı saklı tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir.”

Aynı maddenin 3.fıkrasına göre ise, “Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder.”

Yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu, 24.maddesindeki ceza normuyla F.S.E.K.’nin 36.maddesiyle uyumlu duruma gelmiştir. Ancak, F.S.E.K.’nda, Basın Kanunu’na yapılmış atıfların düzeltilmemiş olması bir eksikliklerdir.

b7- Haber (F.S.E.K.md.37)

Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz.

c- Özel yarar düşüncesiyle eserin kullanılması (F.S.E.K.md.38 vd)

c1- Kişisel kullanma (F.S.E.K.md.38)

Bütün fikir ve sanat eserlerinin kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.

Söz konusu madde bilgisayar programları ile ilgili olarak da ayrıntılı hükümler taşımaktadır.

c2- Kopya ve Teşhir (F.S.E.K.md.40)

Umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır.

Üzerlerine, sahibi tarafından sarahaten menedici bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir.

Açık artırma ile satılacak eserler umuma teşhir olunabilir. Umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma caizdir.

Bu hallerde, aksine yerleşmiş adet yoksa eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilir.

ç- Yayın ve/veya İletimle İlgili Hukuka Uygunluk Nedeni (F.S.E.K.md. 43/5 ve md. 41/10):

Eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına ve/veya iletilmesine ilişkin esasların düzenlendiği F.S.E.K.'nın 43.maddesinin beşinci fıkrasının atfıyla F.S.E.K.'nın 41.maddesinin onuncu fıkrasına göre, meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler.

Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmediğiçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. **Bu durumda eylem hukuka aykırı olmaz.**

Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin bu fıkrada öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.

F.S.E.K.'nun 80.maddesinin yedinci fıkrasının 4.bendi gereğince komşu hak sahibi ve film yapımcısına karşı da hukuka uygunluk nedenidir.

2- Komşu Hak Sahibi İle Film Yapımcısına Karşı Hukuka Uygunluk Nedenleri

Aşağıda belirtilen hallerde komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekli değildir:

1. Fikir ve sanat eserlerinin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı.
2. Fikir ve sanat eserleri ile radyo-televizyon programlarının yayınlanma ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması.
3. Radyo-televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler.
4. Bu Kanununun 30 uncu, 32 nci, 34 üncü, 35 inci, 43 üncü, 46 ncı ve 47 nci maddelerinde belirtilen haller.

F.S.E.K.'nun 46.maddesi eser bakımından devletin faydalanma yetkisini, 47.maddesi ise kamuya mal etme yetkisini düzenlemektedir. Hak sahipliğiyle ilgili özel düzenlemelerdir.

Bu uygulama, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep dışında zarar veremez veya eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.

C- MANEVİ UNSUR (KUSURLULUK)

Tüm bu eylemlerin suç oluşturabilmesi için her eylemin kasten işlenmiş olması zorunludur. Bu bağlamda fail, suç tiplerinde yer alan her bir unsuru bilerek ve isteyerek eylemini gerçekleştirmiş olmak zorundadır. Suç tiplerinde yer alan unsurlarda düşülen hata kastı ortadan kaldırır (T.C.K.md.30/1).

Kayıt ve tescilde yanlış beyanda bulunmak suçunda failin var olmadığını bilmesi icap ettiği mali veya manevi haklara ilişkin de yalan beyanda bulunması suç sayılmıştır. Aslında buna yalan beyan demek doğru değildir. Kişinin bilmediği bir konuda yalanından söz etmek doğru değildir. Bu nedenle yanlış beyan demek daha doğru olurdu. Madde bu şekilde yanlış beyanda taksiri cezaya bağlamış; ancak kastan da ayrılmamıştır. Cezada orantılılık ilkesine de aykırıdır.

Ç- CEZAYA ETKİ EDEN NEDEN OLARAK MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK:

F.S.E.K.'nin 71.maddesinin son fıkrasına göre hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildi- rerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.

II- KORUYUCU PROGRAMLARI ETKİSİZ KILMAYA YÖNELİK HAZIRLIK HAREKETLERİ SUÇU(F.S.E.K. md.72)

A- MADDİ UNSUR

Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Seçimlik hareketli suçtur. Üretmek, satışa arz etmek, satmak veya kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurmamak hareketlerinden birinin yapılması suçun tamamlanması için yeterli olacağı gibi, bunlardan birkaçının yapılması durumunda da birden fazla suç oluşmaz.

Üretilen, satışa arz edilen, satılan veya kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurulmuş program veya teknik donanımların bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya elverişli olmaları gerekli ve yeterlidir.

B- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kişisel kullanım amacıyla elde bulundurmak hukuka uygunluk nedenidir.

C- MANEVİ UNSUR(KUSURLULUK)

Genel kasttır. Fail, ürettiği, satışa arz ettiği, sattığı veya kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurduğu program veya teknik donanımın bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanım niteliği taşıdığını bilmeli ve bunları bu niteliğini bilerek maddede sayılı eylemleri gerçekleştirmeyi istemelidir.

Failde ayrıca bu ek programları etkisiz kılma saiki veya amacı aranmaz. Ürettiği vs...malın niteliğini bilmesi ve istemesi yeterlidir. Bu niteliği bilmeyen failin hatası Türk Ceza Kanunu'nun 30/1.maddesine göre kastı kaldırır.

III- TELİF SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

F.S.E.K.'nun 71 ve 72 nci maddelerinde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır.

Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin(Bkz.F.S.E.K.md.42/6) haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi (Bkz.T.C.K.md.73) içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler.

Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. **Cumhuriyet savcısı** ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin **çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir**. Ancak, bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır.

Hak sahibi hukuk davası olarak mali haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i davası açmışsa Ceza Muhakemesi Kanununun elkoymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanamaz (F.S.E.K. md.68/5).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (Bkz. C.M.K. 171/(2)), F.S.E.K.'nin 71.maddesinin birinci fıkrasının 4.bendindeki aleniyet suçunda, 5.bendindeki yanıltıcı iktibas suçunda, 6.bendindeki ad hırsızlığı suçunda olanaklıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (Bkz. C.M.K. md.231/5), yapılan yargılama sonucunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise mahkemece karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır (Bkz. C.M.K. md.254).

Cezanın ertelenmesine (Bkz.T.C.K.md.51) yapılan yargılama sonucunda iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet kararı verilmiş ve açıklanmışsa; ayrıca T.C.K.nun 51.maddesindeki koşulların varlığı durumunda karar verilebilir. Adli para cezası ertelenemez. Fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından ertelemedeki üst sınır üç yıldır.

İKİNCİ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA YER ALAN DİĞER SUÇLAR VE TÜZEL KİŞİ HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ

I- BANDROL SUÇLARI

Soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlı değildir.

A- SUÇLAR:

1. **Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık (F.S.E.K. md.81/4):** Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.
2. **Bandrol Sahteciliği (F.S.E.K. md.81/9):** Sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.
3. **Bandrollü Eser Sahteciliği (F.S.E.K. md.81/10):** Bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik eden kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.
4. **Yetkisiz Kişinin Bandrol Elde Etmesi Suçu (F.S.E.K. md.81/11):** Yetkisi olmadığı hâlde, hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.
5. **Yetkisiz Kişilere Bandrol Temin Etme Suçu (F.S.E.K.md.81/12):** Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

B- BANDROL SUÇLARINDA SUÇLARIN İÇTİMAI HÜKMÜ (F.S.E.K. md.81/13)

Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak F.S.E.K.'nin 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu hükme göre fail hem, mali, manevi veya bağlantılı hakları izinsiz kullanma suçunu hem de bunun yanında bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunu işleyecek olursa yalnızca izinsiz kullanım suçundan ceza

alacaktır. Her iki suçta da hapis cezası bir yıldan beş yıla kadardır. Ancak bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunda adli para cezası belli gün ve zorunlu iken izinsiz kullanım suçunda seçimlik cezadır. Bu husus yasa koyucunun dikkatinden kaçmış görünmektedir.

II- ÖZEL HAYATA KARŞI SUÇLAR

Soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlıdır.

F.S.E.K.'nun 85.maddesine göre eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazanların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin-(vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, ana-baba, kardeşler)- muvafakati olmadan yayımlanamaz. Meğer ki yazanın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun.

Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun.

Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanununun 132. (**haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu**), 134. (**özel hayatın gizliliğini ihlal suçu**), 139. (**Şikâyet koşulu**) ve 140. (**tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri**) maddeleri hükümleri uygulanır. Yukarıda açıklandığı üzere bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması T.C.K.'nun 139. maddesine göre şikâyete bağlıdır.

Aynı husus resim ve portreler için de geçerli kılınmıştır. Doğal olarak T.C.K.'nun 132.maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturamazlar. Resim ve portreler için özel hukuka uygunluk nedeni F.S.E.K.'nun 87.maddesinde yer almıştır. Buna göre aksi kararlaştırılmamış ise, bir kimsenin sipariş üzerine yapılan resim veya portresinden, sipariş veren veya tasvir edilen veyahut bunların mirasçıları fotoğraf aldırabilir. Ancak bu hüküm baskı usulü ile yapılan portre ve resimler hakkında geçerli değildir. Şu kadar ki, bu suretle meydana getirilen resim ve portrelerin sipariş veren veya tasvir edilen ya da bunların mirasçıları için tedariki mümkün olmaz veya nispeten büyük güçlük doğurursa bunların da fotoğrafları aldırılabilir (F.S.E.K. md.87/2).

III- VERİ TABANLARI İLE İLGİLİ SUÇLAR

F.S.E.K.'nin Ek 8.maddesine göre, bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının;

- a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması,
- b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi,

hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Veri tabanı yapımcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır.

Veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanır.

F.S.E.K.'nin Ek 8.maddesinin son fıkrası, **bu maddede tanınmış hakları ihlâl edenler hakkında bu Kanununun 72 nci maddesinin (3) numaralı bendi hükümlerinin uygulanacağı hükmünü taşısa da, 2008 yılında 5728 sayılı Yasanın 139.maddesi ile anılan 72.madde değiştirilmiş ve bugünkü şeklini almıştır. Değişiklikten önceki düzenlemede, Ek 8.maddenin son fıkrasında atıf yapılan 3.bent hükümleri izinsiz kullanım biçimlerine ilişkindi. F.S.E.K.'nin 72.maddesinin önceki düzenlemesinde 3.bent hükmü şöyleydi:**

“Hak sahibinin izni olmaksızın;

- a) Bir eseri herhangi bir şekilde işleyen,
- b) Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltan,
- c) Bir eseri herhangi bir şekilde yayan,
- d) Bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokan ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapan,

- e) Bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayan veya yayımına aracılık eden,

Kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.”

Yapılmış olan yasa değişikliğiyle artık F.S.E.K.’nun 72.maddesinde 3.bent bulunmamaktadır. Ancak Ek 8.maddenin son fıkrasındaki atıf hükmü düzeltilmediğinden, söz konusu eylem Ceza Hukuku alanında artık bu maddeye göre korunamayacaktır.

IV- TÜZEL KİŞİ HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (Bkz. T.C.K. md.60).

SIYASETÇİNİN CEZALANDIRILMASI

Michel MASSE – Caroline DUPARC – Bernadette AUBERT*

Çeviren: Dr. Güçlü AKYÜREK**

Özet

Makale öncelikle, çağdaş ceza hukukunun doğuşu ve Avrupa'daki ilk cezalandırma hareketlerinin esas olarak devletin egemenliğinin güçlendirilmesi yönünde olması ve bunun sonucu olarak neredeyse günümüze kadar egemenliğe sahip olanların bir şekilde ceza hukukunun dışında olduklarından söz etmektedir.

Geçtiğimiz yüzyılın sonlarından itibaren ise yüksek siyasi mevkilerdeki kişilerin yargılandıkları ve hatta bazen de ulusal veya uluslararası mahkemeler önünde mahkum edilebilmeleri yolundaki süreç dikkat çekilmiştir.

Her şeyden önemlisi burada, ağırlıklı olarak siyasetçilerin Fransız ulusal hukukundaki ve ayrıca Avrupa'daki / dünyadaki ulusal ve uluslararası yargılanmaları örneklerinden yola çıkılarak, siyasetçinin cezalandırılmasının çağdaş hukukun zamanla değişecek bir hareketi olduğunu düşündürecek birçok sebebin olduğu ve bundan da hukuk düzenlerinin kesiştiği noktada - pozitif bir bakış açısıyla - bu hareketin kökleşeceği hipotezinin çıkarılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Devletin egemenliği, Fransız ulusal hukuku, siyasetçinin cezalandırılması

Abstract

The article discusses the birth of modern penal law and the fact that the first penal law practices of Europe are aimed reinforcing sovereignty of the state and consequently all sovereigns are somehow exempt from penal law almost up to now.

The process starting from the end of the last century where high level politicians can be tried or even sometimes convicted by national or international courts has been pointed out.

Above all, it concludes, judging by the examples from French national law and national and international trials in Europe/world, that there are many points that leads to the idea that punishment of politician is a movement of contemporary law which is going to change and that (from a positive point of view) it can be assumed that this movement will become established.

Keywords

Sovereignty of the state, French national law, punishment of politician

* La pénalisation du politique”, **Un droit pénal postmoderne?**, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, s. 207-243. Makale, yayınevinden gerekli izin alınarak Türkçeye çevrilmiştir.

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

I. GİRİŞ

Çağdaş ceza hukukunun doğuşu, özellikle de Avrupa'daki ilk kanunlaştırma hareketleri, asıl olarak, devlet erkinin güçlendirilmesine yöneliktir. "Ceza hukukunun doğal sınırlarından"¹ söz edilebilirdi: Beccaria ve diğerlerine göre, cezalandırma açıkça mülkîlik ve egemenliğe bağlıydı; cezalandırma hakkı, hükümdarın, iç düzendeki çıkarlarının ortaya konması ve elde tutulmasına yönelik kendisine ait bir hakkıydı; hükümdarın üstünde, niteliği gereği, onu ne cezalandırabilecek ne de yargılayabilecek bir güç vardı.

Böylece söz konusu egemenliği temsil edenler veya uygulayanlar fiilen veya hukuken (bağışlıklar, dokunulmazlıklar ...) ceza hukukunun dışındaydılar. Yerel ceza yargısı tarafından yapılan kovuşturmalar, "hikmeti hükümet" gerekçesinin varlığı halinde ya olanaksız ya da son derece az sayıdaydı. Ayrıca uluslararası ceza mahkemeleri de yoktu.

Öte yandan geçen binyılın/yüzyılın sonlarından itibaren, yüksek siyasi sorumluların yargılandığı ve bazen ulusal mahkemeler veya uluslararası ceza mahkemeleri önünde mahkum edildikleri gözlenebilmiştir. Bu tip uyuşmazlıkların yeni olmasının ötesinde, ilgili kişilerin kişilikleri ve (medyatik olanlar da dahil) gündeme gelen güç ilişkileri, bu dosyalardan hiçbirinin görmemezlikten gelinmemesine yol açmaktadır. Bir "skandal" veya "davanın" tüm malzemesi toplanmıştır². Altta bir yolsuzluk varsa, "siyasi-mali" bir davadan, kişilere karşı suçların yoğun biçimde işlenmesi söz konusu ise "cezasızlığa karşı mücadele"de bir ilerlemeden söz edilir.

Medyatikleşme, saptamayı veya dosyaların yorumlanmasını kolaylaştırır. Birçok çalışma, siyasi sorumluluğun hem iç hukukta³ hem de

-
- 1 Y. Cartuvels, "Le droit pénal et l'Etat. Des frontières 'naturelles' en question", s. 3 vd., in M. Hanzelin ve R. Roth (dir.), **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**, Paris, LGDJ, Georg & Bruylant, 2002.
 - 2 Bkz. L. Boltanski, E. Clavier, N. Offenstadt, S. Van Dame (dir.), **Affaires, scandales et grandes causes. De Socrates à Pinochet**, Paris, Stock, 2007; V. Roussel, **Affaires de juge. Les magistrats dans les scandales politiques en France**, Paris, La Découverte, 2002.
 - 3 Bkz. özellikle A. Garapon ve D. Salas, **La République pénalisée, Questions de société**, Paris, Hachette, 1996. Kaynakça ve daha hukuki bir yaklaşım için: C. Bigaut, **La responsabilité pénale des hommes politiques**, Paris, LGDJ, 1996. "L'Etat devant le juge pénal", **Justices**, n.2/2000. Ceza hukuku dışında (yalnızca yolsuzluklarla ilgili bir bölüm) bkz. P. Larrieu, **La vie politique saisie par le droit privé**, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

uluslararası alanda⁴ cezalandırılmasına adanmıştır. Uluslararası alandakiler çok daha fazladır ama her zaman farklı yaklaşımlar sergilenmektedir⁵. Bu çalışmada, konuyu bütünüyle ele almayı hedefliyoruz.

Hipotezimiz iki yönlüdür: bir yandan, bu iki hareket arasında bağlantı, yani hızlı bir okuma olanağı hakkındadır; diğer yandan hiçbir biçimde devlete yönelmeyen ve bunun sonucunda da siyasetçilerin uygulama alanında olmadıklarına inandıkları çağdaş ceza hukuku ile bir kopuş hakkındadır. Hukuken elbette tüm bunlar kendiliğinden olmayordu ve tıpkı devlet başkanının cezaî sorumluluğuyla ilgili aralanan birçok kapıda olduğu gibi birçok farklılığın ortaya konması gerekiyordu. Ama şurası da açıktır ki, siyasetçiler siyaseten, belli bir seviyede, yargıçları kendi eylemlerinden, profesyonel hatta özel davranışlarından uzak tutabilecek güce sahiptiler. Artık durum böyle olmayacaktı. Öyleyse bu gelişim nasıl yorumlanabilir?

Yöntem açısından, yukarda değinilen güç çatışmaları kesinlikle, uluslararası ilişkiler teorisi gibi siyaset sosyolojisine⁶ başvurmayı gerektirecekti. Oysa bizim böyle yeteneklerimiz yoktur. Diğer yandan, çağdaş ceza hukuku ile ciddi kopuş hipotezi, karşılaştırmalı hukukta doğrulanabiliyor olmalıdır⁷. Ancak buna da zamanımız yoktu. Aşağıda yalnızca Fransız ulusal hukuku açısından incelenen cezalandırma hareketinin uluslararası hukukta şimdiden bulunduğu yankı, hukuktaki derin gelişim için yeterince güçlü bir göstergedir.

4 M. Massé, “La place du droit pénal dans les relations internationales”, **RSC**, 2000.

5 Belli başlı bir tezin dışında, J. Delfont, **Responsabilité pénale et fonction politique**, Paris, LGDJ, coll. “Biblio. de sc. crim.” t. 41, 2006.

6 Bkz. J. Commaille, L. Dumoulin ve C. Robert (dir.), **La judiciarisation du politique. Leçons scientifiques**, Paris, LGDJ, 2000. Ayrıca J. Commaille ve M. Kaluszynski, **La fonction politique de la justice**, Paris, LA Découverte, 2007'nin bazı bölümleri. **Droit et société** dergisinde A. Bancaud (n.34-1996) ve J. Commaille (n.42.43-1999 ve n.44.45-2000) tarafından “Justice et politique coordonnées” temasında hazırlanan dosyalar. Bu dosyalar, Institut du temps présent tarafından düzenlenen bir seminerle işbirliği halinde Groupe d'analyse des politiques publiques'in çalışmalarının sonucudur. V. Roussel (yukarıdaki dipnotlarda makalelerine atıflar yer almaktadır, ayrıca **RFS Po**, vol. 48, n.2, 1998 ve **Mouvements des idées et des luttes**, n.29, 2003-4) iki numaralı notta belirtilen kitabı yayınlamıştır. Aynı şekilde P. Garraud, “Les nouveaux juges du politique en France”, **Critique internationale**, n.3, printemps 1999'dan da yararlandık.

7 Bkz. R. Martinage, **La responsabilité pénale des ministres en France au XIX^e siècle**, s. 177 in AFHJ, **Les ministres devant la justice**, Arles, Actes du Sud, 1997; D. Chagnollaude (dir.), **Responsabilité pénale et vie publique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002; J. Montes, “Le retour du ‘gouvernement des juges’. Analyse comparée de la judiciarisation de la vie politique dans la France et l'Espagne contemporaine”, **RSC**, 293, 2002.

İki hukuk düzeni arasında paralellik olması için, kendimizi, yüksek düzeydeki siyasi sorumlular (devlet veya hükümet başkanları, bakanlar (...)) tarafından kasten işlenen suçlarla sınırlandıracağız.

Böylece bir yandan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu⁸ diğer yandan yakın zamanlı ve ilgi çekici iki uyuşmazlığı kenarda bırakacağız: “facialardan” veya ölümcül kazalardan⁹ sonra seçilmiş yerel yöneticilerin, özellikle de belediye başkanlarının soruşturulması ve “kirli kan”¹⁰ denen davalar. Siyasi sorumluların cezalandırılması hareketinin ötesinde, bize göre burada özen sorunu tartışılmaktadır. Ayrıca belediye başkanları açısından, sürekli bir seferberliğin, onları tehdit eden ceza hukukunu neredeyse etkisiz hale getirilmesini - peş peşe iki yasa değişikliğiyle¹¹, azlığını mazur görün - sağladığı da bellidir. Raymon Gassin, “*Delinquance et milieu politique dans les sociétés démocratiques*” adlı bir çalışmasında, aynı şekilde taksirden kaynaklanan suçluluğu da elemiştir¹².

-
- 8 Uzun zaman boyunca kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu kendiliğinden doğmuyordu, çünkü bir yandan kutsal (idari ve adli) güçler ayrılığı ilkesi, diğer yandan memurlardan beklenen sadakat ve emir üzerine hareket etmiş kişilerin hem fiili hem de hukuki açıdan kişisel sorumsuzluğu ile dengelenen bağlılığı buna engeldi. G. Liet-Veaux ‘nun 1952’de Dalloz’daki bir kroniğinin başlığı şuydu: “La caste des intouchables ou la théorie du délit de service” (Dokunulmazlar Kastı ya da Hizmet Suçu Teorisi). Hatırlatalım ki, o dönemde Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihadından dönmeyen sonra, Yargıtay Ceza Dairesi, 1945 tarihli bir kararında, devlet görevlilerinin yardımına koşmaştı: mağdurlar adli yargıda tazminat talep edemezlerdi, keza ceza mahkemeleri önünde kamu davasını bizzat açmaları da yasaktı. Bu davalarda savcılar çoğu zaman hareketsiz kaldıklarından, fiili bir bağımsızlık doğuyordu. Söz konusu içtihat ancak 1953’te terk edildi. Yapılan az sayıda kovuşturmada da adli bir bağımsızlık var olmaya devam ediyordu (“davanın nakli” ve istinaf mahkemesinin sorgu dairesinin yürüttüğü soruşturma, ki bu usulden seçilmiş yerel yöneticiler yararlanıyordu). Bu usul ancak 4 Ocak 1993 tarihli yasa ile kaldırılabilmiştir. Bkz. özellikle E. Desmons, **La responsabilité des agents publics**, Paris, PUF, “Qu sais-je?”, n.3345, 1998.
- 9 Belediye başkanları ve seçilmiş yerel yöneticilerin sorumluluğu hakkında bkz. Brault-Jamin, **Les élus et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale**, Grenoble, PUG, 2001. Daha geniş “karar vericilerin cezai sorumluluğu” çerçevesinde bu sorunun ele alınması için bkz. “Actes du XVI^e congrès de l’Association française de droit pénal”, in **Revue pénit. de droit pénal**, n.1/2004.
- 10 Bkz. özellikle O. Béraud, **Le sang contaminé**, Paris, PUF, 1999. Yazar cezai sorumluluğun tartışılmasını eleştirmektedir. Esasa ilişkin duraksamalar ve usule ilişkin ilkelere yönelik saldırıların artması, yazarı verilen kararın aslında siyasi olduğuna sonucuna ulaştırmaktadır. Bakanlar tarafından kasten işlenen hafif suçların ve taksirle işlenen bütün suçların ceza adaletinin uygulama alanı dışında kaldığına inanmaktadır.
- 11 13 Mayıs 1996 ve 10 Temmuz 2000 tarihli yasalar. Felsefi ve sosyolojik bir tartışma için bkz. D. Salas, “Le moment pénal de notre démocratie”, **Justices**, n.2/2000, s. 81.
- 12 Ama “bazı cinayetleri” dışarıda bırakmamaktadır... Bkz. **Re. int. de crim. et de police technique**, 2002, s. 387. Bu kötü yönler açısından bkz. T. Jean-Pierre, **Taiwan connexion. Scandales et meurtres au cœur de la République**. Paris, R. Laffont, 2003.

Konu böylece sınırlandırılınca, yüksek siyasi sorumluların uluslararası veya karma yapılı ceza mahkemeleri önündeki kovuşturma ve suçlanmalarının hızlı okumasının yapılması nihayet bize olanaklı gözüküyor. Bu da daha yakından incelenmesi gereken çağdaş bir gelişime (II), post modern hipotezden kaynaklanan “burada bir devrimi mi görmek gerekiyor?” sorusunu sormadan önce (III) önem kazandırmaktadır.

II. GELİŞİM

Siyasi hesapların görülmesi ve siyasi-mali skandallar için ceza hukukuna başvurulması son derece eski bir yöntemdir. Victor Hugo'nun *Choses vues* adlı eserinde uzun uzun betimlediği Jean-Baptiste Teste davasına¹³, Nicolas Fouquet'nin aksiliklerine ve hatta ötesine¹⁴ kadar gidilebilir. III. Cumhuriyet döneminde, sürecin bir bakanın sevgilisinin *Figaro*'nun yöneticisini öldürmesine kadar giden Henri Rochette olayı, “Panama Skandalı” veya “Stavisky Davası” yazılabilir. Panama kanalının finansmanında saptanan aykırılıklar, “esas olarak dini bir evrenle veya ahlak sorularıyla, siyasi kozmosla sınırlanacak skandal temasının ithaline yol açmıştır”¹⁵. Dördüncü Cumhuriyet'te durmaksızın, beşincisi için, gayrimenkul teminatı davası, Aranda davası (rüşvetler ve siyasi partilerin finansmanı) ve Dassault, Luchaire ve diğerlerinin davaları¹⁶ (ceza

13 **Œuvres complètes**, Paris, R. Laffont, 2003.

14 Bkz. örneğin **Histoire** dergisi n.251 (Şubat 2001), Roma devrine kadar giden **Davalarda Cumhuriyet**.

15 D. de Blic, “Cent ans de scandales financiers en France. Investissement et désinvestissement d'une forme politique”, s. 231, **Affaires, scandales et grandes causes**, a.g.e. Yazar, şirketlerin çoğu bilse bile bu tip skandalların Fransa'daki sıklığına dikkat çekmektedir. Anglo-Sakson dünyası açısından, J.B. Thompson, **Political Scandal, Power and Visibility in the Media-Age**, Cambridge, Polity Press, 2000 adlı esere gönderme yapmaktadır. Günümüz edebiyatında, Stavisky davası için bkz. P. Jankowski'nin kitabı (Paris, Fayard, 2000) ve Panama davası içinse, J. Y. Mollier'in kitabı (Paris, Fayard, 1991) ve yukarıda değinilen AFHJ çalışmalarındaki J. Garrigues'in makalesi s. 137.

16 Hepsisi için bkz. özellikle J. N. Jeanneney, **L'agent caché, milieux d'affaires et pouvoir politique dans la France du XX^e siècle**, Paris, Le Seuil, 2^e éd., 1984; J. Garrigues, **Les scandales de la République**, Paris, R. Laffont, 2004. Dassault ve Luchaire davaları P. Lascoumes tarafından aşağıda belirtilen kitapta incelenmiştir (s. 69 vd. ve s. 81 vd.). Belçika'daki Dassault davasında, bu ülkenin bakanları 1998 yılında Fransız sanayici ile birlikte mahkum edilmişlerdir. Aynı şekilde yine Belçika'da, Bay Pineau-Valenciennes'e karşı açılan dava, 1996 yılında, ulusal ekonomimizin bu diğer büyük isminin onlarca gün tutuklu kalmasına yol açmıştır (bkz. **Le Monde**, 30 Mayıs 1994 ve 5 Nisan 1997).

mahkemeleri değil de 30 Haziran 1992’de Yargıtay Ticaret Dairesi önünde sonuçlansa da uluslararası boyut ve silah kaçakçılığı söz konusudur) hatırlatılabilir.

Ayrıntıya girilmeyecek olsa da, bu dosyaların bazı özelliklerinin (dolandırıcılık, mali spekülasyonlar, rüşvetçi gazeteciler ve bağımlı yargıçlar) bugün bizi ilgilendiren davalardan tamamen ayrı olduğu da belirtilmelidir. Önceki devirlerde, kovuşturulan siyasetçilerin son derece az olduğu, ceza alanların ise daha da az olduğu özellikle belirtilmelidir. Benjamin Constant 1818’de “Bakanların sıklıkla ihbar edileceğini, bazen yargılanacağını, nadiren mahkum edileceğini ve neredeyse hiçbir zaman cezalandırılmayacağını” öngörmüştü¹⁷. Bu görüş, başbakanlar ve cumhurbaşkanları için de evleviyetle geçerlidir. Son olarak başvuru yargı yerlerinin genellikle ne olağan ceza mahkemeleri (bakanların meclis tarafından denetimiyle yakından ilgili istisnai yargılama) ne de suçun işlendiği yer mahkemesi olduğu (“davanın nakli” denen usul) ama mutlak olarak ulusal mahkemeler olduğu belirtilmelidir.

Günümüzde yeni bir tartışma ile karşı karşıya bulunmaktayız. İç hukuklarda yolsuzlukla mücadele¹⁸, uluslararası hukukta ise sivillerin korunması gerekçeleriyle, eski ve yeni siyasi sorumlular yargılanmakta ve – hiç de az olmayan biçimde – mahkum edilmektedirler. Bir alandan diğerine bütün bir siyasi kişiliklerin cezalandırılmazlığı kültürü tartışılmaktadır.

İtalya’da *Mani Pulite* operasyonu, 1992 yılından itibaren çok sayıda sanayici ve siyasetçinin tutuklanmasına yol açmıştır. Sergio Morni intihar etmiştir. Başta Umberto Bossi (Kuzey Ligi), Bettino Craxi (Sosyalist Parti, Tunus’a kaçmış ve 2000 yılında burada ölmüştür) ve Marcello Dell’Utri (Forza Italia)¹⁹ olmak üzere diğerleri mahkum edilmişlerdir. 1990’lı yılların başına “anti-mafya” iki yargıca (G. Falcone ve P. Borselli-

17 Nakleden Ch. Bigaut, **a.g.e.**, s. 37. Association française pour l’histoire de la justice tarafından yapılan, adalet önündeki bakanlarla ilgili araştırma ile de doğrulanmıştır. P. Garraud, **a.g.e.**, s. 126’da III. Cumhuriyet’in başından 1980’li yıllara kadar her türlü suçtan mahkum edilen siyasetçi sayısının iki elin parmakları kadar olduğunu altını çizmektedir.

18 Bkz. P. Lascoumes, **Corruptions**, Paris, Presses de Sciences Po, 1999. Almanya, İtalya, İngiltere ve ABD için bkz. s. 13, 17, 107 vd.

19 2004 yılı Aralık ayında, Silvio Berlusconi’nin istinaf yargılaması sonunda ceza almadığı yargılamada mafya tipi örgütlenme nedeniyle mahkum edilmiştir. 1999 sonunda 4500 kişi hakkında soruşturma açılmış, 3000’ni kovuşturulmuş, 567’si mahkum edilmiş ve 182’si ise ceza almamıştır (yarısında zamaşaşımı söz konusudur). Bkz. **Le Monde**, 13 Kasım 1999.

no) yönelik suikastlar damgasını vurmuştur. Bu saldırıların siyaset dünyasındaki yolsuzlukla mücadele operasyonu ile bağlantısı kurulamamıştır. 90'ların ortasında ise Silvio Berlusconi ile savcı Antonio Di Pietro arasında ilan edilen mücadele gözler önüne serilmiştir. XX. yüzyılın sonu ve XXI. yüzyılın başı da az çok belli bir kişiye yönelik olan ve bir tanesiyle ilgili olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvuru olan bir dizi yasal değişikliğe sahne olmuştur²⁰. 2006 yılında meclis çoğunluğu değiştiğinden siyasi iktidar ile yargı dünyası arasındaki gerilim azalmışken, 2008 yılında Adalet Bakanı – merkez partisinin lideri – hakkında bir yolsuzluk davası nedeniyle soruşturma açılması Prodi hükümetini düşürmüştür. Tekrar iktidara gelen Silvio Berlusconi (beş yılda hakkında yolsuzluk, sahtecilik veya sahte evrak kullanma... vb. 17 soruşturma açılmıştır) yeni bir dokunulmazlık düzenlemesini kabul ettirmiştir. Ona göre böylece “aşırı solcu yargıçların bana karşı siyasi amaçlarla açtıkları çok sayıda fantezi davadan birinin” sonu gelecekti²¹.

Bu kadar yoğun olmasa da, Almanya, Belçika ve İngiltere'deki başka davalar siyasetçileri endişelenmiştir. Çoğunluğu siyasi partilerin finansmanı ile bağlantılıydı ve/veya özellikle yurtdışındaki pazarlara girebilmek için ödenen “rüşvetleri” ortaya çıkarıyordu. Bunların enerji veya askeri malzeme tedariki alanlarındakinden daha yüksek meblağlar olduğu sanılmaktadır²².

Fransa'da 1990'dan bu yana²³ yüksek derecedeki siyasetçilerin (başbakan, bakan veya kabine üyesi, milletvekili veya Avrupa parlamento-

20 CJCE 3 Mayıs 2005, C. 387/02. İtalya'daki iç gerilim uluslararası işbirliği üzerinde de etki yaratmıştır: Avrupa Yakalama Emri Hakkındaki Çerçeve Karar'ın iç hukuka ithaline, İsviçre ile yapılan ikili anlaşmanın uygulanmasına ve OLAF bünyesinde İtalyan yargıçların atanmasına engeller çıkarılmıştır. Bkz. Edmondo Bruti Liberati (Paris, Dalloz, 2001, 3541), Saverio Borrelli (**Le Monde**, 5 Şubat 2002) ve Antonio Di Pietro (**Le Monde**, 10 Kasım 2002) ile yapılan söyleşiler.

21 Bkz. **Le Monde**, 22 Ocak, 21 Haziran, 10 Temmuz ve 22 Temmuz 2008.

22 Transparency International adlı sivil toplum örgütünün çeşitli sınıflandırmalarına göre Kuzey Avrupa ülkeleri, yolsuzluk davalarına daha az bulaşmaktadır. Her halükarda pek de tespit edilebilir değildir. İtalya, Almanya ve Fransa...için bkz. ayrıca B. Garzon, **Un monde sans peur**, Paris, Calmann-Lévy, 2005, s. 33, 77, 193 ve E. Joly, **Notre affaire à tous**, Les Arènes, 2000, s. 177, 215

23 R. Gassin, **a.g.e.** :1992 yılından itibaren (2002'ye kadar) görev alan hükümetlerdeki 128 bakan veya devlet bakanı hakkında soruşturma açılmış ve 34'ü kovuşturulmuştur. Kaynak: B. Fay ve L. Ollivier, **Le casier judiciaire de la République, ministres, députés, maires. L'abécédaire des hommes politiques mis en examen**, Paris, Ramsay, 2002. 1990'lı yılların sonuna kadar (Fauchon yasası hazırlanana kadar) soruşturulan seçilmiş ve karar verici mevkiindeki yerel siyasetçilerin sayısı için bkz. J. –P. Jean'ın çalışması, “Le maire et ses paires. Les élus sont-ils souvent mis en cause pour les délits non intentionnels?”, **Pénombre**, n.22, Haziran 2000.

su üyesi, siyasi bir partinin ya da bir kamu teşekkülünün ulusal düzeydeki sorumlusu) otuza yakın kesin mahkumiyetini belirledik. Ayrıca en önemli davalarda, siyasetçilerin, iş dünyasından veya bazen mafya dünyasından kişilerle yakın ilişki içerisinde olduğu da görülmektedir. Bu çalışmada, Fransa’da kovuşturulan ve kesin olarak mahkum edilen, en azından siyasetçilerin davalarına genel bir bakış yer almaktadır.

Tamamen başka bir adli sicilde – çoğu zaman yoğun biçimde işlenen, savaş suçlarını veya insanlığa karşı suçları içeren – kovuşturmalar aynı şekilde çoğalmıştır. Çoğalmıştır denebilir, çünkü 1980’lerin başında Nürnberg ve Tokyo “tarih olmuştu”; sıfırdan başlanıyordu. Dünya ölçeğinde, kovuşturma sayısı halen gülünç düzeydedir. Ancak kovuşturma başlayınca, mahkumiyet oranı yüksektir. Daha dikkat çekici olan ise şudur: bazıları doğruluğun mahkumiyetinden kurtulsa ve doğruluk her zaman adaletin eş anlamlısı olmasa da, devlet başkanları da kovuşturulmaktadır. 1992 yılından bu yana 16 devlet veya hükümet başkanı ile bakanın kesin olarak mahkum edildiğini ve 2008 yılı yaz mevsimi itibarıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi dahil olmamak üzere uluslararası ceza mahkemeleri önünde halen bu düzeydeki siyasetçilere karşı 27 yargılamanın sürdüğünü belirledik²⁴. Bu konuda yazılanların çokluğu karşısında, uluslararası yargılamalarla ilgili aşağıdaki sunum Fransa için daha az ayrıntılı olacaktır.

Bu kovuşturmalar, aynı olaya bağlı oldukları ölçüde burada incelenmektedir. Zaman birliği iki sürecin birbirleri üzerinde etkisi olmaması için fazla dikkat çekicidir. Siyasi sorumluların cezalandırılması, iç hukukta ve uluslararası hukukta hemen hemen aynı zamanda ancak iki hukuk sisteminin kesiştiği yerde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, büyük sosyopolitik gelişimlerin ötesinde, normlar arasında (ulusal hukuktan uluslararası hukuka veya tersi) ve özellikle de yargısal uygulamalar arasında etkileşimlerden de söz edilebilir.

Bu hipotez, Violaine Roussel’in makalelerinden birinde de dile getirilmiştir: “bu seferberliklerin hem zamanlılığının, ilk başta birbirinden geniş ölçüde bağımsız da olsa, zımni bir işbirliği sonucunu doğurduğu

24 Bkz. B. Aubert’in “La pénalisation des responsables politiques” (Paris, Cujas, 2009) adlı ve Travaux de l’institut de sciences criminelles de Poitiers’in son sayısında yer alan çalışması. Karşılaştırma için: Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri’nde 25 devlet ve hükümet başkanı (7) ile bakan (18) mahkum olmuştu.

da göz ardı edilmemelidir: kimi yargı mensuplarının yerel seçilmişleri veya bürokratları, bazen başarıyla, soruşturduklarını gören başka yargı mensupları aynı şekilde hareket edebilmekte ve süreci nasıl devam ettireceklerini bilebilmektedirler. Bu içsel dinamik, uluslararası ceza hukuku alanındaki başarılarla duyulan inançla ve devletteki sorumluların bu seviyede yargılanabilmesi olanağı ile daha da güçlenmektedir. Birilerinin faaliyetlerinin görünmesi, başkalarının eylemleri için kışkırtıcı bir etki yaratmaktadır.”²⁵

Bütün bunlar XX. yüzyılın son on yılında olmaktadır. Yine bir önceki on yıl için, özellikle de dönüm noktası bir yıl olan 1989’u anıtlı yapmak için birkaç söz söylenecek ve 2000’li yılların gündemi oluşturulabilecektir.

1. 1980’li yıllar

1980’li yıllar ABD açısından yolsuzlukla mücadelede keskin bir dönüşe işaret etmektedir: artık bastırıcı stratejiler yeğlenmeye başlamıştır²⁶. Fransa’da ise 1982 tarihli ve Defferre yasası denen düzenleme ile doğan, 1983, 1985 ve 1986 yıllarında geliştirilen ademi merkezîyetçi siyaset değişimi bu yıllara damgasını vurmuştur. Birçok kişi bu olaylarla, bizi ilgilendiren davalar arasında bağlantı kurmaktadır. Bir yandan ademi merkezîyetçilik merkezi idarenin denetiminde olmayan fonları aktarmakta ve bu da siyasi pazarlamanın gelişiminin partilerin finansman ihtiyacını arttırdığı bir zamanda yapılmaktadır. Diğer yandan savcının hiyerarşiye bağlı olması ve adli kolluk üzerindeki ikili hiyerarşi nedeniyle, değişim, soruşturma ve kamu davalarının açılması üzerindeki siyasi denetimin gevşetilmesi sonucunu doğurmaktadır. Her halükarda, savcılarının özerkliği güçlenmektedir, çünkü hassas denen bir yargılamada ne yaparlarsa yapsınlar, kariyerlerinin sürekli biçimde zarar görmesi riskleri bulunmamaktadır. Böylece kolluk ve yargı, başta yargıya yansımayan kamu ihale süreçleri olmak üzere ekonomi, idare ve siyasetçinin bulunduğu kavşaktaki daha çok dava ile yakından ilgilenebilmektedir. Yolsuzluğa karşı mücadele başlamıştır ama henüz yüksek mevkilerdeki siyasetçilere dokunulmamaktadır²⁷.

25 “La judiciarisation du politique. Réalités et faux semblants, les mouvements des idées et des luttes”, *Revue des éditions de la Découverte*, n.29, 2003/4.

26 P. Lascoumes, *a.g.e.*, s. 123 vd.

27 Luchaire dosyası Haziran 1989’deki kovuşturamama kararı ile kapanmıştır.

Buna karşın on yılın sonuna doğru, incelemeye konu hareket, dikkat çekici kişisel zenginleşmeyle ilgili iki önemli sonucu da işler hale getirmiştir. Birincisi sağ görüşlü bir siyasetçi hakkındadır: Jacques Médecin, Nice Belediye Başkanı, il genel meclisi başkanı, eski devlet bakanı. Kasım 1989'da önce görevi kötüye kullanma sonra da vergi kaçakçılığı suçlarından sanık olmuştur. Uruguay'a kaçmış, Kasım 1993'te bu ülkede yakalanmış ve Kasım 1994'te iade edilmiştir²⁸. Diğer dava ise François Mitterand'ın bir yakını hakkındadır: Jean-Michel Boucheron, Angoulême Belediye Başkanı ve eski devlet bakanı. Ekim 1989'da rüşvet, belgede sahteciliğe iştirak ve kullanma, nüfuz ticareti, haksız çıkar sağlama ve zimmete konu mallara yataklık etme suçlarından sanık olmuştur. Yasama dokunulmazlığı ancak Aralık 1993'te kalkabilmiş ve Temmuz 1994'te gıyabında mahkum edilmiştir. Ama daha 1992'de Arjantin'e kaçmış, 1995'te burada yakalanmış ve 1997'de Fransa'ya iade edilmiştir²⁹. Sonuçta Paris Asliye Ceza Mahkemesi onu, iki yılı ertelenecek dört yıl hapis cezasına mahkum etmiştir.

Söz konusu yargılamalar, giderek gelişen diğerleri için bir başlangıç olmuştur: en azından olayların çoğunda ademi merkezîyetçilik fonları, araştırma büroları, sahte faturalar, siyasi partilerin finansmanları... ile yaratılan kişisel zenginlikler. Sonuçta Yargıç Thierry Jean-Pierre, Sosyalist Parti'ye yakın bir araştırma bürosunun Paris'teki tesislerinde (Urbatechnic) arama yapmış, RPR'den Toul Belediye Başkanı, Yargıç Gilbert Thiel tarafından Nancy'deki sahte faturalarla ilgili davada sanık sandalyesine oturtulmuş ve Péchinety Grubu ile ilgili bir dosya, ekonomi ve finans konularında uzmanlaşmış Yargıç Edith Boizette'in önüne gelmiştir.

Aynı 1989 yılında Avrupa, çok medyatik biçimde kutlanan yıldönümleri sürecine girmiştir ki, yüzyılın değişmesinden hareketle daha iyi bir gelecek umudu ve vadiyle insan haklarının kutlanması söz konusudur. Fransa'da 1789 Devrimi'nin iki yüzüncü yılının her aşamada

28 Dava, Grenoble İstinaf Mahkemesi'ne "nakledilmişti". J. Médecin dört yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. İade sürecindeki tutukluluk süresi de dikkate alınarak, Eylül 1995'te salverilmiştir. Tekrar Uruguay'a gitmiş ve 1998'de burada vefat etmiştir. Bu davayla ilgili olarak bkz. özellikle **Le Monde**, 31 Temmuz – 1 Ağustos 1994.

29 Bkz. özellikle 26 Mart 1997 tarihli **Le Monde**. Dava, Paris İstinaf Mahkemesi'ne "nakledilmişti". Angoulême Mahkemesi, 9 Kasım 1999'da yeni bir mahkumiyet kararı tesis etmiş ama ceza bir öncekiyle içtima ettirilmiştir. J. –M. Boucheron, **Carnets de prison, Mart 1997 – Temmuz 1998**, Paris, Arléa, 2001 yazmıştır. Cezaevi ile tanışmış olan "VIP" kişilerin kurduğu dernek olan "Groupe Miallet" in kurucusudur ve cezaevinin gelişimi için mücadele etmektedir.

kutlanmasıyla başlanmıştır. Ancak 1989³⁰ aynı zamanda “Berlin Duvarı’nın çöktüğü” (kasım) ve diğerlerinin yanında soykırım suçundan hızla yargılanıp cezası infaz edilen – seri usul – Çavuşesku’nun Romanya’da devrildiği (aralık) yıldır.

2. 1990’lı yıllar

2.1 Fransa’da 1990’lı yıllar, nüfuz ticareti, rüşvet alma, zimmete konu mallara yataklık etme gibi siyasi partilerin finansmanı ile doğrudan bağlantılı birçok suçla ilgili davaların açılmasına şahitlik etmiştir. Önce taşrada: eski bakan ve Lyon Belediye Başkanı Michel Noir, damadı Pierre Botton ile beraber kovuşturmaya uğramıştır; aynı şekilde eski bakan ve Grenoble Belediye Başkanı Alain Carignon da; Urba davasına karışmış olan eski bakan ve Sosyalist Parti’nin Başkanı Henri Emmanuelli’nin Le Mans, Marsilya ve Paris’teki araştırma büroları aranmıştır... 1996’da mahkumiyet kararları açıklanmış ve istinaf mahkemelerince onanmıştır; temyiz başvuruları da 1997’de reddedilmiştir³¹. Sonra da Paris bölgesinde: Paris kent ihaleleri; RPR’nin hayali işleri; Hauts Seine’deki sosyal konutlar; Île de France bölgesindeki liselerle ilgili kamu ihaleleri; Paris’teki sosyal konutlar... Bu davalar, 2000-2006 döneminden önce olmayıp, yargı makamlarının önüne geliş sırasına göre sıralanmıştır. Bunlardan birinde eski başbakan Alain Juppé, haksız kazanç nedeniyle mahkum edilmiştir³². Diğerleri ise, özellikle Chirac ile ilgili kısmın tefrikinden sonra, halen devam etmektedir.

1990’lı yılların ortasından itibaren askeri teçhizat satışı veya petrol piyasalarına ilişkin uluslararası boyutlu davalar ortaya çıkmıştır. Hemen hepsinde aynı suçların yanında (özellikle zimmet ve bu suça yataklık, nüfuz ticareti...) silah ve vergi kaçakçılığı da bulunmaktadır.

30 V.-D. Vernet, “1989, l’année qui a changé le monde”, **Le Monde**, 6 Ocak 1990. Yazar, yine aynı yıl Haziran ayında, Slobodan Miloseviç’in Osmanlılara karşı alınan mağlubiyetin 600. yılı nedeniyle Sırp milliyetçiliğini haykırmak için Kosova’nın kalbinde, Merles bölgesinde, bir milyona yakın insanı topladığını belirtmektedir.

31 Bu dönem (1990-1997) hakkında bkz. Roussel, **a.g.e.**, s. 42 -47’deki kronoloji. Aynı zamanda eski bakan ve parlamenter Bernard Tapie’nin vergi kaçakçılığı da dahil olmak üzere birçok suçtan mahkum olduğu dönemdir.

32 Mahkum edilenler arasında iki bakan daha bulunmaktadır: Guy Drut ve Michel Giraud, eski Île de France bölgesi başkanı ve Paris Belediye Başkanı’nın eski özel kalem müdürü. Başka bir dosyada (kamu sübvansiyonlarında dolandırıcılık), Cumhuriyet Adalet Divanı eski devlet bakanı Michel Gilibert’i mahkum etmiştir.

En ünlüsü olan ELF davasında³³, aslında adli açıdan birçok dava yer almakta ve temelinde petrol piyasasında faaliyet gösteren bir grubun 1989 – 1993 yılları arasında bir tekstil şirketinin (Biderman) finansmanı için borsada yaptığı işlemler hakkındaki soruşturma söz konusudur. Yargılaması ancak 2001 yılında yapılan³⁴ ilk dosyada, eski bakan ve Anayasa Konseyi Başkanı Roland Dumas, dönemin dışişleri bakanı üzerinde olduğu varsayılan etkisine karşılık Bayan Deviers-Joncour'a ödenen meblağlardan yararlandığı gerekçesi ile kovuşturulmaya uğramıştır. Kendisi istinaf aşmasında beraat etmiş³⁵ ancak eşi, grubun eski CEO'su ve genel müdürü ile beraber mahkum olmuştur. Bir başka dosya, özellikle Gabon'daki işletme sahaları ve petrol sözleşmeleriyle ilgilidir. 2003 yılında otuz dolayında mahkumiyet ile eski Afrika müdürü ve eski rafineri müdürünün duruşmada tutuklanmasına yol açmıştır³⁶. Üçüncü dosya ise İsviçre hukukuna bağlı bir iştirake (EAI, ELF Aquitaine International) odaklanıyordu. Onun aracılığı ile hayali kazançların veya işlerin çoğu gerçekleşiyordu. 2007'de Loïk Le Floch-Prigent'in yanında yirmi kadar kişi mahkum edilmiş³⁷, kendisi ise bir süre sonra sağlık sebebiyle serbest bırakılmıştır³⁸. Tayvan Firkateynleri adlı dosyaya en son başka bir olay daha eklenmiştir: ELF şirketi değilse bile en azından Genel İşler Müdürü (Alfred Sirven) ile Bayan Deviers-Joncour'un da yer aldığı bir nüfuz şebekesinin, yasadışı ödemeler yapılan aracılar grubuna dahil olduğu veya dahil olmaya çalıştığı ortaya çıkmıştır.

İlk başlarda, yukarıda değinilen kişilerin eylemleri Thomson CSF'in (daha sonra Groupe Thales olmuştur) 1991'de Tayvan'da (Milliyetçi Çin Cumhuriyeti) satılan firkateynlerde dolandırıcılığa teşebbüs edildi-

33 2006'da iki görsel ürünü doğurmuştur: **L'ivresse du pouvoir** (C. Chabrol'un filmi); **ELF, la pompe à fric** (Duruşmaların sentezini gösteren – Nicolas Laurent imzalı ve Tribord yayınlarıncı yayınlanan – bir tiyatro oyunu ve dava sırasında medyanın rolü üzerine bir belgeseli içeren, B. Sho ve A. Lergoff'un DVD'si). DVD, BAC Films ve Paramount tarafından yayınlanmıştır.

34 Paris Asliye Ceza Mahkemesi, 30 Mayıs 2001 ve Paris İstinaf Mahkemesi, 23 Ocak 2003.

35 Bkz. R. Dumas, **L'épreuve et les preuves**, Paris, M. Lafon, 2003.

36 Paris Asliye Ceza Mahkemesi, 12 Kasım 2003 ve Paris İstinaf Mahkemesi, 31 Mart 2005.

37 Paris Asliye Ceza Mahkemesi, 8 Mart 2007.

38 Bkz. kendi eseri: **Une incarcération ordinaire**, Paris, Le Cherche Midi, 2006. Le Floch Prigent, "beyaz yakalı" eski mahkumların, cezaevi koşullarını eleştirmek için kurduğu Groupe Miallet'in (hüccesinde kendini asan eski bir polis amirinin adı) üyesidir. Bu grubun kökeni hakkında bkz. **Le Monde**, 2 Şubat 2002. Bugünü için bkz. İnternet sitesi.

ği şikayeti ile ihbar edilmiştir³⁹. Akabinde Tayvan'daki bir ailenin hesaplarına yapılan şüpheli ödemelerin bir İsviçre bankası tarafından fark edilmesinden sonra bir soruşturma başlatılmıştır. Bu iki dosya birleştirilmiş; ancak soruşturma bir sonuca ulaşmamıştır⁴⁰ çünkü hem devlet sırrının kaldırılmasına dair birçok istem, tüm hükümetlerce (sağdan olduğu gibi soldan da) reddedilmiş, hem de Fransa'nın Milliyetçi Çin Cumhuriyeti'ni tanımaması nedeniyle bu devlete yönelik hiçbir adli yardım istemi kabul edilememiştir⁴¹. Bu dosyada, ödenen komisyonları gizlemek için önceden açılmış sahte hesap listesi de, şimdi son derece eleştirilen koşullar altında Yargıç Van Ruymbek'e iletilmiştir⁴². Böylece Temmuz 2007'de eski başbakan Dominique de Villepin'in kovuşturulduğu Clearstream davası doğmuştur⁴³.

Bir başka silah satışı davası (bu kez savaş halindeki bir devlete satıldığı için hukuka aykırı bir satış: 1993-1994 yıllarında Angola), buna karşılık, Ekim 2008'de asliye ceza mahkemesinin önüne gelecektir. Kovuşturulanlar arasında eski bir cumhurbaşkanının oğlu (Jean Christophe Mitterand, bir süre tutuklu kaldı), eski bir bakanın oğlu (daha önce iki farklı davadan mahkum olmuş Pierre-Philippe Pasqua), daha sonradan Avrupa Parlamentosu'na da seçilen ve yurtdışında tutulan tutsak Fransızların serbest bırakılmasındaki rolüyle ünlenen eski bir vali (daha önce benzer davalardan mahkum olmuş ve tutuklu yargılana-

39 Bkz. T. Jean-Pierre, **Taiwan Connection. Scandales et meurtres au cœur de la République**, Paris, R. Laffont, 2003.

40 1 Ekim 2008 tarihli genel kovuşturamama kararı. Bkz. 3 Ekim tarihli Le Monde.

41 Sorgu yargıcı, zorluğu; bu devletin, sözleşmede komisyon ödenmesini yasaklayan maddesinden dolayı kendisinin suçun doğrudan mağduru olduğu gerekçesiyle sunduğu katılma istemini kabul ederek aşmaya çalışmıştır. Ancak Paris İstinaf Mahkemesi Sorgu Dairesi bu kararı 7 Nisan 2004'te bozmuştur. Diğer yandan Tayvan, tahkim mahkemesine başvurmuştu, bu da Fransız hükümetini, bir İsviçre sorgu yargıcının karşı çıkmasının tamamen bozacağı bir işlemi görüşmeye yöneltmişti. Sonuçta söz konusu yargıç, müsadere edilen fonların Tayvanlı aracıya iadesini reddetmiştir, böylece Taipei'de başlayan yargılamalar, İsviçre'deki el koymanın kaynağını oluşturan dosyalar sonuca ulaşmamaktadır: bir müsadere kararı (**Le Monde**, 16 Nisan 2008).

42 Kişisel görüşü için bkz. F. Lhomme, **Renaud Van Ruymbek, le juge**, Paris, Editions Privé, 2007, s. 240 vd.

43 Aralarında, başta (sonradan gerçeğe aykırı olarak değiştirilen?) listeleri tutan Denis Robert de vardı, ki kendisi de bu davayla ilgili bir araştırmanın yazandır: **Clearstream. L'enquête**, Paris, Les Arènes/Julliard, 2006. Kovuşturulan diğer kişiler de kendi versiyonlarını yayınladılar: I. Lahoud, **Le coupable idéal**, Paris, Editions Privé, 2007; J. -L., Géorgin – S. Coignard, **Rapacités**, Paris, Fayard, 2007. Devam eden bu dava ile ilgili olarak bkz. **Le Monde**, 6 ve 21 Aralık 2006.

cak⁴⁴ Jean-Charles Marchiani) ve birçok sanığın da yakını olan Charles Pasqua bulunmaktadır. Dosyada ayrıca mesleki yargıç-savcı örgütünün eski başkanı da yer almaktadır. Bu örgüt, merkezindeki “iş adamı” Pierre Falcone tarafından finanse edilecekti.

2.2. Uluslararası hukukta, 1990’lı yıllar, hem cezai hem de uluslararası⁴⁵ nitelik taşıyan yargı yollarının yeniden diriliş (daha önce Nürnberg ve Tokyo vardı) yılları olarak yüzyıllar ve binyılların dönüm noktasıdır. Zaten ayrıntılı olarak incelendiği için, burada derin bir tartışmanın konusu yapılmasına gerek yoktur. Daha çok genel yapı üzerinde duracağız.

On yılın ilk yarısında, savaşın bitmesinin ve toplama kamplarındaki-lerin özgürleştirilmesinin (kamuoyunca pek de bilinmeyen çok sayıda görüntü) ellinci yılını kutlamaya hazırlanılırken, Avrupa’nın göbeğinde etnik temizlikten yeniden söz edilmeye başlanmıştır. Zaman açısından çok kısa sürede olmasına rağmen harekete geçilmesini sağlayan bir soykırım (inkar edilemez bir nitelendirme) suçu Ruanda’da işlenmiştir. Güvenlik Konseyi harekete geçmiş ve Şart’ın 7. Bölümü’nde, peş peşe iki uluslararası ceza mahkemesi kurmak için gerekli yetkiyi bulmuştur; biri Lahey’deki Eski Yugoslavya Mahkemesi, diğeri de Aruşa, Tanzanya’daki Ruanda Mahkemesi. Bildiğimiz kadarıyla, “uluslararası

44 Cumhurbaşkanı, eski tutsakların onun için istediği affı kabul etmezse (Bkz. 10 Mayıs ve 5 Haziran 2008 tarihli *Le Monde*). Aynı davada yargılanan Marchiani, benzer davalarda da yargılanmış ve Ağustos 2004’te kefalet karşılığı serbest bırakılmadan önce tutuklu kalmıştır. İki defa mahkum olduktan sonra (mahkumiyetler, 19 Mart 2008’de temyiz başvurularının reddi üzerine kesinleşmiştir), mayıs ayında cezaevine konmuştur. Böylece Cumhuriyet’in üç valisi, yakın yıllarda cezaevini tanımış olacaktırlar: Bonnet (Korsika ile ilgili bir davadaki kısa tutuklanma), Papon (insanlığa karşı suçlara iştiraktan mahkumiyet) ve Marchiani.

45 Hatta “uluslararasılaştırılmış” veya “karma yapıda”. Bkz. Fransızca düzinelerce eserlerinden, H. Ascensio, e. Lambert-Abdelgawad, J. M. Sorel (dir.), **Les juridictions pénales internationalisées**, “Coll. De l’UMR de droit comparé”, Paris-I/CNRS, Société de législation comparée, 2006; J. –P. Bazelaire ve T. Créatin, **La justice pénale internationale**, Paris, PUF, 2000; A. Cassese ve M. Delmas-Marty (dir.), **Crimes internationaux et juridictions internationales**, Paris, PUF, 2002; G. Berkovicz, **La Cour pénale internationale dans la société des Etats**, Paris, L’Harmattan, 2005; M. Chiavario (dir.), **La justice pénale internationale entre passé et avenir**, Dalloz/Giuffrè Editore, 2003; S. Gaboriau ve H. Pauliat (dir.), **La justice pénale internationale**, Limoges, Pulim, 2002; P. Hazan, **La justice face à la guerre. De Nuremberg à La Haye**, Paris, Stock, 2000; **Juger la guerre juger l’histoire. Du bon usage des commissions vérité et de la justice internationale**, Paris, PUF, 2003; A. –C. Martineau, **Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride?**, Paris, Pedone, 2007.

hukukçular” arasındaki hiçbir öğreti, 7. Bölümü bu şekilde okumamıştı, hatta Nürnberg, herkes için “bir dönemin hukuku” idi, “hukukun bir dönemi” değildi⁴⁶.

On yılın ikinci yarısı da daha az “mutluluk verici” olmamıştır (1990’lı yılları “şanlı yıllar “olarak gören sivil toplum kuruluşlarında bu dönem böyle yaşandı). Önceki bütün deneyimler geçmişe etkili ve *ad hoc* olmuşken gelecek için uluslararası bir ceza mahkemesi – özgürlükçü veya demokratik bir ceza hukukuna uygun olarak – projesi gelişmiştir. 1998 yılı bunun için sıçrama noktası olmuştur: Fransa’da köleliğin kaldırılışının yüz ellinci yılı (27 Nisan) ve Birleşmiş Milletler’in iki kurucu belgesinin ellinci yılı (Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi – 10 Aralık, Soykırımın Cezalandırılması Sözleşmesi – Bir gün önce yani 9 Aralık; dolayısıyla gündem çok da ilgisiz değildir. BM Genel Kurulu önce insan gruplarıyla ilgilenmiştir daha sonra da bireysel olarak ele alınan insanlarla); Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kuran Roma Sözleşmesi (17 Temmuz); bir İspanyol yargıcın istemi üzerine Pinochet’nin Londra’da yakalanışı (16 Ekim)...

Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin bir eksikliği vardı; sözleşme ile kurulmuş olması ve böylece yürürlüğe girmesi için gerekli 60 onayın çok uzun süre almasından korkuluyordu. Tüm bu beklentinin aksine süreç son derece kısa oldu çünkü Statü, 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girmiş ve yargı organı 11 Mart 2003’te kurulmuştur.

2.3. Avrupa’da, etkisi daha sonra görülen bir olay meydana gelmiştir. Bu 1 Ekim 1996 günü Cenevre Üniversitesi’nden yapılan bir “çağrı”dır. Yazarları Avrupalı yedi yargı mensubudur: bir İsviçreli (Bernard Bertossa), iki İtalyan (Bruti Liberati ve Gherardo Colombo), bir Belçikalı (Benoît Dejemeppe), iki İspanyol (Baltasar Garzon Real ve Carlos Jimenez Villarejo) ve bir Fransız (Renuad Van Ruymbeke). Olay son derece medyatikleşmiştir çünkü aynı zamanda bu kişilerin anıları, Fransız gazeteci Denis Robert tarafından derlenip bir kitapta – *La justice et le chaos*⁴⁷ – yayınlanmıştır. Kendisi daha önce yayınlanan *Pen-*

46 Bugün çok başvurulan bu söylem, üstat Claude Lombois’nindir.

47 Stock, 1996. İyi organize edilmiş bir tanıtımın diğer göstergesi: 9 Ekim’den itibaren bu yargı mensuplarından dördü J. –M. Cavada’nın beşinci kez yolsuzluk konusunu ele aldığı başarılı programı “La Marche du siècle”te yer aldılar.

*dant les affaires, les affaires continuent*⁴⁸ adlı eserin de yazarıdır. İlk etapta, “ilgili ulusal parlamentolara ve hükümetlere” hitap eden bu çağrıda, yargı mensupları, siyasi-mali soruşturmaların engellenmeksizin yürütülmesinin sağlanmasını talep etmektedirler. Metnin içeriğini incelemek önemlidir. Ama biz genel yapıyı da ele alacağız: zira hem öncesi vardır hem de sonrası oldukça beklenmedik olmuştur.

Çağrıdan önce, Cenevre Kantonu’nun seçilmiş Başsavcısı Bernard Bertossa, iki unsurundan dolayı ortaya çıkarılmasının oldukça zor olduğu bir suçluluk biçimi ile karşı karşıya olan otuz kadar Avrupalı yargı mensubunu bir araya getirmişti: söz konusu unsurlar, aranan bilgilerin mali ve bankacılıkla ilgili nitelikleri ile oluşturulanların siyasi kişilikleriydi. Bilginin İsviçreli yargıç açısından ulaşılabilir olsa bile yabancı yargıçlara iletilmesinin, sayısız iç hukuk yolu başvurusu nedeniyle son derece güç olduğunu açıklamaktaydı. Ve Fransa’da açılmış dosyaları işaret ediyordu: “Fransa’daki hassas davalarda, benim bildiğim, adli yardımlaşmanın sorunsuz sağlandığı bir tane bile yoktur”⁴⁹. Bu zorluklar karşısında, sınırın farklı taraflarındaki yargıçlar, doğrudan bilgi değişimi yapmaya, özellikle de “çapraz adli yardım talepleri”⁵⁰ denen tekniğe başvurmaya başlamışlardı.

Dönemin adalet bakanı Jacques Toubon, İsviçreli mevkidaşına gönderdiği 4 Ağustos 1995 tarihli mektupta bu konudaki endişelerini dile getirmiş ve her türlü bilginin, yürürlükteki sözleşme uyarınca, diplomatik yoldan iletilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Yurtiçinde, bazı yargı mensuplarının sözleşmeyle kurulmuş sisteme uymaları için dört istinaf mahkemesi başkanına başvurular yapılmıştı⁵¹. Bunun üzerine Cenevre Savcısı, sırasıyla sosyalist ve cumhuriyetçi partilerin finansmanı,

48 Stock, 1996. İki kitabın yayını arasında yalnızca birkaç ay vardır. Sonraki yıllarda, gazeteci mali hareketliliklerle özellikle ilgilendi ve Lüksemburglu Clearstream şirketini soruşturdu. Ernest Baccers ile beraber yazdığı **Révélation** (Paris, édit. Les Arènes, 2001) adlı kitabı, “Boîtes noires” de la mondialisation financière başlığını taşıyan, Cenevre çağrısının imzacılarından B. Bertossa, B. Dejemeppe ve R. Van Ruymbeke ile E. Joly ve J. de Maillard tarafından imzalanan bir destek metnini yayınlıyacak olan (10 Mayıs) **Le Monde** gazetesi tarafından eleştirilecekti (27 Şubat). Aynı ekibin ikinci bir kitabı, **La boîte noire**, 2002 yılında aynı yayınevi tarafından yayınlanacaktı. Lüksemburg’da kara para aklama ile ilgili olarak açılan soruşturma ise 2004’te kovuşturama kararı ile sonuçlanmıştır.

49 **Le Monde**, 23-24 Temmuz 1995.

50 Uluslararası adli yardım taleplerine verilen ve bazen olumsuz olan cevaplara, talepte bulunulan yargıç, meslektaşını ilgilendiren ama aslında talep edilmemiş bilgileri de eklemektedir.

51 **Le Monde**, 6 Kasım 1995. Toubon’un mektubu Denis Robert tarafından açıklanmıştır.

Paris'teki sosyal konutlardaki sahte faturalar ve Maurice Arreckx⁵² davasının dosyalarına bakan üç Fransız yargı mensubu da dahil olmak üzere aleni uyarıda bulunmuştur. 1 Ekim 1996 tarihli Cenevre çağrısı işte bu koşullar altında yapılmıştır. Ayın sonunda (28'inde) iki devlet arasında, merkezi makamlara başvuru zorunluluğunu kaldıran (adalet ve dışişleri bakanlıkları) bir anlaşma imzalanmıştır⁵³.

Cenevre çağrısı denilen belge, siyasi sorumluları, suçların faili olarak itham etmemektedir. “Kaçış olanağı sağladıkları sermayelerle rahat rahat gelişen vergi cennetlerinin Avrupa'sına”, “sırrın bir kurtuluş aracı, bir paravan olduğu finans merkezlerinin ve bankacılık kurumlarının Avrupa'sına” ve “sayısız suçun işlenişinde yasadışı örgütlerce kullanılan karanlık yolların” Avrupa'sına, “sınırların henüz bir anlam ifade ettiği dönemden kalma hukuksal çerçevede”, sahtecilere “hemen hemen cezasızlık” sağlayan Avrupa'ya dikkat çekmektedir⁵⁴. Üstüne üstlük, “bazı kişiliklerin ve siyasi partilerin, çeşitli vesilelerle, bizzat bu yollar-dan yararlanmış oldukları” belirtilmektedir.

Ancak bununla birlikte, “bütün ülkelerdeki siyasi makamların, söz konusu karanlık Avrupa'ya açıkça ve etkin biçimde saldırmakta yetersiz olduklarının bugün farkında oldukları” ifade edilmektedir. Ve yine bu makamlardan (ulusal parlamentolar ve hükümetler), “içinde yargı mensuplarının, hukuk devletininkiler dışında zorluklarla karşılaşmadan, devam eden soruşturmalarla ilgili bilgileri araştırıp karşılıklı değişebilecekleri gerçek bir Avrupa adalet alanını kurmaları” istenmektedir.

52 Eski UDF milletvekili ve Var Vilayetinin etkili siyasetçisi, mafya ile yakın ilişki içinde olmakla suçlandı. Yedi aylık tutukluluktan sonra yayınlanan bir kitapta, J. –L. Fargette gibilerle olan “nezaket ilişkilerini” kabullenmektedir (Bkz. **Çauffit**, Toulon, Les Presses du midi éditeur, 1998). Rüşvetten mahkum edilince (1997 ve 2000'de) tekrar cezaevine dönmek zorunda kalmıştır. Maurice Arreckx 2001 yılında vefat etmiştir.

53 28 Ekim 1996'da imzalanan ve 22 Mayıs 2000 tarihli kararname ile yayınlanan, 1959 tarihli Avrupa Adli Yardım Sözleşmesi'ne ek Anlaşma. Ayrıca bkz. 30 Ekim tarihli **Le Monde** ve 1 Kasım 1996 tarihli olanında L. Beccaria ve D. Robert imzalı haber. Her ne kadar iletim yolu kısaltılsa bile, yurtdışında siyasi makama bağlı olduğundan şüphelenilen başsavcılığa başvurma zorunluluğunun bulunduğu da dikkat çekilmelidir.

54 Krş. LGDJ tarafından 2004 yılında, Poitiers Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesi ile l'Organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe koleksiyonunda ve P. Lacoumes, M. Massé ve diğerlerinin yönetiminde yayınlan eser (özellikle B. Aubert, L. Desessard ve M. Massé tarafından yazılan bölümle C. Duparc'ın sunduğu sonuç kısmı). Aynı araştırma kapsamında ayrıca bkz. T. Godefroy ve P. Lacoumes, **Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places off-shore**, Paris, La Découverte, 2004.

Ama o zaman da ulusal yargıçların, Avrupa siyasi personeline hangi hakla başvuracağı sorusu akla gelmektedir. Bunun cevabı açıktır: mevcut yasalara saygıyı, yurttaşların yasa önünde eşitliğini ve haklarının güvenceye alınmasını, demokrasinin korunması için gerekli koşulları öngören hukuk devleti adına.

Metnin başında, “uyuşturucu, terörizm, tarikatlar ve mafya faaliyetlerinden kaynaklanan paraya” vurgu yapılmaktadır. Sonunda ise yargı mensupları, kendi istedikleri, yolsuzluğun olmadığı Avrupa’ya çağrı yapmaktadırlar.

İlgili beş devletin adli tarihinde emsali olmayan Cenevre çağrısı, İtalya’da “Mani pulite” ve Belçika’daki “Révolte blanche”’tan sonra Avrupa’da adaletin hem isteklerinin hem de güçsüzlüğünün altını çizmekteydi. Zamanla, siyasi bölünmelerin ötesinde, Avrupa Birliği’nin uluslararası adli işbirliğine ilişkin resmi belgeleri de dahil olmak üzere sürekli bir referans kaynağı haline gelmiştir. Yayının iki yazarı, Ulusal Adalet Okulu’nda yargı mensuplarının sürekli eğitim görmesinin başrol oyuncularını, bunun tanıklarındır: özellikle sağ ideolojideki ilk şüphencilik zamanla düzelmiş ve sempatiye dönüşmüş, sonra da her zaman sol ideolojinin bayrağı olarak dalgalanan söz konusu çağrı “siyaseten yerinde” olan tüm konuşmaların ikonu olmuştur.

Okul’un 1996 dönemindekiler, kendilerini “Cenevre çağrısı” ile vaf-tiz etmişlerdir⁵⁵. 500’den fazla Fransız yargı mensubu metni daha ilk yıldan imzalamış⁵⁶ ve aynı süreç İtalya, İspanya ve İsviçre’de de göz-lenmiştir. Sonrasında, mesleki yargı mensubu kurumlarınca düzenle-nen birçok uluslararası kongrede belgeye atıf yapılmış, “sonraki” çağrı-lar yayınlanmıştır. Bunlardan bir tanesi⁵⁷, “adaletin ve hukukun yeri ko-nusundaki genel tartışmanın, var olduğu iddia edilen bir yargıçlar cumhuriyeti⁵⁸ üzerine verimsiz ve demagojik sorunlara dolanmasın-dan” duyduğu rahatsızlığı bildirmektedir. “Yargıçlar ve savcılarını, yasa-

55 **Le Monde**, 6 Şubat 1997.

56 **Le Monde**, 17 Nisan 1997.

57 Aralarında ilk metnin imzacılarından üçünün ve özellikle de Sendikal Yargı Mensupları Birliği başkanının bulunduğu on bir Avrupalı yargı mensubunca imzalanan, “hükümet ve devletlere” yönelik çağrı (**Le Monde**, 20 Ekim 2000).

58 Ya da B. Garzon’un **Un monde sans peur**, Paris, Calmann-Lévy, 2005, s. 178’de ifade ettiği gibi “kızıl yargıçların uluslararası cumhuriyeti”. Yazar, ayrıca bir de 2003’te “Paris Bildirisi” kaleme almıştır.

ların ve işleyebilmesi için adalete sunulan araçların kabul edilmesinden sorumlu olan siyasi yöneticilerin ve seçilmişlerin yerin almak gibi bir eğilimi yoktur – bunu zaten hiçbir zaman da talep etmemişlerdir. Ama hükümet ve devlet başkanlarının; şikayet ettiğimiz ve kendisine karşı bugün her zamankinden daha çok hazırlıksız olduğumuz durumun doğmasına izin vererek demokrasiyi karşı karşıya bıraktıkları büyük tehlikeler konusunda dikkatlerini çekmek de görevimizdir.”⁵⁹

Fransa’da 1999’da yeni bir adalet bakanı, Le Monde gazetesinin eski tesislerinde, İtalyan yolsuzlukla mücadele merkezlerinden etkilenen bir Ekonomik ve Mali Merkez açmıştır⁶⁰.

3. 2000’li yıllar

3.1. Fransa’da yukarıda değinilen davaların çoğunun sonuçlandığı yıllardır. Sonuçta taşrada açılan ve 1996-1997 yıllarında yargılananlar hariç Paris bölgesindeki dosyaların, bir asliye ceza mahkemesinin önüne gelmek için 2000’li yılları bekleyeceği de belirtilecektir. Ama bütün on yılın geçmesi gerekecektir çünkü uzun süre dokunulmazlıklarla korunmuş ön plandaki diğer siyasi kişiler, ancak 2008 sonu ve 2009’da yargı makamlarının önüne çıkacaklardır... veya hiç çıkmayacaklardır. İki kez bakan, senatör, milletvekili ve Avrupa parlamentosu üyesi olan Charles Pasqua’nın durumu budur. Angola’ya silah satışı davası ve Cumhuriyet Adalet Divanı’nca hazırlanmış başka en az üç soruşturma dosyasından yargılanmıştır. İlk mahkumiyet kararı 12 Mart 2008’de bir yerel mahkeme tarafından verilmiştir⁶¹.

59 Bu görüş E. Halphen tarafından da paylaşılmaktadır, **Sept ans de solitude**, Paris, Denoël, 2002, s. 233, 235: “Bütün bu güzel sözlerin etkisinin sayımını yapmak kolaydır: genel olarak hiçbir şey olmadı (...), Cenevre Çağrısı’ndan bu yana hiçbir şey kımıldamadı.” J. de Maillard, L. Greilsamer ve D. Schneidermann’ın eserine (**Où vont les juges**, Paris, Fayard, 2002, s. 382 vd.) cevap verirken sert bir yaklaşım sergilemiştir: “Kamuoyu, imzacıların baştaki amaçlarını aşan bir yükümlülük altına girmiştir (...) Ama geri çekilmeye beraber, bu gerçekten, yargıç ve memurların, bir sonraki yılın bütçesini hazırlayabilmesi için servis şefine iletilmesi gereken silgi ve kalemlerin katalogunu yazdıkları bir metin olmuştur. Artık bundan fazlası değildir”. Geri çekilme olmaksızın, aynı yazar çok daha heyecanlı idi: **Un monde sans loi. La criminalité financière en images**, Paris, Stock, 1998.

60 Bkz. Poitiers Hukuk Fakültesi koleksiyonunda yayınlanan eser.

61 Avrupa seçimleri için kurulan partinin finansmanındaki usulsüzlükler ve Pasqua’nın bakan olduğu dönemde açılmasını kolaylaştırdığı Annemasse’daki casinodan yapılan ödemeler. Ayrıca Cumhuriyet Adalet Divanı önünde ek olarak Pasqua ve Charasse aleyhine rüşvet alma davası açılmıştır. Charasse, güçler ayrılığı ve siyasi eylemin özerkliği gerekçeleri ile mahkeme çağrısına uymayı reddederek yargının haksız genişlemesine açıkça karşı çıkan ender siyasi sorumlularından biridir.

1976'dan 1994'e kadar RPR başkanı, 1977'den 1995'e kadar Paris Belediye Başkanı ve 1995'ten 17 Haziran 2007'ye kadar Cumhurbaşkanı olan Jacques Chirac'ın da durumu aynıdır. Sonuçta çok hızlı biçimde partisinin finansmanı ile ilgili birçok adli dosya yeniden canlandırılmıştır. Temmuz 2007 sonunda, Nanterre'den Yargıç Alain Philibeaux, RPR üyelerine Paris Belediyesi ve özel şirketlerce sağlanan destekler hakkındaki bir dava kapsamında Cumhurbaşkanı'nı⁶² tanık-şüpheli olarak dinlemek için bürosuna gitmiştir. Bu ilk dava, 2004'te Juppé'nin mahkum olduğu davadır. Dosyada görevli olan yargıç, 15 Nisan 1999'dan itibaren, Cumhurbaşkanı ile dosyayı, haksız kazanç sağlama ve buna yataklık etmeden soruşturulmasına yol açabilecek belirtiler bulunduğu gerekçesi ile tefrik etmişti⁶³. Kasım 2007'de, Yargıç Xavière Siméoni, Paris kenti memurları dosyasıyla⁶⁴ ilgili olarak Chirac'ı tanık-şüpheli sıfatıyla çağırılmış ve kamu fonlarının zimmete geçirilmesi suçlamasıyla soruşturmuştur. Bu ikinci dava ise eski bir memurun kitabıyla ihbar edilmişti⁶⁵; bu, bir vergi mükellefinin – hareketsiz kalan kent hesabına – idari mahkemeler önünde katılan olmayı talep ettiği davadır. İlk başta, istinaf mahkemesinin sorgu dairesi, zamanaşımının dolduğuna karar vermişti, ama karar, zamanaşımını kesen işlemlerin bulunduğu Nanterre'deki dava ile olan bağlantı gerekçesiyle temyiz edilmişti⁶⁶. Devamında, sorgu dairesi, belediye başkanının eski özel kalem müdürleri⁶⁷ ve bir devlet bakanının⁶⁸ de dahil olmak üzere birçok soruşturmaya izin vermiş ve temyiz başvurusu 26 Haziran 2007'de reddedilmiştir. Mayıs 2008'de, Yargıç Jean-Marie d'Huy, eski devlet başkanını SEMAP (Paris kentinin 1996 yılına kadar belediye belgelerinin basımından sorumlu karma ekonomi şirketi) dosyasında tanık olarak dinlemek

62 Daha 2001'de, Yargıç Thierry Pons, Başbakan L. Jospin'i, Sosyalist Parti ile ilgili bir davada tanık olarak dinlemek için bürosuna gitmiştir.

63 Diğer soruşturulanların, makul bir sürede yargılanabilmesi için bu karar Yargıç Philibeaux tarafından 12 Aralık 2002'de yenilenmiştir (O gün Avril Komisyonu, devlet başkanının cezai sorumluluğu ile ilgili raporunu sunmuştur). Her seferinde Chirac "bilgilendirilmiştir". 1999 sonunda, Danıştay'ın iki yüzüncü yılı için düzenlenen kolokyumunda, "siyasi hayatın aşırı biçimde cezalandırılmasından" yakınmıştı (**Le Monde**, 14 Aralık 1999). 20 Temmuz 2008'de, "Financement politique: ce que je veux dire au Français" adlı uzun bir makale yayınlamıştır.

64 22 Kasım 2007 tarihli **Le Monde**'da eski devlet başkanının yeni makalesi: "Vérité sur les chargés de mission de Paris".

65 G. Quémard, **Paris-Mafia**, Paris, Fayard, 1998.

66 2 Aralık 2004.

67 Özellikle Michel Roussin ve Robert Pandraud (aynı zamanda eski bakan).

68 R. M. Aubert.

için Mali Merkez'e çağırmıştır. Bu üçüncü dava ise, Yargıtay'ın 2001'de devlet başkanının cezai sorumluluğu ile karar vermek durumunda kaldığı davadır. Yargıç Armand Riberolles yalnızca şirketin sorumlularını soruşturmuştu ama asıl isim, daha yüzleştirmeler yapılamadan önce vefat etmiştir.

Fransa'nın 1980'li yıllardan bu yana mevcut haliyle ilgili ufuk turu, tüm bu davalarda trajik ile tuhaf arasında bir yere koymak gereken ve göz ardı edilemeyecek bir kısım hikayeye değinmeden nasıl bitirilebilir?

Bir düzine insan, Tayvan firkateynleri dosyasıyla bağlantılı olarak şüpheli biçimde ölmüştür, ki bunlardan biri de DGSE'nin eski yöneticisinin oğludur. Tayvanlı aracı da ülkesinde bir cinayet davası nedeniyle aranmaktadır...

Aralarında siyasetçiler de olan çok sayıda kişi yurtdışına gitmiş, hatta kaçmıştır. "İşadamı" grubunda, ELF dosyalarının kilit kişisi Alfred Sirven'in kaybolması sayılabilir. 2000'de Filipinler'de olduğu bildirilmiş, 2 Şubat 2001'de yakalanıp çabucak, 7 Şubat'ta bu bekleme süresinde durdurulan bir yargılama için (ELF davasının Dumas ayağı) Fransa'ya iade edilmiştir⁶⁹. Ayrıca, aracı Pierre Falcone'nin (aynı şekilde İsviçre tarafından da aranmaktayken⁷⁰) serbest bırakılırken konan adli kontrolü ihlal ederek ve fakat diplomatik bir pasaportun koruması altında (kendisini Angola'nın UNESCO temsilcisi olarak tanıtmıştır) Eylül 2003'te yurtdışına çıkışı da hatırlatılabilir. Pasqua'nın Tunus'a kaçan oğlu gibi Pierre Falcone de Ekim 1997'deki SOFREMI davası nedeniyle asliye ceza mahkemesi önüne çıkarılmasını amaçlayan uluslararası yakalama emrinin kaldırılması için "pazarlık etmiştir"⁷¹. Siyasetçilerin tarafında, Jacques Medecin ve Jean Michel Boucheron'u tekrar etmeksizin, eski il genel meclisi üyesi ve eski Hauts-de-Seine Sosyal Konutları Vilayet Büro başkanı Didier Schuler'in 1995'te Bahamalar'a kaçışı

69 Bkz. **Le Monde**, 31 Mart 2000 et 10 Ocak 2001, ayrıca 3-7 Şubat 2001 arasındaki diğer günlük gazeteler. Fransa'nın eşliğinde onu getiren uçak, Frankfurt'ta aktarma yapmış, burada Alman polisi de kendi yargılamalarında onu dinlemek için alıkoymuştur. O zaman Sirven, Schengen Anlaşmasının Uygulama Sözleşmesi'nde öngörülen basitleştirilmiş iadeye rıza göstermiştir. ELF davasında, diğerlerinde olduğu gibi R. Dumas dosyasında da mahkum olmuş ve üç buçuk yıllık infazdan sonra serbest bırakılmıştır. 12 Şubat 2005'te vefat etmiştir.

70 24 Mayıs 2002 tarihli **Le Monde**.

71 Bu davada asliye ceza mahkemesi tarafından bir yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. 18 Ocak 2008'de bir başka mahkeme, vergi kaçaklığı nedeniyle kendisini dört yıl hapis cezasına mahkum etmiştir (**Le Monde**, 20-21 Ocak 2008).

(daha sonra Saint-Domingue'e geri dönecektir) sayılabilecektir. Yargıç Halphen'in kayınpederine karşı, para karşılığı o dönemde yalnızca Paris sosyal konutları dosyası üzerinde çalışan damadına müdahalede bulunması için şantajla teşebbüs ettiği gerekçesiyle şikayette⁷² bulunduktan sonra kaçmıştır. Şubat 2002'de Fransa'ya geri gelmiş⁷³ ve birkaç hafta tutuklu kalmıştır. Yayınladığı kitapta⁷⁴, cumhurbaşkanına yakın bir avukatın tavsiyeleri üzerine gittiğini söylemiştir. Daha sonra 2005 yılında hapis cezasına çarptırılacak ve bu ceza istinaf aşamasında onaylanacak, 2007'de de temyiz başvurusu reddedilecektir.

Yargıç karşısına ilk çıktığında Schuller; RPR'nin finansmanında önemli bir rol oynamış, Haziran 1999'da vefat eden ancak öncesinde çözümlenemeyen 22 ve 23 Eylül 2000 tarihli *Le Monde* gazetesinde yayınlanan görüntülü bir kaset kaydetmiş olan Jean-Claude Méry'nin ölümünden sonra ortaya çıkan kasetteki bilgilerin önemli bir bölümünü kabul etmiştir. Kaynağı ve gerçekliği yargı tarafından doğrulandıktan sonra belgeye, o dönemde araştırılan dosyalarda görevli birçok yargıç tarafından el konulmuştur. Ama her türlü yüzleştirme, çok açık nedenler karşısında, artık olanaksız hale gelmiştir...

Ayrıca şunlar da vardır: Paris Belediye Başkanı'nın evinde arama yapacak olan sorgu yargıcına eşlik edilmemesini emreden bir adli kolluk müdürü, yüksek bürokrat daha sonra görevlerinden istifa etmiştir⁷⁵; yardımcılarının Paris Belediye Başkanı'nın eşine karşı adli araştırma başlatmaya yönelik heyecanını yatıştırmak için Himalayalar'da acilen bulunup – hem de helikopterle! – geri getirilen bir Cumhuriyet savcısı⁷⁶; ELF davasıyla ilgili belgelerin kaybolduğu ve sonuçta polislerin so-

72 Schuller ve Marechal ile kayınpeder arasındaki bir telefon görüşmesi yasadışı olarak kaydedildiği için yargılama iptal edilmiştir.

73 **Le Monde**, 6 Mart 2002.

74 **Je reviens**, Paris, Flammarion, 2002. Aynı avukat, benzer şekilde, Michel Roussin'e de (Paris Belediyesi'nde Chirac'ın belediye encümen başkanı) Kasım 2000'deki yakalanmasından önce Fas'a kaçmasını önerecekti (bkz. 9 Mayıs 2006 tarihli **Le Monde** ve adı geçen Albin Michel'de yayınlanan **Le gendarme de Chirac** adlı kitabı). Roussin, Paris sosyal konutları davasında dört yıl hapis cezası ve beş yıl boyunca haklarından mahrumiyete mahkum edilmiştir ama RPR'nin hayali işleri dosyasında kovuşturulmama kararından yararlanmış.

75 **Le Monde**, 27 Haziran 1996. Bkz. ayrıca E. Halfen'nin kitabı **Sept ans de solitude**, Paris, Denoël, 2002, s. 92.

76 **Le Monde**, 6-7 Kasım 1996. Bkz. ayrıca yukarıda atf yapılan eser s. 94 ve E. Joly, **Notre affaire à tous**, Paris, Les Arènes, 2000, s. 18.

ruşturulduğu, Mali Şube'deki hırsızlık⁷⁷; eski Fransız gizli servisi üyele-
rince yönetilen bir bürodan, adli belgelerin temin edilmesini ve bazı
Fransız ve İsviçreli yargı mensuplarının soruşturulmasını isteyen, eski
tersaneler idaresindeki kişiyi bulmak için başlatılan adli araştırma⁷⁸...

Hikaye tarafının ötesinde, siyasi kişilerin bu kovuşturma dalgasına
ne kadar hazırlıksız yakalandıklarını ve de kovuşturulan bazı kişilerin
adi suçlulardan pek de farklı davranmadıklarını göstermeye yarayan
bu dökümü burada sonlandıracağız.

3.2. Dünyada ise, şu anki on yıl yalnızca yeni uluslararası ceza mah-
kemelerinin kurulmasını değil bir tür sıçrama etkisini de ortaya koy-
muştur, insancıl hukukun ağır veya yoğun biçimde ihlali gerekçeleriyle
siyasilere kişilere karşı ulusal mahkemelerde başlatılan kovuşturmalar
son derece artmıştır.

Uluslararası ceza mahkemeleri alanında büyük olaylar meydana
gelmiştir. 2001 yılında, birçoklarının “dokunulamaz” dediği Slobodan
Milosevic'in Eski Yugoslavya Mahkemesi tarafından yakalanması bun-
lardan biridir⁷⁹. Duruşması 12 Şubat 2002'de başlamış ve 11 Mart
2006'da öldüğü gün durmuştur. Elbette çok uzundur; ancak fiili bir ne-
denle yargılama sonuçlanamamıştır. Hukuken ilk defa görevi başında
ve iç savaş sırasında sanık olan bir devlet başkanı, insanlığa karşı suç-
lar ve ayrıca soykırım gerekçesiyle bir uluslararası ceza mahkemesinin
karşısına çıkmıştır. On yılın sonunda, Temmuz 2008'de, Radovan
Karadzic'in (Bosna Sırp Cumhuriyeti'nin eski başkanı) yakalanması ve
Lahey'e gönderilmesi, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza
Mahkemesi'nin az veya çok görevini tamamlayacağını ve en üst düzey
siyasi sorumlulara da dokunabileceğini son anda kanıtlamıştır⁸⁰.

77 **Le Monde**, 27 Nisan 1997 ve 8 Eylül 2000.

78 **Le Monde**, 25 Şubat 2008.

79 Bkz. Florence Hartmann'ın bu zorlukları anlattığı eserleri: **Milosevic. La diagonale du fou**, Pa-
ris, Denoël, 1999; genişletilmiş baskı, Folio, 2002; **Paix et châtiment. Les guerres secrètes de
la politique et de la justice internationale**, Paris, Flammarion, 2007.

80 Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi açısından bilanço daha az tatminkardır. Bu
Mahkeme'nin çalışmaları daha çok 1990'lı yıllarda yapılmıştır (eski başbakan Jean Kamban-
da ve iki bakanın ömür boyu hapse, üçüncüsünün de süreli hapis cezasına mahkum edilmesi),
2000'li yıllar ise çok emek verilerek de olsa daha çok bir “tamamlama stratejisinin” sürdürülme-
sine adanmıştır. Buna karşın, diğer bakanlara karşı yürütülen kovuşturmalar arasında, içişleri ba-
kanıyla (Karemera) ile ilgili olan yakında sonuçlanmak üzeredir.

Daha önce gördüğümüz gibi 2003'te kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi⁸¹, 2008'de dört "durum" ile ilgili başvuru almıştır: başvuru sırasına göre; Kuzey Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Sudan Darfur. Savcı on iki yakalama emri talep etmiştir. Son talebi henüz yargıçlar tarafından incelenmektedir. Verilen on bir yakalama kararından, dördü infaz edilmiştir. İlk başvurular ilgili devletlerce yapılmışsa da, Darfur'daki durumla ilgili olarak Mahkeme'ye Güvenlik Konseyi tarafından⁸² başvuru yapılmış olması ve 14 Temmuz 2008'de savcının, Sudan'ın görev başındaki devlet başkanı Ömer Hassan Ahmed El-Beşir için yakalama emri talep etmiş olması dikkat çekicidir. 2008'de Belçika'da yakalanan ve Orta Afrika Cumhuriyeti'nde işlenen suçlarla ilgili hesap vermek üzere Mahkeme'ye teslim edilen Jean-Pierre Bemba Gombo'nun da Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde önemli bir siyasi kişilik olduğu⁸³ ayrıca belirtilmelidir.

Son olarak, bu on yıl, karma veya uluslararasılaştırılmış nitelikteki *ad hoc* mahkemeler kategorisinin hayata geçirildiği dönemdir: 2000'de Doğu Timor'da, 2002'de Sierra Leone'de, 2004'te Kamboçya'da, 2007'de Lübnan'da...⁸⁴. Kamboçya'da halen hayattaki başlıca siyasi sorumlular 2006 ve 2007'de yakalanmıştır. Eski Liberya devlet başkanı Charles Taylor, ilk başlarda Nijerya'ya sığınsa da, Özel Sierra Leone Mahkemesi'ne teslim edilmiş ve davası Freetown'da değil Lahey'de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tesislerinde Haziran 2007'de başlamıştır.

Militanlar ve diğer sabırsız kişiler, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ancak 1993'te kurulduğunu hatırlamak zorundadırlar. Böylece on beş yılda, siyasi ve askeri sorumlularca bazı yerlerde işlenmiş suçların kovuşturulması tarihinde emsali olmayan bir harekete tanıklık ettik. Bu hareket ayrıca sürekli uluslararası bir ceza yargısının doğmasını sağlamış ve birçok devletin ulusal yargılarına başvuruları canlandırmıştır.

81 Ekim 2008 itibarıyla 192 BM üyesinden 108'i Mahkeme'nin Statü'süne katılmıştır. Ancak Güvenlik Konseyi üyeleri arasından üçü halen eksiktir: Çin, Rusya ve ABD. Son ülke açısından, Başkan Clinton görev süresinin son günlerinde imza atmıştı. Göreve gelen Başkan Bush ise bu karardan dönmüştür. Başkan Obama'nın ise selefinin kararından dönmesi olasıdır.

82 1593 sayılı ve 31 Mart 2005 tarihli karar.

83 Kongo Özgürlük Hareketi'nin (MLC) başkanı ve komutanı.

84 2006 Ekim ve Kasım'ında Saddam Hüseyin'in yargılayıp ölümüne mahkum eden mahkeme bu kategoriye (veya hukuken kabul edilebilir hiçbir kategoriye) girmemektedir. 64 denilen ve Kosova'da kurulan özel daireler ise yalnızca alt derece personeli yargılamaktadır. Lübnan Mahkemesi konusunda bkz. aşağıdaki "Geleceğe dair" bölüm.

Sonuçta savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya yolsuzluklar için mülkellik açısından yetkili olan veya evrensel yetkiyi kullanan ulusal yargı yerleri önündeki kovuşturmalar hızla artmaktadır. Karşılıklı etkileşimin sonucu açıktır; tamamlayıcılık ilkesi (UCM'nin ulusal yargı yerlerinin kendiliğinden olaya el koymayı reddetmesi veya bunun olanaksız olması halinde ortaya çıkan yetkisi) tarafından yönlendirilmeyi beklememiştir. İlk başta, yönlendirme siyasi ve medyatik, medyatik dolayısıyla da siyasi olacaktır... Tekrar edecek olursak, insan hakları ihlallerine yönelik ana kovuşturmaların yolsuzluk suçlamalarıyla birbirine karıştığını ve çoğunlukla (siyasi ve/veya hukuki) elverişlilik görüşlerinin davanın içeriğini belirlediğini saptamak önemlidir. Endonezya'da 2006'da eski devlet başkanı Suharto'ya karşı (1965-1998) adaletin sonuçta yalnızca yolsuzlukla ilgili şikayetleri dikkate alması olayında yaşanmış olan budur⁸⁵. Son iki yılın gündemindeki iki olayla sınırlı olmak üzere Güney Amerika ve Afrika için de aynı belirleme yapılabilir.

Güney ve Orta Amerika'da, 2001'de Intermerikan İnsan Hakları Mahkemesi, insancıl hukuk veya insan haklarına karşı ağır ihlallere yönelik affi ilke olarak geçersiz saydıktan sonra, çok sayıda yargılama halen sürmektedir. Pinochet olayına⁸⁶ tekrar dönmeksizin, önce Japonya'ya kaçıp sonra da Şili'ye sığınabileceğini düşünen eski Peru devlet başkanı Alberto Fujimori'ye (1990-2000) karşı Lima Yüksek Mahkemesi önündeki yargılama kağıda dökülebilir. Kendisi, Eylül 2007'de yolsuzluk ve kişilere saldırılar iddialarıyla iade edilmiş ve cinayet, işkence ve özgürlükten yoksun bırakma emirleri verdiği gerekçeyle Aralık'ta yargılanmıştır⁸⁷. İlk defa eski bir devlet başkanı, yargılanmak için ülkesine iade edilmiştir. Ertesi yıl, eski Guatemala devlet başkanı (2000-2004), ihtilas suçundan sanık olduğu ülkesine iade edilmek üzere Meksikalı yetkililere teslim olmuştur⁸⁸. Uruguay'da eski diktatör Grégorio Alvarez, iktidarı döneminde (1981-1985) işlenen insanlığa karşı suçlara iştiraktan Ekim 2007'de yakalanmış ve kovuşturulmuş-

85 **Le Monde**, 25 Mayıs 2006. Sanığın fiziksel durumu nedeniyle kovuşturmalar durdurulmuş veya düşürülmüştür.

86 İngiltere, tıbbi sebeplerle iadesini reddettikten sonra 2 Mart 2000'de Şili'ye dönmüş, senatör olarak ömür boyu dokunulmazlığı kaldırılmış ve bir yandan insanlığa karşı suçlar diğer yandan vergi kaçakçılığı gerekçeleriyle soruşturmalar başlamıştır. Ama 10 Aralık 2006'daki vefatı üzerine kamu davası düşmüştür.

87 **Le Monde**, 24 Eylül, 17 Ekim, 11 Aralık ve 21 Aralık 2007.

88 **Le Monde**, 9 Ekim 2008.

tur⁸⁹. Arjantin’de 1976-1981 dönemindeki askeri cuntanın yöneticisi Jorge Videla, 1985’te ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiş, daha sonra 1990’da Carlos Menem tarafından affedilmiş, Ekim 2008’de tekrar cezaevine konulmuştur ve çocukların kaçırılması ve siyasi infazlardan dolayı kovuşturulmaktadır. Bu haftalarda, 1989’dan 1999’a kadar devlet başkanı olan Carlos Menem de aynı dönemde silah kaçakçılığı yaptığı gerekçesiyle mahkeme önüne çıkarılmıştır⁹⁰.

Afrika’daki durum ise biraz farklıdır çünkü insan haklarının ağır ihlallerine ilişkin davalar, Afrika’nın henüz tek dava kaynağı olduğu UCM önünde devam etmektedir. Öte yandan eski Çad devlet başkanı (1982-1990) Hissene Habré’nin yakında Senegal’deki yargılanması üzerinde durmak gerekmektedir. İlk aşama temyizde 20 Mart 2001’de yetkisizlik kararı ile sonuçlanmıştı. O zaman hiç kimse Belçika mahkemelerine başvurmayı düşünmemiştir. Ama Afrika Birliği, Temmuz 2006’da Hissene Habré’nin Afrika’da yargılanması gerektiğine karar vermiş ve sığındığı ülke olan Senegal’i bu yargılama ile görevlendirmiştir. Bu ülke de, evrensel yetki üzerine bir yasa çıkardıktan sonra başka bir Afrika ülkesinin eski devlet başkanını yargılamaya hazırlanmaktadır⁹¹. Uluslararası ceza hukukunun bölgeselleşmesine yönelik böyle bir mekanizma ilke kez görülmektedir. Buna karşın yolsuzluğa ilişkin uyuşmazlık; adli yardımlaşmaya dair hükümlerin uygulanmasıyla İsviçre’deki fonların dondurulduğu⁹², gayrimenkullere ve diğer mallara el konulması amacıyla başta Fransa⁹³ olmak üzere birçok farklı ülkede şikayette bulunulduğu Avrupa’da çözümlene eğilimindedir⁹⁴. Birçok soruşturma açılmıştır, ama henüz hiçbir sorgu yargıcına başvurulmamıştır.

2000’li yıllara dair bu ufuk turunu Brüksel’de, François Mitterand’ın eski başbakanı ve 1995’ten 1999’a kadar Avrupa Komiseri olan Bayan Edith Cresson’un davasını hatırlatarak bitirelim. Çok büyük siyasi sonuçları olan bir iltimas davasına adına karışan eski komiser ile birlikte

89 **Le Monde**, 19 Aralık 2007.

90 **Le Monde**, 18 Ekim 2008.

91 Bkz. n. 23, “Actualité de la compétence universelle”, chronique à la Rev. Sc. Crim., 2008, s. 440 vd.

92 Bkz. özellikle **Le Monde**, 16 Şubat 2006.

93 Bkz. **Le Monde**, 1 Şubat ve 12 Temmuz 2008.

94 Bununla birlikte bir Liberya mahkemesinin, yolsuzluk iddialarına cevap vermek için yapılan çağrıya uymayan Gyude Bryant (2003-2006 devlet başkanı) için yakalama emri çıkardığı da belirtilmelidir. Bkz. **Le Monde**, 10 Aralık 2007.

birçok bürokrat, Komisyon'un dokunulmazlığı kaldırma kararından sonra mülkîlik gereği yetkili hale gelen Belçika yargı makamları tarafından, evrakta sahtecilik ve sahte evrakı kullanma, zimmet ve haksız kazanç sağlama suçlarından soruşturulmuştur. Haziran 2004'te beraat kararı verilmiştir. Buna rağmen⁹⁵, disiplin soruşturması, Adalet Divanı'nın bir kararına kadar gitmiştir. Divan⁹⁶ da istenen yaptırımlara hükmetmeksizin (emeklilik haklarının azaltılması) eski komiserin görevinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğine karar vermiştir.

III. DEVRİM?

Bu gelişimin yorumlanması son derece hassastır. Öncelikle hareketin kendini doğrulaması ve kökleşmesi gerekecektir; geleceğe dair tüm öngörüler tehlikelidir. Bazı açılardan, incelenen gelişimin moderniteye bağlı olduğu söylene de – zaten başka türlü nasıl olabilirdi ki? –, diğer açılardan, bizim görüşümüze göre, açıkça moderniteyi de aşan bir görüntü sergilemektedir. Bu nedenle geleceğe dair bazı hipotezleri koyduktan sonra son bir değerlendirmenin de zamanı gelecektir.

1. Geleceğe dair

İtalya'da⁹⁷, Fransa'da... yorumcular, hareketin başarısızlığa uğramadığını savunmaktadırlar. Orası kesin değildir. Bu ülkelerde, elbette, siyasetçi günümüzde ipleri eline geri almış gibi gözükmemektedir; mevcut durumdan kaynaklanan koşullara bağlı kalınmamalıdır. Tam tersine, hareket, uluslararası hukukta giderek derinleşen bir görüntü çizmektedir ki, bu da geri döndürülemez bir gelişim hipotezine, en azından bu yöndeki sürekli bir eğilime izin vermektedir. Daha ilgi çekici olan ise gelişimin, yukarıdaki açıklamalardan dolayı sanıldığı kadar bir yanda ulusal hukuk diğer yanda uluslararası hukuk ya da iç hukukta malvarlığına karşı suçlar ve yolsuzluk, uluslararası hukukta ise kişilere ve kişi topluluklarına karşı suçlar arasında bölünmüş olmadığıdır. Aksine tüm bunlar birbirini yoğun biçimde doğrulamaktadır, bu da gi-

95 Avrupa Komisyonu katılan sıfatını almıştır.

96 CJCE, 11 Temmuz 2006, aff. C. 432-4.

97 Mani Pulite'nin başarısızlığı üzerine bkz. **Le Monde**, 17 Ağustos 1999. Giulio Andreotti'nin serbest bırakılmasının ertesini günü Silvio Berlusconi şu açıklamayı yapmıştır: "Siyasi hayatın kanseri olan adli devrimin sonunun başlangıcı" (13 Kasım 1999 tarihli **Le Monde**).

rişilen hareketin, mücadelenin zor olduğu suçlar konusunda daha etkin biçimde kullanılması için bizzat kendisinden ve özellikle de kurallar arasındaki karşılıklı etkileşimden beslenebileceğine dair diğer hipotezin ortaya konmasını sağlamaktadır.

1.1. Devamlılık. 1996'da Antoine Garapon ve Denis Salas, "ortak hayatın cezalandırılmasının" (siyasi, ekonomik ve idari alan) birçok yönünü içerecek biçimde konuyu bizimkinden daha geniş biçimde kucaklayan "*La République pénalisée*"⁹⁸ adlı eseri yazmışlardı. Ama şu ana kadar korunan kişilere doğru ceza adaletinin genişlemesiyle ortaya çıkan "bu cezai dönüm noktası" ile ilgili olarak geç kalmışlardı. 2004'te bir başka kitap *iş hayatının sonunu* tespit etmekte, *büyük aldatmacayı* şikayet etmektedir. Bir gazeteci tarafından kaleme alınmış olup⁹⁹; önsözü, çok sayıda dosyanın uluslararası işbirliğinden kaynaklanan zorluklara çarptığının ve yargıçların yolsuzluğa karşı yürütülen mücadeleyi kaybettiğinin altını çizen eski yargıç Thierry Jean-Pierre¹⁰⁰ tarafından yazılmıştır. Aslında gazeteciler, yargılamaların etkisizleştirilmesi, saldırgan savunmaların yarattığı taciz, Dominique Strauss-Kahn ve Robert Hue'nun serbest bırakılması, Jacques Chirac'a sağlanan cezai dokunulmazlık... gibi olaylardan hemen umutsuzluğa düşüp yelkenleri indirmişlerdir¹⁰¹. Hâlbuki Eric Halphen ve Eva Joly başka ufuklara yelken açmışlardır ki, Joly genel bir yolsuzluk açısından Thierry Jean-Pierre'in yukarıdaki tetkikine katılmaktadır¹⁰². Elbette, Crédit Lyonnais davasında kovuşturamama kararları ile beraat birbirini takip etmiş¹⁰³ ve daha önce de gördüğümüz gibi Tayvan firkateynleri dosyasında genel bir kovuşturamama kararı verilmiştir.

98 Paris, Hachette, kitap Olivier Mongin ile yapılan bir söyleşiyle bitmektedir.

99 E. Decouty, **Fin des affaires. La grande illusion**, Paris, Audibert, 2004. Bkz. ayrıca Denis Robert'in 10 Haziran 2008 tarihli "Jet de l'éponge au seizième round" adlı açıklaması: ladominationdumonde.blogspot.

100 Daha sonra Avrupa parlamentosu üyesi olmuş ve 2005'te vefat etmiştir.

101 Bkz. **Le Monde**, 17 Aralık 2002: "Héros des années 1990, les juges financiers ont perdu les faveurs de l'opinion" ve 18 Temmuz 2002: "L'ère des grandes affaires politico-financières est révolue".

102 E. Joly, **Est-ce dans ce monde que nous voulons vivre?** (s. 204, 242 vd., 318 vd. ve İtalya'daki duruma ayrılan sayfalar). Bkz. ayrıca **La force qui nous manque**, Paris, Editions Les Arènes, 2007.

103 Bkz. Yalnızca bir katılanın istinaf başvurusu, Crim., 17 Mayıs 2006, **Droit pénal**, 2006, n.114, obs. J.-M. Robert. Bkz. ayrıca **Le Monde**, 18 Mayıs 2007.

“L'exemple français: une utopie perdue?” (Fransız örneği: kayıp bir ütopya mı?), Sendikal Yargı Mensupları Birliği'nin “Justice et politique, je t'aime moi non plus” adıyla düzenlediği kongrede 25 Nisan 2008'de yapılan bir sunumun başlığı olmuştur. Soru işaretinin altı çizilmelidir. Sonuçta, siyasi değişimler düzenli hale gelmiştir. Üstüne üstlük, Fransa'da böyle olmamasına karşın, Jacques Chirac'a karşı yeniden davalar açılmıştır. Özellikle ELF davası kadar önemli olan ancak medyanın hiç de ilgilenmediği Angola'ya silah satışı davası Paris Asliye Ceza Mahkemesi önünde başlamıştır. Dolayısıyla hemen bu önemdeki bir gelişimin sonuna gelindiği sonucuna varılamaz. Bilindiği gibi adaletin zamanı, medya ya da siyasetinkiyle aynı değildir. İtalya'da tıpkı Fransa'daki gibi görülen aralar ve hatta yavaşlamalar adaletin siyasete yönelik belli bir bağlılığını gösterse de, siyasetle birlikte gelişebilecektir. İtalya'da yeni gelişmeler beklenmektedir: Berlusconi devrinin bitmesi; Fransa'da: savcının bağım(sız/lı)lığı sorunu üzerine yaklaşım değişikliği ki bu değişiklik dış etkilerden kaynaklanabilecektir.

Siyasi sorumluların uluslararası veya karma nitelikteki ceza mahkemeleri önünde cezalandırılması gerilemedikçe beklenti daha da artmaktadır. Tam tersine bazıları daha hala varlığına karşı çıksa da¹⁰⁴, Uluslararası Ceza Mahkemesi iş başındadır. Birçokları halen savcının mahkemeye başvurmamış olmasından dolayı şikayet ederken – ama çok yakında yapabilir – Güvenlik Konseyi'nin bu kadar çabuk biçimde bunu yapabileceğini kim öngörebilirdi? İlk sanıklar yüksek dereceli siyasi sorumlular değilken savcının, görevi başındaki bir devlet başkanı için yakalama emri talep edeceğine kim inanabilirdi? Aşılamaz olan ama Uluslararası Eski Yugoslavya Mahkemesi kurulurken aşılın engeller için zaten ne denmişti?

Lübnan'da¹⁰⁵ Mahkeme'nin yetki alanına girmeyen terör suçlarını yargılamak üzere yeni *ad hoc* bir mahkeme kurulmaktadır¹⁰⁶. Bu nite-

104 Bkz. örneğin C. Delsol, **La grande méprise. Justice internationale, gouvernement mondial, guerre juste...**, Paris, La Table ronde, 2004.

105 Bkz. Güvenlik Konseyi'nin 1757 sayı ve 30 Mayıs 2007 tarihli kararı. O. Beauvallet, “Un tribunal spécial pour les crimes terroristes commis au Liban”, **Droit pén.**, juillet-août 2007, 27; L. Desessard, “Réflexions sur la qualification d'une nouvelle juridiction hybride: le tribunal spécial pour le Liban”, **Rev. pén. et de dr. pén.**, 2007, 443; A. Azar, “Le tribunal spécial pour le Liban: une expertise originale”, **RGDIP**, 2007/3, 643.

106 Ayrıca kovuşturulan bazı suçlar UCM yürürlüğe girmeden önce işlenmiştir.

lendirmeye karşı çıkılabilirse de, hareketin sürekliliği bundan daha az dikkat çekici değildir. Geçtiğimiz yüzyılın başında iade hukukunda geçerli “Belçika Hükmü”nün¹⁰⁷ devamında, şimdi adam öldüren siyasetçileri, özellikle de devlet başkanlarının cezalandırılmasına yönelik bir yöntem hayata geçirilebilecektir. Bu vesileyle ilk defa uluslararası bir belgede gıyabi yargılamanın öngörülmüş olduğunun da aynı şekilde altı çizilmelidir.

Elbette, uluslararası yargı yerlerinin kurulması ve çalışmasının sırf siyasi amaçlara yönelik araçlar halinde dönüştürülmesinden¹⁰⁸ korkulmalıdır. Ama başka bir yol da bulunmamaktadır. Bilindiği üzere risk, ulusal hukukta da vardır. Bundan kurtulmak yargıcın görevidir. Pekala, STK’ların de belirttiği gibi mesajın halklara da ulaşmaya başladığını duymamak neden? Sahada mağdurlar tanındıklarını hissediyorlar ve aralarında en eli kanlılar veya en büyük yolsuzlukları yapmış olanların da olduğu siyasi sorumlular kendilerini tehdit altında hissediyorlar. Devletin en üst düzeyinde işlenmiş suçlarla ilgili olarak ulusal yargıçlara giderek daha çok başvuruluyor. Yolsuzluğu ya da geçmişe dair veya etnik çekişmeleri tek başına yargılayamayacak veya bunlardan tek başına kurtulamayacak kimi devletler uluslararası ceza mahkemesine başvurmaktadır.

Siyasetçinin cezalandırılmasının çağdaş hukukun, zamanla derinleşecek olan bir hareketi olduğunu düşündürecek bir bu kadar daha sebep vardır ve bundan da hukuk düzenlerinin kavşağında kökleşeceği hipotezi çıkarılabilir.

1.2. Kurallar arası etkileşim. Kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve silah ticareti arasındaki bağların araştırmalar tarafından ortaya konduğu biliniyor. Savaş suçlarının yağmayla, insanlığa karşı suçlarınsa soygunla beraber gittiğini zaten biliyorduk. Çoğu diktatör ve savaş liderinin kişisel zenginliği, İsviçre veya diğer ülke bankalarındakiler ya da dünyanın iyi araştırılmış bölgelerindeki gayrimenkul yatırımlarıyla ölçülmektedir. Eski Yugos-

107 Bir devlet başkanının öldürülmesinin siyasi suç sayılmasının yasaklanması ve bunun da faili iade yükümlülüğünü doğurması.

108 Lübnan için bkz. G. De Geouffre de La Pradelle, A. Korkmaz ve R. Maison, “Douteuse instrumentalisation de la justice internationale au Liban”, **Le Monde diplomatique**, Nisan 2007. F. Mattar’ın Haziran sayısındaki cevabı.

lavya ve Ruanda Mahkemeleri ile UCM soruşturmacıları ve barış gücü askerleri, sahada karşılaştıkları engellerin arasında mafya gruplarına veya başka örgütlü suç ağlarına da rastlamaktadırlar.

İnsancıl hukukun ağır biçimde ihlalleri, terörizm, yolsuzluk vb. ile ilgili olarak tamamen bölünmüş ceza hukuku kurallarının, tıpkı onların uygulanmasının sağlanmasından sorumlu kurumların yaptığı gibi karşılıklı etkileşimine yönelik çağrılar yapılmaktadır¹⁰⁹. Şimdiden hem basında, hem de öğretilerde¹¹⁰, başlangıçta insancıl hukuka yönelik ağır ihlallere karşı kullanılan “cezasızlığa karşı mücadele” sloganına yolsuzluk için de başvurulduğu görülmektedir. Bütün alanlardan çok sayıda metinde, “seçkinlerin cezasızlığı” veya siyasi sorumluların “cezasızlığı kültürü” ifade edilmektedir.

Günümüzde, özellikle uluslararası kurullarla iç kurullar arasındaki etkileşimlerin hızla arttığı görülmektedir. “Karma” nitelikli yargı yerlerinin varlığı da aslında bunun göstergesidir. Uluslararası ceza mahkemelerinin gelişmesinin, ister öncelik ister tamamlayıcılık ilkesine göre kurulmuş olsun, evrensel denen ulusal yetkiyi harekete geçirdiği de bilinmektedir¹¹¹. Diğer yandan, bir devlet tarafından sürdürülen kovuşturmaların ne derecede iyi bir uluslararası işbirliği gerektirdiğini zaten gördük.

Bizce son derece açıklayıcı olan tek bir örnek verilebilecektir: Fransız devlet başkanının cezai sorumluluğu. Her şeyden önce her devletin egemen biçimde düzenlediği bir sorun değil midir ki bu egemenlik, uluslararası hukukun diğer devletlere dayattığı bağımsızlıklarla daha da güçlenmiştir.

Oysa bu bağımsızlık uluslararası yargı yerleri önünde ortadan kalkmaktadır. UCM Statüsü şöyle demekte: “Devlet veya hükümet başkanlığı, hükümet veya parlamento üyeliği, seçilmiş temsilci olma veya dev-

109 Avrupa’da daha şimdiden üçüncü sütunun polisiye işbirliği ile ikincinin “polisleri” arasında bir yakınlaşma görülmüştür. Bkz. “Avrupa Polisleri” ile ilgili **Revue de science criminelle** sayı 5 (2004, s. 547 vd.). C. Rausch (dir.), **Combating Serious Crimes in Post-Conflict Societies**, Washington, USIP Press Books, 2006.

110 P. Lascoumes, **Corruptions**, a.g.e.; E. Joly, **a.g.e., Est-ce dans ce monde que nous voulons vivre?**, s. 115; **La forde qui nous manque**, s. 80; A. Garapon ve D. Salas, **La République pénalisée**, seçkinlerin hukuki ve adli kültür yokluğunu işleyen eser (s. 47, 65).

111 Bkz. dipnotlarıyla beraber, “Actualité de la compétence universelle”, **RSC**, 2008, s. 440 vd. A. Casesse’e göre, “ulusal yargıçların uyanması için” uluslararası ceza mahkemelerinden kaynaklı bir öykünme gerekiyordu, nakleden M. Delmas-Marty, “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”, **RSC**, 2004, s. 6.

let görevlisi olma niteliği hiçbir halde ceza sorumluluğunu kaldırmaz” (m. 27/1) ve bu kuralın tamamlayıcısı olarak şunu da özellikle eklemektedir: “bir kişinin resmi niteliğine bağlanabilecek iç hukuk veya uluslararası hukuk kaynaklı bağışıklıklar veya özel usul kuralları, Mahkeme’nin bu kişiyle ilgili yetkisini engellemez” (m. 27/2). Antlaşmayı onaylarken, üye devletler öngördükleri bağışıklıkları etkisiz kılmak ve UCM Statüsü ile uyumlu olmak için iç hukuktaki kuralları değiştirmeyi böylece taahhüt etmişlerdir.

Anayasa’nın 54. maddesi uyarınca başvurulmuş Anayasa Konseyi de bir anayasa değişikliğinin gerekliliğini tartışmak durumunda kalmıştır. 22 Ocak 1999 tarihli kararında¹¹², diğerlerinin yanında, Statü’nün 27. maddesinin Anayasa tarafında getirilen özel sorumluluk rejimlerine ve bu arada da 68. maddede cumhurbaşkanı ile ilgili olana aykırı olduğunu ortaya koyarak yukarıdaki soruya olumlu cevap vermiştir. Sonuç olarak, bir yandan devlet başkanının görev başındayken vatana ihanet dışındaki eylemleri nedeniyle sorumluluğuna gidildiği için esasa ilişkin bağışıklığa, diğer yandan da Yüksek Adalet Divanı’nın mutlak yetkisinden kaynaklanan yargılama istisnasına karşı ikili bir aykırılık ortaya konmaktadır. O halde Anayasa’yı antlaşma ile uyumlu hale getirmek gerekmiştir. Bunu da Anayasa’nın VI. Bölümü’ne 53-2 maddesini ekleyen 8 Temmuz 1999 tarihli Anayasa Değişikliğine Dair Yasa¹¹³ yapmıştır: “Cumhuriyet, 18 Temmuz 1998’de imzalanan antlaşmanın öngördüğü koşullarda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yargı yetkisini tanıyabilir”. Görünüşe göre tek ve genel bir madde seçimiyle¹¹⁴ anayasa koyucu, Anayasa Konseyi tarafından ileri sürülen uyumsuzluk noktalarını açıkça düzenlemek yerine antlaşmanın onaylanmasını olanaklı hale getirmekle daha çok ilgilenmiştir¹¹⁵. Belirtilmelidir ki, Uluslararası Ceza

112 CC karar n. 98-408 DC, 22 Ocak 1999. Anayasa Konseyi, tamamlayıcılık ilkesi ve savcının yetkileriyle ilgili iki aykırılık gerekçesi daha ortaya koymaktadır. Bkz. M. –H. Gozzi, “La ratification du traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale exige la révision de la Constitution française”, **D.**, 2000, s. 111.

113 99-568 sayı ve 8 Temmuz 1999 tarihli Anayasa Değişikliğine Dair Yasa, 9 Temmuz tarihli RG, s. 10175.

114 W. Bourdon ve E. Duverger, **La Cour pénale internationale. Le statut de Rome**, Paris, Le Seuil, coll. “Points-Essais”, 2000, s. 121. Anayasa’nın 53-2. maddesini “kısa ve öz cümle” ifadesi ile tanımlamaktadırlar.

115 Bkz. G. Drago, “L’exécution des décisions du Conseil constitutionnel relatives à la responsabilité pénale des gouvernants”, in D. Chagnollaud (dir.), **Responsabilité pénale et vie publique en France et à l’étranger**, Paris, Panthéon-Assas, 2002, s. 114. Yazar, anayasa koyucunun, anayasa değişikliğinin metni açısından Anayasa Konseyi’nin karardan gerekli sonuçları çıkarmadığını düşünmektedir.

Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıyarak – burada Statü tarafından verilen yetki ve ayrıcalıklar anlaşılmalıdır¹¹⁶ – yeni madde, üstü kapalı biçimde ulusal hukukun yetki alanında kalan suçlardan cumhurbaşkanının sorumlu olduğu halleri saklı tutmuştur. Sonuç olarak, “devlet başkanının cezasızlığı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisinin başladığı yerde ortadan kalkmaktadır”¹¹⁷.

Bu gelişim fazlasıyla yorumlanmıştır. Şimdi kendi görüş açımızdan iki gözlemlerle yetineceğiz.

Birinci gözlem: Fransa'nın UCM Statüsü'ne katılması dolayısıyla Anayasa Konseyi, 22 Ocak 1999'da cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun (göreviyle ilgili olmayanlar ve daha önce işlenmiş olanlar da dahil olmak üzere) görevi süresince yalnızca Yüksek Adalet Divanı önünde tartışılabileceğine karar vermiştir¹¹⁸. İşte o dönemde Paris Belediye Başkanı ve parti başkanı olan Jacques Chirac'ın aleyhine, RPR üyelerine Paris Belediyesinde sağlanan destekler hakkında açılmış dosyada, ciddi ve uyumlu belirtiler bulan Yargıç Patrick Desmure'ün sorularına cevap da budur¹¹⁹. O sırada Konsey başkanı, ELF dosyaları nedeniyle kendisi de soruşturulan Roland Dumas idi ve biri devletin diğeri Konsey'in başındaki iki başkan arasında “pazarlık iddiaları”na¹²⁰ dair yoğun bir tartışmanın oluşması için bundan fazlası gerekmiyordu. Ne olursa olsun, cumhurbaşkanı ne kovuşturuldu ne de dinlendi. Bir süre sonra SEMAP davası için toplanan Yargıtay Genel Kurulu ise açıkça farklı bir yaklaşım sergiliyordu: cumhurbaşkanı, seçilmeden önce (veya görevi sırasında ama göreviyle ilgisi olmadan) işlediği suçlar açısından genel mahkemeler önünde sorumlu olmaya devam eder. Ancak bu eylemler için görevi başındayken yargılanamaz, dokunulmazlığın gereği olarak dava zamanışımı durur¹²¹.

116 R. Badinter Raporu, Senato, n. 318, 1998-1999.

117 R. Badinter, “La responsabilité pénale du président de la République sous la V^e République”, **Mélanges Pierre Gicquel, Droit constitutionnel**, Paris, Montchrétien, 2009, s. 154.

118 Karar n. 98-408 DC, RG. 24 Ocak 1999, 1317. Çok sayıda inceleme arasından bkz. A. Giudicelli, “Les observations d'un pénaliste”, **RSC**, 1999, s. 497 ve P. Crestia, “A propos d'un *obiter dictum* regrettable”, **D**, 1999, 285.

119 Bkz. **Le Monde**, 20, 21 Mart ve 17, 19 Nisan 1999.

120 Bkz. B. Mathieu ve M. Verpeaux, “L'immunité n'est pas l'impunité”, **Dalloz**, 4 Mart 1999.

121 Genel Kurul, 10 Ekim 2001, **Bull. crim.**, n.206. çok sayıda değerlendirme arasından bkz. ceza hukukçularından A. Giudicelli, **RSC**, 128, 2002 ve A. Maron, **Dr. pénal**, 2001, n.144.

İkinci gözlem: Bize göre, Anayasa'nın cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili olan ve IX. Bölümü'nü değiştiren 23 Şubat 2007 tarihli yasayla düzenlenmiş 67. maddesinin 2. fıkrasında bir yazım hatası bulunmaktadır¹²². En azından, dilbilgisi kuralları uluslararası kurallara aykırı gibi gözükmektedir. Birinci fıkra, devlet başkanının cezai sorumluluğuna, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'nden doğan bir sınırlamayı açıkça koymaktadır. Bu istisnaya, dokunulmazlık ilkesi gereği bir ikincisi eklenmektedir çünkü cumhurbaşkanlığı görevi devam ederken, tamamlayıcılık ilkesi gereği, uluslararası ceza mahkemeleri önündeki kovuşturmalar UCM tarafından yapılabilmektedir. Bu nedenle cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu üzerine çalışan komisyon açısından, metnin içinde usuli bağışıklığın yalnızca Fransız makamlarını (çoğul) kapsadığını belirtmek gerekli görülmüştü¹²³. Ancak 67. maddenin 2. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: cumhurbaşkanı “görevi boyunca hiçbir Fransız (tekil) idari makamının veya yargı makamının önüne tanıklık yapmaya çağrılmaz; davanın, bilgilendirme işleminin, soruşturma veya kovuşturmanın konusu olamaz”. “Fransız” sıfatı, tekil olarak¹²⁴ yalnızca “idari makam” ifadesine gönderme yapmaktadır, böyle maddenin ifadesine göre, cumhurbaşkanı, görevi boyunca, Uluslararası Ceza Mahkemesi olsa bile hiçbir yargı makamının önüne çıkarılmaz. Bu, birinci fıkraya tamamen aykırıdır...

Geleceğe dair bu birkaç hipotez, burada veya başka yerlerde¹²⁵ dile getirilmiş ama nadiren teorileştirilmiş karşılıklı etkileşime indirgenebilir. Bu, BM uluslararası Hukuk Komisyonu ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Statü'sünün yazarları arasında sıklıkla görüldüğü gibi kural koyucular arasında gerçekleşmektedir. Başlangıçta yalnızca doğal felaketlerin mağdurlarına yönelik olan insani müdahaleler, yoğun insan hakları ihlalleri mağdurlarına yönelik müdahaleler olarak geliştiğinde veya bir uluslara-

122 Bir ceza hukukçusu tarafından ortaya konan ve terimlerle ilgili olanlar da dahil olmak üzere diğer eleştiriler için bkz. M. L. Rassat, “Du statut ‘dit’ pénal du président de la République” , **Dr. pénal**, 2007, étude 8.

123 Verpeaux'nun **JCP**, 2007, I. 141'deki makalesinde (Le faux *impeachment* à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique) sıfatı çoğul yazarak düzeltme yaptığını belirtelim.

124 Bkz. “Garder espoir dans le droit, rapport au colloque sur l'ecrime contre l'humanité”, **Origine, état et avenir du droit. Musée mémorial des enfants d'Izieu**, Chambéry, Editions Comp'Act, 1998, s. 123 vd.; M. Delmas-Marty, **Les forces imaginants du droit, III: La reformation des pouvoirs**, Paris, Le Seuil, 2007, s. 48 vd; V. Roussel'in makalesi, **a.g.e.**

125 Daha önce atıf yapılan tezi hatırlayalım: “Responsabilité pénale et fonction politique”, André Decocq'un önsözü ile, **Bibliothèque de sciences criminelles**, t. 41, Paris. LGDJ, 2006.

rası ceza mahkemesi kuran Roma Sözleşmesi'nin imzalanmasından altı ay sonra, Lordlar Kamarası Pinochet davasında önemli bir karar verdiği de olan budur. Farklı kökenden olan ve aralarındaki “diyalog”un övüldüğü yargıçlar açısından ise daha yoğun biçimde yaşanmaktadır... Kesinlikle görülmektedir ki bu tip etkiler gelecek on yıllarda siyasi sorumluların cezalandırılmasını derinleştirecek ve arttıracaktır.

2. Son değerlendirme

Postmodern bir ceza hukuku mu? Cevabı kaçınılmaz biçimde farklılaşacak olan soru budur. Bu eserin diğer bölümlerinde hep bir tür gerilemeye ulaşılmaktadır (çağdaş dönem öncesi hukuk?), ki buradaki durum bu değildir. Siyasi sorumluların cezalandırılmasında, elbette, moderniteye hatta şiddetli bir moderniteye (hiper çağdaş hukuk?) çok sıkı bağlanma noktaları ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, günümüz hukukundaki, Beccaria ve diğerleri için düşünülemez olan bu hareket şimdiden moderniteyi geçmiştir.

2.1. Moderniteyle olan bağlar. Çağdaş hukuk ile iki bağlanma noktası görüyoruz. Biri daha önce ortaya kondu: herkesin adalet önünde mutlak eşitliğine doğru bir atılımın altyapısını oluşturan genel hukuk ideolojisi (Olivier Béaurd'dan nakleden José Delfont¹²⁶). Diğeri ise daha özel olarak uluslararası hukukta ortaya çıkmaktadır: kitlelere karşı işlenen olağanüstü suçlara yönelik “olağan”¹²⁷ uygulamadan doğan uluslararası ceza adaletini meşrulaştırma kaygısı. Bu kaygı, hatta endişe ceza sorumluluğunun, muhakemenin ve cezaların en klasik biçimlerinin hayata geçirilmesi ile kendini göstermektedir.

Adalet önünde eşitlik istemi¹²⁸ ve herkese uygulanan “genel” hukuk düşüncesi ve hatta ideolojisi, çağdaş hukuk mantığının temel verileridir. Bu da bir siyasetçide yalnızca insanı görme ve görevine bağlı

126 Bkz. A. Garapon (**Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale**, Paris, Odile Jacob, 2002, s. 281) Pierre Truche'e atf yapmaktadır. Aynı tedirginlik, Fransa'da, Barbie, Touvier ve Papon dosyalarının “kurulmasında” da egemen olmuştur. Zaten başka türlü yapılabılır ve bu kişilerin yargılanabilmesi için gerekli olan bir sürü Yargıtay Ceza Dairesi kararından tasarruf edilebilir miydi?

127 Bkz. M. Danti-Juan, **L'égalité en droit pénal**, Travaux de l'Institut de sciences criminelles, Paris, Cujas, 1987.

128 Diğer örnek için bkz. “De la lutte contre l'impunité à un nouveau modèle de responsabilité”, s. 429 ve **La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale**, sous la dir. de F. Digneffe ve T. Moreau, Bruxelles, De Boeck/Larcier, 2006.

bütün (usuli) ayrıcalıkları silme sonucunu getirmiştir. Uluslararası alanda, genel hukuk ideolojisi iç hukuklarda uygulanmış modellerin hayata geçirilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylece, bir örnek olarak¹²⁹, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin Statüsü'nde, devamı gelmeyen bir deneyim olarak, toplu sorumluluğun birkaç unsuru konduktan sonra, hiyerarşik sorumluluk veya toplu suçluluk üzerine son derece karmaşık içtihatlar geliştirme pahasına bireysel sorumluluk üzerine odaklanılmıştır.

Böylece uçlara itilen çağdaş temeller, postmodern hukuka geçişi ortaya koyan “aşırı öznelleşme”yi de hatırlatmaktadır. Bunlar, José Delfont'a göre, hem ceza hukukunu yoğun biçimde siyasi olan doğasından ayırma hem de devlet suçunun her türlü özelliğini inkar etme risklerini doğurmaktadır. Özellikle kitlelere karşı işlenen suçların söz konusu olması nedeniyle, suç bilimciler bunların toplu suçlar ve siyasi suçlar olduğunu iyi bilmektedirler. Ama burada çağdaş hukuk, her türlü toplu sorumluluğu reddeden ve Lamartine ile Victor Hugo'dan bu yana siyasi suçun romantik algılanışının mirası olan sınırlarına dayanmaktadır (ne cezalandırılabilir ne de affedilebilir suçlar...).

2.2. Modernitenin geçilmesi. İncelenen gelişimin bazı özellikleri devam etme perspektifinden çok kesilme perspektifiyle daha iyi açıklanmaktadır. Çağdaş hukuk mantığının şiddetlenmesi (ceza adaleti karşısında sıradan yurttaş ile siyasi sorumlunun eşitliği), zaten kendiliğinden, bu mantıkla devlet mantığının karşı karşıya gelmesine yol açıyordu. Bir hukuk devletinin hukuk mantığı dışında bir mantığı olamaz. O zaman da siyasetin hukuka, aslında, yargıca bağımlı olması sonucuna ulaşmaktayız. Söz konusu olan tam anlamıyla siyasettir: siyasi sorumluların ötesinde devletin kendisi söz konusudur ve ceza hukuku ona karşı dönmekte, hatta uluslararası ceza mahkemelerinin önünde yargılanabilir olduğundan artık tam olmayan egemenliğe karşı dönmektedir.

Ceza hukukunun, modernitenin hizmetine koyduğu devlete ve aslında yöneticilerine karşı dönüşü oldukça yeni bir durumdur. Böyle bir gelişim, siyasete bağlı hukuka dair “Fransız geleneğini özellikle sarsmaktadır”¹³⁰.

129 Bkz. A. Garapon'un kitabı ve Odile Sara Liwerant'ın tezi, **L'Aporie du droit face à la logique meurtrière des crimes contre l'humanité et des génocides. Approches criminologique et anthropologique**, Nanterre, 2004.

130 L. Cohen-Tanugi'den nakleden J. Delfont, **a.g.e.**, s. 1.

Bu gelişim, bağımsızlıkların azaltılmasıyla, zamanla, gerçekleşmiştir: “Bağımsızlıkların ve ayrıcalıkların azaltılması asıl olarak hükümdar perspektifinin yurttaş, yurttaş suçluluğunun da hükümdarınkine dönüşmesiyle ortaya çıkmaktadır.” Egemenliğin sınırlandırılması söz konusudur ve bu bir başka devlete karşı değil, “hukuk tarafındandır ve bu taraftan bütün sınırlamalara izin verilmektedir. Bütün sınırlamalar yani yurttaşların hükümdar tarafından cezalandırılmasıyla ilgili olanlar ve ayrıca, perspektif dönüşümüyle, devletinki yerine, siyasi yöneticilerin cezai sorumluluğunun meşrulaştırılması.”¹³¹ Dönüşüm, hukuktaki bağımsızlıklar (uluslararası ceza mahkemeleri önünde) azaldığında hatta tamamen ortadan kalktığına vardır, ancak yine de bazıları kalabilir ve direnebilir¹³². Ama en azından bunlar anayasada yazılıdır ve böylece de hukuk devleti ile uyumludur. Çoğu zaman hukuk tarafından göz yumulan ve siyasetçinin ceza hukukuna bağlı olmamasının gerçek ölçüsü olan fiili bağımsızlıklar¹³³ azaldığında ise daha çok dönüşüm vardır.

İnsan haklarının (devlete karşı ileri sürülebilen haklar)¹³⁴ güvence altına alınmasında olduğu gibi bu dönüş, ancak yargıcın önünde ve onun tarafından gerçekleştirilebilir. Kendini demokrasinin derinleşmesi olarak gören bir hareket içerisinde, “adalet, bir güç aracı olmaktan kendi tartışmasının vasıtasına dönüşmektedir” çünkü “üçüncü bir

131 P. H. Teitgen, “Justice pénale et décision politique”, **Rev. sc. crim.**, 2003, s. 249’dan nakleden G. Giudicelli-Delage. Bkz. aynı yazarın l’institut de sciences criminelles de Poitiers’nin “La pénalisation des responsables politiques” adlı çalışmalarındaki sunumu.

132 Yürürlükteki hukuk, görev başındaki devlet başkanlarının yabancı ceza mahkemeleri önünde mutlak bağımsızlığını emretmektedir: Lordlar Kamarası’nın Pinochet davasıyla ilgili 24 Mart 1999 tarihli kararı, Yargıtay Ceza Dairesi’nin Kaddafi davasıyla ilgili 13 Mart 2001 tarihli kararı ve Uluslararası Adalet Divanı’nın Yérodiya davasıyla ilgili 14 Şubat 2002 tarihli kararı. Sorunun bütünü hakkında bkz. A. Borghi, **L’immunité des dirigeants politiques en droit international**, Helbing ve Lichtenhahu, Bruylant, LGDJ, 2003.

133 Fransa’da Millet Meclisi’nin, Yüksek Adalet Divanı bünyesinde yer alacak milletvekillerini de belirlemediği dönemlerde olduğu gibi.

134 Çok güncel olan “insan hakları ceza hukukunun kalkanı veya kılıcı” sorunsalı (bkz. Y. Cartuyvels ve diğerleri yönetimindeki kitap, *Facultés universitaires Saint-Louis* ve Bruylant, 2007) biraz farklı terimlerle de ortaya konabilir: devlete karşı kalkan veya kılıç. Başta yurttaşın devletin aşırı biçimde cezalandırmasına karşı korunması olarak algılanırken, günümüzde temsilcileri aracılığıyla bizzat devlete ulaşan bir cezalandırmanın temelini – özellikle insan haklarına, insancıl hukuka veya insanlık hukukuna karşı yoğun saldırılar halinde – oluşturmaktadır.

gücün”¹³⁵, “sözlerin bekçisinin”¹³⁶ denetimi altında ve mağdurların¹³⁷ baskısına karşı, elbette, duyarsız olmayan yurttaşların bakışı veya medyanın baskısı altında “siyasetçi, hukuk söylemi içinde anlaşılmayı kabullenmek zorundadır”. Ceza hukuk da devam eden devrimde birinci sırada, “Truva Atıdır”.

Elbette burada, yargıçlar açısından, kesin bir irade, büyük bir uyum yeteneği ve bazen de, “siyasi” olsun (Cenevre çağrısı), teknik olsun (aralıksız biçimde mahkemenin yargılama ve delil kurallarını – mesleklerini – iyileştiren Eski Yugoslavya Mahkemesi yargıçları veya Fransız Yargıtayı’nın güveni kötüye kullanma suçunun unsurları kadar zamanlaşımı kurallarıyla ilgili yorumu) bir gözüpçelik gerekmektedir. Ceza hukuku alanında böyle bir yetkinin elde edilmiş olması da bir dönüşümdür¹³⁸. Ama bu, siyasi sorumluların inandıkları ve yargıçların da kendileri savundukları gibi birincileri istikrarsızlaştırmaya yönelik olarak adliyenin bir komplosu veya intikamı değildir¹³⁹. Daha çok söz konusu olan toplumun derinlemesine değişimidir¹⁴⁰.

Ceza adaleti ve cezai sorumluluk siyasi temellerinden kurtulmuştur. Siyasi görevin ve klasik biçimde uluslararası ilişkilerin koruyucu bağışlıklarını (egemen devletler arasında ve böylece de onların rıza göstermedikleri bir yargıcın veya yaptırımın etki alanının dışında olan ilişkiler) aşarak kendilerini, yine kendileri için kabul ettirmektedirler. Bu kavramsal olarak gerçek bir kopuştur¹⁴¹.

Devlet temsilcilerinin ceza hukukuna bağlı olmasından “egemenliğin yargılanabilirliğine” atılmak üzere olan yalnızca bir veya iki ya da üç adım vardır.

135 Fransa’daki bu “çok hareketli dönüm noktası” hakkında bkz. D. Salas, **Le tiers pouvoir. Vers une autre justice**, Pluriel, n.994, Paris, Hachette, 1998, s. 42 vd., 151 vd.

136 A. Garapon’un bir kitabının adı, Odile Jacob, 1996.

137 Bkz. Bugün cinsel suçlar ve kitlelere karşı işlenen suçlar olan bu “mutlak mağdurlar”, “radikal kötülüğün figürleri” arasında D. Salas tarafından yapılan kurulan benzerlik (**La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal**, Paris, Hachette, “Littératures”, 2005, s. 801).

138 Massimo Voglioti’ye göre içtihadî ceza hukukundan söz edebilmek “çağdaş mitoloji için gerçek bir *oxymore*’dur” (karşıt kavramları bir arada kullanma). Bkz. “Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau”, **Rev. sc. crim.**, 2002, s. 271.

139 Bkz. E. Halphen, **a.g.e.**, s. 167 vd.; E. Joly, **Notre affaire à tous**, **a.g.e.**, s. 133 vd.; L. Vichnievski ve J. Follerou, **a.g.e.**, s. 186 vd.

140 Bkz. A. Garapon, “La révolution invisible”, **Les Petites Affiches**, 9 Kasım 1998.

141 J. Delfont, s. 6’da yargıcın böylece görevinin arkasına saklanmış insanı açığa çıkarabilmesine üzülmemektedir. Oysa amaçlanan insanın arkasındaki görev, onun bozulması değil midir?

Uzun zaman “Kral kötülük yapmaz” diye düşünülmüş ve yazılmıştır. Grotius’un bir evrensel yetki düşüncesi olduğu bilinmektedir, ama bu “kralların veya krallarınkine eşit bir güce sahip olanların bir yetkisi” olarak “doğru savaş” destekleyen bir iddiydi, egemenliğin sınırlanması değildi. Voltaire bununla alay etmiştir. Ve Aydınlanma filozofları ve böylece de Beccaria¹⁴² egemen devletlerin ceza hukukunun sıkı mülkiliğine tutunuyorlardı, egemenlik ise toplumsal sözleşmenin zorunlu kıldığı yasallık kuralı ile yumuşatılıyordu. Cezalandıran devlet cezalandırılmazdı. “Batı’da devletin hukuki tarihi, masumiyetinin suçluya programlanmasının tarihidir.”¹⁴³ Ceza hukuku dışında da, devlet ancak kendi rızasıyla olay olay (UAD) veya önceden kendini bağladığı düzenleyici mahkemeler önünde (AİHM ve ATAD) yargılanabilirdi.

Cezai *ve* uluslararası yargı organlarını kurmak çok zorlu bir karardı. “Egemenliğin yargılanması iddiası, eski Vestfalya modelinin yani kilit noktası devletlerin egemenliği olan ve 1648’deki Vestfalya Antlaşması ile hayata geçirilen uluslararası ilişkiler siteminin çöküşünü hızlandırmaktadır (...) Hükümdarın yargılanmasını ileri sürmek, kalbinde hükümdarın yargılanmazlığı bulunan ve yüzyıllardır hukuk ile siyasetçi arasında kurulan bu *modus vivendi*’yi tartışmalı hale getirmektedir.”¹⁴⁴

Sonuç olarak incelediğimiz gelişimin ceza hukuku ile siyasetçi arasındaki ilişkilerde bir devrimi başlattığı düşünülebilir¹⁴⁵. Bu değişim, arka planda, iç hukuklarda bir siyasi sorumluluk krizi ve uluslararası hukukta böyle bir sorumluluğun neredeyse bulunmaması ile beraber gerçekleşmektedir. “Ceza hukuku mantığının en büyük artı değeri sorumluluğa anlamını yeniden verdiğini ileri sürmektir”¹⁴⁶. Birgün “ceza hukukunun küreselleşmenin ahlakı olarak” “güçsüzler için daha hoşgörülü ve güçlüler için daha titiz olmaya başladığının”¹⁴⁷ düşünülebileceğine kim inanabilirdi ki?

142 Grotius, Voltaire ve Beccaria’ya yapılan atıflar için bkz. M. Delmas-Marty, “Le droit pénal comme éthique de la mondialisation”, **Rev. sc. crim.**, 2004, s. 7.

143 Y. Thomas’tan nakleden A. Garapon.

144 A. Garapon, **Des crimes qu’on ne peut ni juger ni pardonner. Pour une justice internationale, a.g.e.**, s. 49.

145 José Delfont sivil toplumun değerlerine dayanan “ceza hukukunun özelleştirilmesinden” ve bir “dogma” olarak algılanan insanlığın belli belirsiz korumasından üzüntü duymaktadır (s. 253). Chantal Delsol gibi (a.g.e.), evrensel bir devletin ütöpic boyutundan korkmaktadır.

146 **La République pénalisée, a.g.e.**, s. 45 ve D. Salas, “L’éthique politique à l’épreuve du droit pénal”, **Rev. sc. crim.**, 2000, s. 163.

147 M. Delmas-Marty, **a.g.e.**

BİR İNSANCIL HUKUK KAYNAĞI OLARAK ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMA MAĞDURLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN 12 AGUSTOS 1949 TARİHLİ CENEVRE SÖZLEŞMELERİNE EK I NOLU PROTOKOL*

Ar. Gör. Bilgehan Savaşçı*

Özet

İnsancıl hukuk; silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin kuralları düzenleyen ve savaş dışı kalmış kişilerin korunmasını amaçlayan uluslararası hukuk dalıdır. Uluslararası sözleşmeler insancıl hukukun önemli kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Sivil nüfusun geniş kapsamda korunmasını hedefleyen Cenevre Sözleşmelerine Ek I Nolu Protokol silahlı çatışma kategorilerinde önemli bir değişiklik yapmasından ötürü kabul edildiği 1977 tarihinden bu yana sıklıkla tartışılan bir metin olmuştur.

İlk bölümde insancıl hukuka, kapsamına ve kaynaklarına ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Çalışmanın asıl kısmını oluşturan ikinci bölümde ise I Nolu Ek Protokol çeşitli hükümleri itibarıyla incelenmiştir. Öncelikle 1977 tarihine kadar uluslararası nitelikte sayılmayan bazı silahlı çatışmaların uluslararası silahlı çatışma kabul edilmesinin üzerinde durulmuş, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemeleri içeren Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. maddesi ve Cenevre Sözleşmelerine Ek II Nolu Protokol konuyla ilgili olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Protokolün yeni düzenlemeler getiren ve uluslararası örf adet hukukunu kodifiye eden hükümleri uluslararası insancıl hukuk kuralı olmaları itibarıyla ayrıntılı olarak incelenmiş, Protokolün getirdiği sistem açıklanmıştır.

Anahtar Kelime: İnsancıl Hukuk, silahlı çatışma, Cenevre Sözleşmesi, Sivillerin Korunması

Abstract

Humanitarian law is a branch of international law which regulates rules about conduct of armed conflicts and aim to protect hors de combat. International conventions are one of the most important sources of humanitarian law. Additional Protocol I to the Geneva Conventions is a text that usually discussed for make an important amendment in categories of armed conflicts since 1977 which is the date of adopted.

In first part, it is informed about humanitarian law, its scope and sources generally. In second part is the main part of the article is examined as from various provisions Additional Protocol I. Primarily it is emphasized that adoption of international conflicts which haven't accept as international till 1977 and is tried to clarify Common Article 3 of Additional Protocol which includes regulations about non international armed conflict and Additional Protocol II in respect thereof.

Provisions of Protocol which bring new regulations and codify international customary law are examined in detail for these are rules of international humanitarian law and explained system that created by Protocol.

Keywords: Humanitarian law, Protocol (I) to the Geneva Conventions, conduct of armed conflicts and aim to protect hors de combat

* Bu çalışma, 2011-2012 Eğitim Öğretim döneminde, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Yüksek Lisans Programı kapsamında Sayın Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN tarafından verilen "Uluslararası Ceza Yargılamaları" dersi sırasında hazırlanmıştır.

I. İnsancıl Hukuk¹

A. Genel Olarak

Uluslararası insancıl hukuk; silahlı çatışmalarda kullanılan şiddeti, çatışmaya doğrudan katılanlar ile katılmayanları ayırmak ve çatışmanın amacını, çatışmanın nedenlerine bakılmaksızın, düşmanın askeri potansiyelini zayıflatmak şeklinde belirlemek suretiyle sınırlandırmaya yönelik bir uluslararası hukuk dalıdır.² Bu hukuk dalı savaş ya da silahlı çatışma dönemlerinde savaştan ve savaşmayan insanlara uygulanması gereken asgari davranış veya yardım ile savaşın yürütülmesine ilişkin kuralları içermektedir.³

Silahlı çatışmaların son yıllarda çoğalması ile yakın zamana kadar ayrı bir hukuk dalı olarak kabul edilmeyen, uluslararası hukukun bir alt dalı ya da uluslararası insan hakları hukukunun bir bölümü sayılan uluslararası insancıl hukuka ilgi de artmaya başlamıştır.⁴ 70'li yıllardan itibaren uluslararası insancıl hukuk batı kültürü ve Avrupalı devletlerin etkisi altında gelişmiş, insancıl düşünce ve anlayışla yapılan antlaşmalarla formüle edilmeye çalışılmıştır. Bu açıdan uluslararası insancıl hukukun göz ardı edilemeyecek ölçüde geniş uluslararası bir boyutu bulunmaktadır.⁵ Uluslararası insancıl hukuk bütün kişilere bütün ülkelerde uygulanabilir nitelikte olduğu için evrensel bir işleve sahiptir.⁶

-
- 1 Çalışmanın başlangıcında terminolojik probleme değinmekte fayda olduğu düşünülmektedir. Doktrinde 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerinde benimsenen silahlı çatışmaların yürütülmesine ve savaşçıların hak ve yükümlülüğüne ilişkin kurallar dar anlamda savaş hukuku, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile kabul edilen silahlı çatışmalarda sivillerin ve savaş dışı kalanların korunmasına ilişkin kurallar ise dar anlamda insancıl hukuk olarak kabul edilmektedir. Uluslararası Kızıl Haç Örgütü ise insancıl hukuk teriminin hem La Haye Hukukunu hem de Cenevre Hukukunu kapsadığını ifade etmektedir. Çalışmada da insancıl hukuk terimi her iki hukuku kapsar nitelikte geniş anlamıyla kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 522-523.
 - 2 Sassoli Marco, Bouvier, Antoine, Quintin Anne, **How Does Law Protect in War?, Volume I**, ICRC, Third Edition, s. 1.
 - 3 Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Önok, Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 37.
 - 4 Batur Yamaner, Melike, **"Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi"**, in: Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, s. 379.
 - 5 Sassoli, Bouvier, Quintin, s. 5.
 - 6 Pictet, Jean, **"Humanitarian Ideas Shared by Different Schools of Thought and Cultural Traditions"** in: International Dimensions of Humanitarian Law, Henry Dunant Institute, Martin Nijhoff Publishing, 1988, s. 4.

Uluslararası hukuk geleneksel ve yeni olmak üzere iki katmandan oluşmaktadır. Geleneksel katman uluslararası toplumun üyeleri arasındaki işbirliği ve kordinasyonla ilişkili hukuk iken yeni katman uluslararası topluluğun anayasal ve idari düzenlemeleriyle ilgilidir. Yeni katman hukukun tipik geleneksel nispiğini aşmaya çalışmaktadır. Savaş halindeki devletlerarası ilişkileri düzenleyen hukukun dalı kabul edilen uluslararası insancıl hukuk her ne kadar ilk katmanın esasları ve kavramlarıyla ilgili ise de modern insancıl sorunlar yeni katman anlaşılmasından çözülememektedir.⁷

Bir silahlı çatışmanın varlığına bağlı olarak söz konusu olan insancıl hukuk, bu dönemde kullanılabilecek savaş araçlarını sınırlayarak özellikle sivil nüfus bakımından savaşın yıkıcı etkilerini azaltmayı amaçlaması bakımından hem devletleri hem de çatışmalara katılan bireyleri bağlayıcı nitelik taşımaktadır.⁸ İnsancıl hukuk silahlı çatışma ve savaş durumlarında dahi insan onurunun korunması esasına dayanmakta, sivillerin korunmasını ve silahlı çatışmaların yürütülmesine dair kuralları içermektedir.⁹

İnsancıl hukuk bazı hukuk dalları ile yakından ilişkilidir. Bu hukuk dallarından en belirginleri uluslararası ceza hukuku ve insan hakları hukukudur. İnsancıl hukuk kurallarının ihlalinin savaş suçu oluşturduğu durumlarda, ilgili ihlalin uluslararası suç sayılması ve uluslararası ceza hukukunun kapsamına girmesi bakımından insancıl hukuk ile uluslararası ceza hukuku kesişmektedir.¹⁰ İnsan hakları hukuku ile insancıl hukukun kesişmesi ise insan hakları hukuku ile silahlı çatışma dönemlerinde bireylerin savaştan kaynaklanan sorunlarının çözülememesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebep insancıl hukukun normatif iskeletinin oluşturulmasında da etkili olmuştur.¹¹ Bununla birlikte insancıl hukuk kuralları sadece silahlı çatışma zamanlarında değil, bazı hükümleri itibariyle çatışmanın başlamasından önce veya bitiminden

7 Sassoli, Bouvier, Quintin, s. 9.

8 Tezcan, Erdem, Önok, s. 38.

9 Özsoy, Şule, "İnsancıl Hukukun Gelişimi", in: İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 19-20, 1997-1998, s. 111.

10 Tezcan, Erdem, Önok, s. 38.

11 Provost, Rene, **International Human Rights and Humanitarian Law**, Cambridge University Press, 2004, s. 27.

sonra da uygulanabilmektedir.¹² Silahlı çatışma dönemlerinde esas olarak insancıl hukuk kuralları geçerli olmakla birlikte savaşla ilgili olmayan eylemler bakımından insan hakları hukuku da uygulanma yeteneğini korumaktadır.¹³ Ancak insancıl hukuk kuralının ihlali dolayısıyla bireylerin uluslararası cezai sorumluluğu söz konusu iken, insan hakları ihlalden kaynaklanan durumlarda bireylerin değil sadece devletlerin sorumlulukları bulunmaktadır.¹⁴

İnsancıl hukuk ilkeleri tüm silahlı çatışmalar bakımından geçerli olup savaş davranışlarını düzenlemektedir. İnsancıl hukuk silahlı çatışmaların gerçekleştirilmesiyle, tarafların hangisinin güç kullanma hakkına sahip olduğuyla ilgilenmemektedir.¹⁵ Bu husus güç kullanımına ilişkin hukukun yani *ius ad bellum* konusudur ve *uis in bellum* yani silahlı çatışmalar hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır.¹⁶

B. İnsancıl Hukukun Kaynakları

İnsancıl hukukun kaynakları yürürlükte olan uluslararası antlaşmalar, uluslararası örf adet hukuku ve hukukun genel ilkeleridir.¹⁷ İnsancıl hukuk sistemi silahlı çatışmanın tüm taraflarına kuvvet kullanma yetkisine sahip olup olmadığına bakılmaksızın hukuk kurallarının eşit şekilde uygulanması üzerine kurulmuştur. Diğer bir deyişle kuralların uygulanması bakımından insancıl hukuk çatışan devletlerin silahlı güçleri ya da sivilleri arasında bir ayırım yapmamaktadır.¹⁸

İnsancıl hukukunun birçok hükmü silahlı çatışmanın yürütülmesine ilişkindir ve geleneksel uluslararası örf adet hukuku kuralları ile kaynaşmıştır. Uluslararası örf adet hukuku kuralları Adalet Divanı Statüsünde de formüle edildiği üzere¹⁹ hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olan kurallardır. Tanımdaki objektif unsur

12 Batur Yamaner, s. 381.

13 Tezcan, Erdem, Önok, s. 39.

14 Batur Yamaner, s. 381.

15 Green, L.C., **The Contemporary Law of Armed Conflict**, Manchester University Press, Second Edition, 2000, s. 18.

16 Batur Yamaner, s. 380.

17 Pazarıcı, s. 523.

18 Dinstein, Yoram, **The Conduct of Hostilities Under The Law of International Armed Conflict**, Cambridge University Press, 2004, s. 4.

19 Statute of the International Court of Justice, 1945, art. 38/1-b, <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

devletlerin uygulamaları, subjektif unsur ise bu uygulamaların hukuk olarak kabul edilmiş olmasıdır. Subjektif unsur kendisini gerektiren hukuk kuralının varlığını zorunlu hale getirmektedir.²⁰ Uluslararası antlaşmalar sadece taraf olan devletler açısından geçerli iken uluslararası örf adet hukuku bütün devletleri bağlamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk kuralları bakımından örf adet hukukunun evrensel bir uygulanma alanı bulunmaktadır. Uluslararası örf adet hukuku kuralları yani geleneksel hukuk kendiliğinden uygulanma kabiliyeti bulunan ve doğrudan başvurulabilir kaynaklardır.²¹

İnsancıl hukuk bakımından temel nitelikte olan antlaşmalar ise savaşı tarafların askeri operasyonlardaki davranışlarına ilişkin hak ve yükümlülükler ile zarar verme olanaklarının seçimindeki sınırları düzenleyen La Haye Sözleşmeleri ve savaşa karışmayan, savaş dışı kalan ve savaşmayı bırakan şahısların korunmasına yönelik kuralları içeren Cenevre Sözleşmeleri ile ek protokolleridir.²²

Silahlı çatışmalar hukukuna ilişkin getirilen ilk sistematik kodifikasyon 1863'de Amerikan iç savaşı sırasında hazırlanmış Lieber Kanunu'dur. Kanun sadece Amerika Birleşik Devletler silahlı güçlerini bağlamakta iken uygulandığı dönemde insancıl hukuk bakımından temel teşkil etmiştir.²³ Kanunda askeri gerekliliğin savaşın bitirilmesini garanti eden bir takım önlemlerin alınmasına bağlı olduğunu ve bu önlemlerin modern hukuka ve savaş teamüllerine göre meşru olması gerektiğini belirtilmektedir.²⁴ Bu önlemler geleneksel hukukun izin ve yasak ölçülerine göre belirlenmiştir. Örneğin barışı zorlaştıracak her düşmanca hareket yasaklanmıştır.²⁵ Silahlı çatışmaların uluslararası hukukun kapsamına girmesi ise ilk kez 1864 Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi ile olmuştur.²⁶ 1864 Sözleşmesi

20 Dinstein, s. 5.

21 Bethlehem, Daniel, "The Methodological Framework of the Study", in: Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, s. 6-7.

22 Pazarıcı, s. 524, Tezcan, Erdem, Önok, s. 39.

23 Green, s. 29.

24 Solf Waldemar, "Protection of Civilian Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I", in: Amerikan University Journal of International Law, Vol:1/117, 1986, s.121.

25 Solf, s. 121.

26 Pazarıcı, s. 522.

daha sonra 1906, 1929, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri ile revize edilmiş ve insancıl hukukun ana gövdesini oluşturan Cenevre Hukuku olarak bilinen hukuku oluşturmuştur.²⁷

Lieber Kanunu; silahlı çatışmalara ilişkin kodifikeye edilmiş bir hukuk yaratma konusunda teşvik edici olmuş, 1899 Lahey Sözleşmeleri'nin altyapısını oluşturan 1874 Brüksel Konferansı'nın yapılmasını sağlamıştır.²⁸ Brüksel Konferansının ardından 1899'da Hollanda'nın Lahey kentinde 26 devlet Lahey Hukuku olarak bilinen ve silahlı çatışmalar hukukunun temelini oluşturan Lahey Sözleşmeleri'ni kabul etmiş, 1907 tarihinde ise Sözleşmeler güncellenmiştir.²⁹

Kara savaşının adet ve kanunlarına ilişkin 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri devletler tarafından onaylanan ilk uluslararası kodifikasyon olma özelliğini göstermektedir.³⁰ Savaş esirlerine insanca muamele edilmesi, aile haklarına ve şerefine, bireylerin hayatına, özel mülkiyete ve dini kanaatlere saygı gösterilmesi, yağma yapılmaması gibi ilkeleri kabul eden Lahey Sözleşmeleri'nde düzenlenmeyen hususlarda ise uluslararası örf adet hukuku bağlayıcı olacaktır.³¹ Lahey Sözleşmeleri her ne kadar savaş sırasında silahlı kuvvetlerin davranışlarına yönelik kuralları içerse de aslında özü itibarıyla insancıl hukuka da ilişkindir.³²

1899 II. Lahey Sözleşmesi ve 1907 IV. Lahey Sözleşmesi'nin başlangıç bölümünde yer alan ve Martenz Klozu³³ olarak bilinen paragrafta bu husus ifade edilmektedir. Klozda sözleşmelerin eksiksiz olmadığı, ancak daha eksiksiz savaş yasaları hazırlanana kadar ikamet eden halkın ve savaşanların, uygar insanlar arasında yerleşik olan kullanımdan, insanlık yasalarından ve kamu vicdanının sesinden kaynaklanan milletler hukuku ilkelerinin korunması ve hakimiyeti altında olmaya devam

27 Green, s. 30-31.

28 Solf, s. 121.

29 Green, s. 34.

30 Green, s. 33.

31 Alsan, Zeki Mesud, "1949 Cenevre Sözleşmeleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s. 40, Green, s. 33.

32 Baxter, R.R., "Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law", in: Harvard International Law Journal, Vol:16, 1974, s. 2.

33 Klozun düzenlenmesini Rus delege ve siyasetçi Fyodor Fyodorovich Martens teklif ettiği için hüküm bu isimle anılmaktadır.

edeceği belirtilmektedir.³⁴ Klozda gelenek hukukuna atıf yapılmakta, silahlı çatışmalar hukukunda geleneksel normların önemi vurgulanmaktadır. “İnsanlık yasaları” kesin bir askeri avantaj sağlamak için gerekli olmayan savaş araçlarının ve savaş yöntemlerinin yasaklanması anlamında insancıl ilkeleri ile eş anlamlı kullanılmış, “kamu vicdanının sesi” ile de bu anlam desteklenmiştir.³⁵ 1907’den itibaren kloz uluslararası insancıl hukukun tarihinde önemli bir dönüm noktası olarak kabul görmektedir. Klozun uluslararası hukuk kurallarının insancıl bir öze sahip olduğu fikrini içerdiği ifade edilmekte, ancak bu kuralların siyasi ya da askeri gerekçelere sahip kurallardan daha az bağlayıcı olduğu belirtilmektedir.³⁶ Klozda kullanılan ifadeler çok geneldir ve bu durum farklı yorumlara yol açmaktadır.³⁷ Ancak buna rağmen kloza uluslararası antlaşmalarda, uluslararası ve ulusal mahkeme kararlarında sıklıkla atıf yapılmakta, bireyler ve kurumlar tarafından da kloza başvurulmaktadır. Bu sebepler dolayısıyla günümüzde klozun hukuksal bir mit haline geldiği ileri sürülmektedir.³⁸

Lieber Kanunu kadar kapsamlı düzenlemeler içermeyen Lahey Sözleşmeleri’nde kuralların gerekçelerine yer verilmemiş, birkaç istisna haricinde izin verilen hususlar belirtilmeksizin sadece yasaklar düzenlenmiştir.³⁹ Bu anlayışın benimsenmesindeki ana sebep; insancıl hukuk kurallarını içeren bir belgenin esas işlevinin koruyuculuk olması ve şiddeti açıkça yetkilendirmemesi gerektiğini kabul eden insancıl hukuk görüşüdür. Ancak bu görüş silahlı güçlerin yasaklanmadıkları her konuda kendilerini yetkili saymaları gibi bir sonuca neden olması sebebiyle sonradan terkedilmiştir.⁴⁰

II ve III. Lahey Sözleşmeleri’nin başlangıç hükümlerinde ve Martin Klozunda; yazılı hükümlerin yokluğunda öngörülemez hallerde; komutanın keyfi kararlarına durumun bırakılmayacağı belirtilmiş, bu

34 Schabas, William, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, Çev: Gülay Arslan, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, 2007, 2. basım, s. 16.

35 Ticehurst, Rupert, **“The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”**, in: International Review of Red Cross, No: 317, 30/04/1997, s. 2-3.

36 Cassese, Antonio, **“The Martens Clause : Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”**, in: European Journal of International Law, Vol. 11, No:1, 2000, s. 188.

37 Ticehurst, s. 1; Cassese, s. 188.

38 Cassese, s. 188.

39 Solf, s. 121.

40 Solf, s. 121.

hallere ilişkin yazılı bir düzenleme çıkarılana kadar savaşan tarafların korunmasında uluslararası hukuk ilkelerinin, kamu vicdanının ve insanlık hukukunun dikkate alınacağı kabul edilmiştir.⁴¹ Lahey Sözleşmelerinde askeri gerekliliğe belirli yasaklara getirilen istisnalarda atf yapılmış ancak gerekliliğin ne olduğu açıklanmamıştır. Geleneksel hukukun da neyi yetkilendirdiğinin açık olmaması askeri gerekliliğin anlamı ve sınırları da dahil olmak üzere bu boşluğun askerler tarafından doldurulmasına yol açmıştır.⁴²

1864 tarihinde savaşlarda savaşanların ve savaşmayanların uğrayabilecekleri maddi ve manevi zararları hafifletmek ve insanlık şeref ve haysiyetlerini korumak amacıyla uluslararası tedbirler alınmasını kararlaştırmak için Cenevre’de uluslararası bir konferans düzenlenmiş ve Cenevre Sözleşmesi imzalanmıştır.⁴³ Cenevre Sözleşmesi kara savaşını düzenleyen ilk çok taraflı sözleşmedir, ilk sözleşmede kara savaşında yer alan yaralı askerlerin, tıbbi birimlerin, tıbbi personelin ve tıbbi nakillerin korunması öngörülmüştür. Sözleşme Uluslararası Kızıl Haç Komitesi’nin teşvikleriyle 1899, 1906 ve 1929 yıllarında savaş mağdurlarını da kapsayacak şekilde güncellenmiş, IV. Sözleşmeye muhalif tarafa ait sivil nüfusun korunması da dahil edilmiştir. Buna göre I. Cenevre Sözleşmesi; kara savaşında silahlı kuvvetlerdeki hasta ve yaralıların durumlarının düzeltilmesine ilişkin, II. Cenevre Sözleşmesi; deniz savaşında silahlı kuvvetlerin hasta ve yaralılarının ve deniz kazazedelerinin durumlarının düzeltilmesine ilişkin, III. Cenevre Sözleşmesi; savaş esirlerine yapılacak muameleye ilişkin, IV. Cenevre Sözleşmesi ise savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkindir. 9 Aralık 1949 da bütün dünya devletleri tarafından imzalanan ve bu tarihten 6 ay sonra yürürlüğe giren Cenevre Sözleşmeleri insancıl hukukun temellerini teşkil etmektedir.⁴⁴ Yüzyıllarca gösterilen uluslararası çabaların sonucu olan Sözleşmeler sivillerin ve savaş dışı kalanların zarar görmelerini engellemek ve can ve mal kayıplarını en aza indirmek amacını taşımaktadır.⁴⁵

41 Solf, s. 122.

42 Solf, s. 122.

43 Alsan, s. 37-38. Ayrıca: 1864 tarihinde Uluslar arası Kızıl Haç Örgütü de kurulmuştur.

44 Alsan, s. 38.

45 Sencer, Muzaffer, “İnsan Hakları ve Savaş”, İnsan Hakları Yıllığı, C.12, 1990, s. 15.

Cenevre Sözleşmelerinin baskın üç özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmeler yasaklayıcı karakterdir ve devletlerin çeşitli eylemlerini sınırlamaktadır. Yasalcılığa ve soyutluğa meyilli izole antlaşmalardır ve insanlığı korumak gibi etik bir amaçtan türetilmişlerdir.⁴⁶ İnsancıl hukuk ilkelerini düzenleyen uluslararası antlaşmalardan ilki kabul edilen Cenevre Sözleşmelerinde Martin Klozu tekrar formüle edilerek Sözleşme ve Protokollerde ve başka uluslararası antlaşmalarda öngörülme hallerde sivillerin ve savaşanların yerleşmiş geleneklerden türetilen uluslararası hukuk ilkelerinin, insancıl prensiplerin ve kamu vicdanının sesinin koruması ve otoritesi altında olacağı belirtilmiştir.⁴⁷

Sözleşmeler her ne kadar sadece tarafları bağlayıcı nitelikte olsalar da içerdikleri kural ve prensipler itibarıyla taraf olmayan devletleri de bağlayan uluslararası örf adet hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Örneğin SSCB'nin 3. Sözleşmeyi onaylamaması dolayısıyla anlaşma Almanya ve SSCB arasında uygulanabilir bir kaynak olmasa da Nürnberg'de nazi subaylarının yargılanmasında anlaşmanın genel ilkeleri uluslararası örf adet kuralı olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır.⁴⁸

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi Lahey Sözleşmesi'nin çağın gereksinimlerini karşılamayan hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi için çaba sarfetmiş, bu çaba bireyler ve aktivist gruplar bazında olumlu karşılansa da, önerilen değişiklikler hava kuvvetlerine ciddi sınırlamalar getirdiği için devletler tarafından konuya çekinceli yaklaşmıştır.⁴⁹

1968'de Vietnam Savaşı'nın gölgesi altında yapılan Birleşmiş Milletler insan hakları konferansında silahlı çatışmalar hukukunun güncelleştirilmesine karar verilmiştir. Bu ilgi Uluslararası Kızıl Haç Komitesini harekete geçmek için teşvik etmiş ve Cenevre Sözleşmeleri'nin gözden geçirilme süreci başlamıştır.⁵⁰ Sürecin sonunda

46 Cardenas, Sonia, **“The Geneva Conventions and the Normative Tenor of International Relations”**, in: *The Geneva Conventions Under Assault*, Ed: Sarah Perrigo, Jim Whitman, Pluto Press, 2010, s. 1.

47 Mansell, Wade, Openshaw, Karen, **“The History and Status of Geneva Conventions”**, in: *The Geneva Conventions Under Assault*, Ed: Sarah Perrigo, Jim Whitman, Pluto Press, 2010, s. 21, Cardenas, s. 2.

48 Solf, s. 123.

49 Solf, s. 123.

50 Solf, s. 125.

Cenevre Anlaşmalarının yerini almaktan ziyade onu tamamlayacak yeni metinlerin oluşturulmasına ve yeni gelişen örf adet hukukunun da kodifiye edilmesine karar verilmiştir. Uluslararası Kızıl Haç devletler ve uzmanlarla yaptığı görüşmelerin sonunda uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ile ilgili iki taslak protokol hazırlamış ve 1974'de İsviçre'de yapılan Diplomatik Konferans'da protokolleri ilan etmiştir. 4 yıl sonra 1977'de 135 devletin katılımıyla iki protokol kabul edilmiştir.⁵¹

II. Cenevre Sözleşmeleri 1977 Tarihli Ek I Nolu Protokolü

Cenevre Sözleşmelerine ek 1977 tarihli I Nolu Protokol ana sözleşmelerin kabulünden beri uluslararası insanlı hukuk kurallarını geliştiren ve kodifiye eden en önemli uluslararası belgedir.⁵² 1907 Lahey Sözleşmelerinden sonra savaş yöntemleri ile araçları ve sivil nüfusun savaşın etkilerinden korunması hususlarını düzenlemek açısından ilk teşkil etmekte, hukuka uzun vadeli katkılar sağlamakta ve hem insanlı hukuk ve hem de askeri bakış açılarından olumlu hükümler içermektedir.⁵³

I Nolu Protokol sivil nüfusun modern savaşlarda karşılaşabileceği tehlikelere karşı Lahey Sözleşmeleri'ni modernize etmiş ve netleştirmiştir. Protokol hükümleri Lahey Sözleşmesinde açıklanan prensiplere göre çok daha ayrıntılıdır. Belli hükümler haricinde uluslararası örf adet hukuku tekrar edilmiş, askeri hedef kavramı açıklanmış, orantılılık kuralı kodifiye edilmiştir.⁵⁴

Uluslararası hukuk sadece devletlerarası ilişkilerle ilgilendiği için silahlı çatışmalar hukuku da uzun yıllar bu ekseninde gelişmiştir. Dolayısıyla uluslararası silahlı çatışmalar hukuku bir devletin topraklarında meydana gelen iç çatışmalarla ya da emperyal güç ile sömürgesi arasında yaşanan savaşlarla ilgilenmemiştir. Egemenlik ilkesinin bir sonucu olarak iç silahlı çatışmalar ilgili devletin iç işleri sayılmış ve ulusal mevzuat ve ulusal yargılamaların konusunu oluşturmuştur.⁵⁵

51 Solf, s. 125.

52 Aldrich, George, "Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions", in: The American Journal of International Law, Vol 85, No. 1 (Jan 1991), s. 1.

53 Aldrich, s. 1.

54 Solf, s. 135.

55 Green, s. 54.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara insancıl hukuk kurallarının uygulanamamasını içeren bu anlayış 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesiyle minimal düzeyde de olsa yıkılmıştır.⁵⁶ 1977'de I Nolu Protokol'ün 4. maddesinin ve II Nolu Protokol'ün kabulü ise insancıl hukuk kurallarının iç silahlı çatışmalar bakımından da uygulanmasını olanaklı hale getirmektedir.⁵⁷ Ancak terörizm sayılan şiddet eylemleri, geçici mahiyette ayaklanmalar ve eşkiyalık, düzenlemelerin kapsamı dışında kalmakta; ulusal hukukun ya da terörizmin bastırılmasına ya da cezalandırılmasına ilişkin özel anlaşmaların ilgi alanına girmektedir.⁵⁸ Terörizm sayılan şiddet eylemlerinin ne olduğu hususunda henüz bir tanım birliği olmasa da bu eylemlerin en çok sivillere zarar verdiği ve toplumda endişe ve korku yarattığı kabul edilmektedir.⁵⁹ Şayet bu eylemler bir uluslararası savaş sırasında cereyan eder ve savaş suçu boyutuna ulaşır ya da Cenevre Sözleşmeleri veya I Nolu Protokolün ciddi ihlali sayılırsa artık uluslararası çatışmalar hukukundan dolayı cezai sorumluluk söz konusu olmaktadır.⁶⁰

1949 Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanmasından önce uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Martens Klotunda yer alan “ikamet eden halk ve muhariplerin insanlık yasalarından ve kamu vicdanının sesinden kaynaklanan milletler hukuku ilkelerinin koruması altında olmaya devam edeceği” ifadesinin uluslararası silahlı çatışmalar bakımından da geçerli olduğu söylenebilmekle birlikte klot genel bir hükümdür ve bu tip çatışmalar için özellik arzetmemektedir. Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda insancıl hukuk kurallarının geçerli olacağını özellikle vurgulayan ilk hükümdür.⁶¹ Sözleşmelerin Ortak 3. maddesinde şöyle denmektedir:

“D) Düşmanca davranışların içinde doğrudan yer almayanlar, silahlarını terkedenler, hastalık, yaralılık, tutukluluk ya da herhangi bir ne-

56 Batur Yamaner, Melike, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**, Arıkan Yay., 2007, İstanbul, s. 29-30, Green, s. 54.

57 Green, s. 56.

58 Green, s. 56.

59 Aydın, Devrim, “**Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi**”, in: AÜHFHD, Cilt:51, Sayı:4, 2002, s. 151.

60 Green, s. 56.

61 Moir, Lindsay, **The Law of Internal Armed Conflict**, Cambridge University Press, 2004, s. 30, Cullen, s. 25.

denle savaş dışı kalanlar, ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum ve servet ya da buna benzeyen herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte hiçbir ayırım yapılmadan insani surette muamele göreceklerdir.

Bu sebeple yukarıda açıklanan kimselere aşağıdaki muamelelerin yapılması, her zaman ve her yerde yasaktır ve yasak kalacaktır.

- a) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, acımasız muamele ve işkence,
- b) Rehine alınması,
- c) İnsan onuruna hakaret eden, aşağılayan ve kötüleyen davranışlar,
- d) Düzenli bir şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından ve uygar milletler tarafından zaruri sayılan adli teminat altında verilmiş hükümlere dayanmayan mahkumiyetler ve idamlar.

II) Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü gibi tarafsız insani bir teşkilat çatışmanın taraflarına hizmetlerini teklif edebilecektir.

Çatışmaya dahil olan taraflar bu sözleşmenin diğer hükümlerini de tamamen ya da kısmen özel anlaşmalarla yürürlüğe koymaya çalışacaklardır.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması çatışmanın taraflarının hukuki statülerini etkilemeyecektir.”⁶²

Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi devlet egemenliği duvarını yıkmak için yapılan ilk ciddi girişimdir. Dört Sözleşmede de bulunan hüküm uluslararası örf adet hukuku olarak hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından geçerlidir.⁶³ Ortak 3. maddenin getirdiği hukuki duruma göre insancıl hukuk hükümlerinin uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanması bu çatışmaların temelde uluslararası silahlı çatışmalarla benzer olmasından ileri gelmektedir.⁶⁴ Maddeden kaynaklanan uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramı uluslararası hukukta öngörülen biçimden farklıdır.

62 Mettraus, Guenael, **International Crimes and The Ad Hoc Tribunals**, Oxford University Press, 2005, s. 132-133.

63 Cullen, s. 26.

64 Cullen, s. 27.

Geleneksel uluslararası hukuk kuralları altında insancıl hukuk kurallarının bu tip çatışmalara uygulanmasının ön ve zorunlu şartı savaş halinin tanınmasıdır. Uluslararası hukukun bütününde düşmanca davranışların sadece “savaş”larda var olabileceği farzedilmektedir. Cenevre Sözleşmeleri’nde ise savaşın resmi tanımının getirebileceği sınırlamaları önleyebilmek ve uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin daha geniş ölçüde uygulanmasını sağlayabilmek amacıyla bilinçli olarak “silahlı çatışma” deyimini kullanılmıştır.⁶⁵ Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanması sırasında silahlı çatışma deyimini tanımlanmamıştır. Deyim 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri öncesinde de kullanılmıştır ancak bu kullanım her iki sözleşmenin uygulama alanına ilişkin asli bir hüküm bağlamında değildir.⁶⁶ Silahlı çatışma savaştan daha genel bir anlam içermektedir. Bir devletin diğer bir devlete karşı düşmanca hareketlerde bulunması her zaman savaş değildir, bu emniyet hareketi olabileceği gibi meşru müdafaada olabilmektedir. Silahlı çatışma deyimini bu gibi durumları ifade etmeyi kolaylaştırmaktadır.⁶⁷

Ortak 3. madde kapsamına hangi tür silahlı çatışmaların gireceği çok önemlidir. Ortak 3. Madde Cenevre Sözleşmelerini kabul eden taraf devletlerin topraklarında meydana gelen ve uluslararası sayılmayan silahlı çatışmalarda uygulanacaktır.⁶⁸ Hükümde birisi diğerinden daha açık 2 ayrı kriter bulunmaktadır. Açık olan kriter çatışmanın yaşandığı coğrafi alanın taraf devletin hakimiyetindeki toprak olmasıdır, Cenevre Sözleşmelerine 194 devletin taraf olduğu dikkate alındığında taraf olmayan devlet toprağında yaşanacak çatışma sayısının yok denecek kadar az olacağı ve kriterin yorumlanmasında problem yaşanmayacağı açıktır. İkinci kriter ise silahlı çatışmanın var sayılması için gerekli olan koşullardır. Bu konuda evrensel bir kabul yoktur, ortak 3. madde de olumsuz bir tanım yaparak silahlı çatışmaların uluslararası olmaması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹ Sorun ise uluslararası olmayan silahlı çatışmaların belirlenmesinde yaşanmaktadır.⁷⁰

65 Cullen, s. 27.

66 Pictet, Jean, **Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, ICRC, Geneva, 1952, s. 32.s

67 Moir, s. 31.

68 Vite, Sylvain, “**Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations**”, in: International Review of the Red Cross, Vol:91, Number:873, March 2009, s. 75.

69 Moir, s. 31-32.

70 Cullen, s. 50.

Uluslararası olmayan silahlı çatışma ifadesi ile iç savaşların kastedildiği doktrinde genel kabul gören görüştür. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışmalara benzemektedir, aradaki fark uluslararası olmayan silahlı çatışmaların bir devletin egemenliği altında cereyan etmesidir.⁷¹ Bu tip çatışmalarda da düşmanca davranışlar geliştiğinden insancıl hukuk hükümlerinin uygulanması şarttır.⁷²

Ortak 3. madde de “iç savaş” ya da “savaş hali” deyimlerinin kullanılmaması maddenin çok daha az kısıtlayıcı bir anlayışla yorumlanmasına olanak sağlamaktadır. Bu şekilde düşmanca davranış kalıplarındaki gelişmelerin dikkate alınması için uygulayıcıya bir ölçüde izin verilmektedir. Zira bu terimler uluslararası hukuk içinde yer alan uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin uygulanması bakımından temel kavramları temsil etmektedir.⁷³

Ad Hoc mahkemelerin içtihatlarına bakıldığında Celebici kararında Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi temyiz mercii ortak 3. maddenin çekirdek bir hüküm olduğunu, evrensel insancıl hukukun temel ilkelerini yansıttığını, maddenin hem iç hem de uluslararası çatışmalarda geçerli ve insancıl hukukun eşsiz bir timsali olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴ Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi yargılamalarını 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ciddi ihlalleri, savaş hukuku ve uluslararası savaş örf adetlerinin çiğnenmesi, soykırım ve insanlığa karşı suçlar çerçevesinde yapmıştır. Tadic davası bu bakımdan özellikle önemlidir. Davada temyiz mercii Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. maddenin, uluslararası örf adet hukukunun temel kurallarının, Soykırım Sözleşmesi'nin ve insanlığa karşı suçlarla ilgili olan hukukun uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da geçerli olduğuna karar vermiştir.⁷⁵

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Kayishema ve Ruzindana kararında ise hükmün bir nevi konvansiyonun minyatürü olduğu ve ulus-

71 Cullen, s. 50.

72 Cullen, s. 50.

73 Celebici Temyiz Kararı, parag. 143, <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>, erişim tarihi: 30.11.2011.

74 Tadic Temyiz Kararı, parag. 23, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, erişim tarihi: 30.11.2011.

75 Kayishema ve Ruzindana Kararı, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5760.html> [accessed 30 November 2011].

lararası olmayan çatışmalarda uygulanabileceği belirtilmiştir.⁷⁶ Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin statüsü mahkemeyi ortak 3. maddenin ihlallerine ilişkin yargılama yapabilme hususunda açıkça yetkili kılmakta iken Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin statüsünde bu konuda açık hüküm yoktur.⁷⁷ Temyiz makamı Yugoslavya Mahkemesinin yargılamalarından çıkardığı sonuçları yorumlayarak kendisini yetkili kılmış, ortak 3. maddenin ihlallerini Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisinin içerisine sokmuştur.⁷⁸

Ortak 3. madde ile savaş dışı kalmış tüm kişileri herhangi bir ayırma tabii tutmaksızın korumak hedeflenmekte, anlaşmaya taraf devletin topraklarında yaşanan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin ve savaşmayanların korunması öngörülmektedir.⁷⁹ Savaş dışı kalmış kişilere insanca davranılmasını sağlamak için öldürme, işkence, her türlü kötü muamele açıkça yasaklanmıştır. Maddenin uygulanması tarafların hukuki statülerini etkilememektedir. Meşru yönetim isyancıları yakalama hakkını korumaktadır, ancak adli teminat sağlanmalı ve insanca muamele edilmelidir.⁸⁰

Ortak 3. maddenin sağladığı koruma iki açıdan sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalardan ilki 3. maddenin sadece belirli iç düşmanlıklarda uygulanacağı diğeri ise belli savaş mağdurlarını koruyacağıdır.⁸¹ 3. madde sadece sözleşmeyi kabul eden devletlerin egemenliği altında yaşanan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanır. Maddenin uygulanması için sözleşmenin diğer hükümlerinden farklı olarak tarafların anlaşmasına gerek yoktur. 3. madde dışındaki hükümlerin iç çatışmalarda uygulanabilmesi için tarafların anlaşması şarttır.⁸² 3. maddenin koruması altındaki savaş mağdurları ise düşmanca davranışların içinde doğrudan yer almayanlar, silahlarını terkedener, hastalık, yaralılık, tutukluluk ya da herhangi bir nedenle savaş dışı kalan sivillerdir.⁸³

76 Mettraus, s. 134.

77 Mettraus, s. 134.

78 Green, s. 59.

79 Green, s. 60.

80 Mettraus, s. 134-135.

81 Mettraus, s. 135.

82 Mettraus, s. 135.

83 Mettraus, s. 137.

Ancak 3. maddeyi ihlal eden fail bakımından bir sınır getirilmemiştir, fail savaşı olabileceği gibi savaşmayan da olabilmektedir.⁸⁴

Ortak 3. madde çatışmanın tüm tarafları bakımından bağlayıcı olan ve çatışma boyunca uyacakları minimum standartları gösteren bir hükümdür. Ortak 3. maddenin her ihlali değil sadece ciddi ihlalleri savaş suçu oluşturur.⁸⁵ Ciddi ihlal; mağdur için vahim sonuçları içeren önemli değerleri koruyan kuralın çiğnenmesidir.⁸⁶ 3. maddenin bu düzeyde olmayan ihlalleri ise disiplin suçu ya da ulusal yargılamanın yetkisine giren başka bir suç oluşturabilir.⁸⁷

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara silahlı çatışmalar hukuku uygulanmamaktadır ancak topraklarında iç savaş yaşanan devlet insan-cıl hukukun prensipleri ile bağlı olacağını deklare edebilir. Böyle bir deklarasyon için yaşanan çatışmanın isyan ve ayaklanma boyutunu aşması, major bir düşmanlık ölçüsüne ulaşması gereklidir. Deklarasyona genellikle savaşılan karşı taraf da bir deklarasyonla karşılık verir, fakat deklarasyonlar savaşa taraf olmayan dış devletleri uluslararası silahlı çatışmalardaki gibi bağlamaz, savaşanların dış devletlerden tarafsızlıklarını korumalarını talep hakkı bulunmamaktadır.⁸⁸

II. Dünya Savaşından sonra kolonilerin sömürge devletlere karşı gerçekleştirdiği ulusal özgürlük mücadeleleri iç silahlı çatışmaların geniş oranını oluşturmuştur.⁸⁹ 1950'lerde sömürgelerin bağımsızlıklarını ilan etmeye başlaması uluslararası savaşlar ile iç silahlı çatışmalar ayrımına ekleme yapılmasını zorunlu kılmıştır.⁹⁰ İlgili çatışmaların uluslararası kapsama alınmamasında etkili en önemli neden egemenlik ilkesi çerçevesinde müdahale etme yasağıdır.⁹¹ Düzenli silahlı kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen devletler arası savaşlardan farklı bir kategori

84 Mettraus, s. 138.

85 Akayesu Kararı, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40278fbb4.html> [accessed 30 November 2011], par. 616.

86 Mettraus, s. 138.

87 Green, s. 59.

88 Moir, s. 2.

89 Cassese, Antonio, **“Wars of National Liberation and Humanitarian Law”**, in: *The Human Dimension of War, Selected Papers*, Oxford University Press, 2008, s. 99.

90 Uzun, Mehmet Cengiz, **“Savaşın Değişen Yüzü Karşısında Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar”**, in: Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, s. 749.

91 Pejic, Jelena, **“Status of Armed Conflict”**, in: *Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law*, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, s. 84.

oluşturan bu çatışmalar I Nolu Ek Protokol ile uluslararası kapsama alınmıştır.⁹² I Nolu Protokol'ün birinci maddesinde sözleşmenin genel ilkeleri ve uygulama alanı açıklanmaktadır. Buna göre;

“1. Akit Devletler her koşulda bu Protokole saygı göstermeyi ve saygı gösterilmesini sağlamayı taahhüt eder.

2. Bu Protokol ile ya da diğer uluslararası anlaşmalar ile kapsamamış olan durumlarda, siviller ve savaşanlar yerleşmiş gelenekler, insanlık ilkeleri ve kamu bilinci doğrultusunda oluşturulan uluslararası hukuk ilkelerinin yetki ve koruması altında kalır.

3. Savaş kurbanlarının korunması hakkındaki 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonlarına ek olarak hazırlanan bu Protokol, Konvansiyonların ortak maddesi olan Madde 2'de belirtilen durumlarda geçerli olacaktır.

4. Yukarıdaki paragrafta sözü edilen durumlar, Birleşmiş Milletler Kuruluş Sözleşmesinde ve Birleşmiş Milletler Kuruluş Sözleşmesine uygun olarak Devletler arası Dostane İlişkiler ve İşbirliği hakkındaki Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonunda kutsal addedilen kendi kaderini tayin etme hakkını kullanma çerçevesinde halkların sömürgeci hakimiyete, yabancı işgallere ve ırkçı rejimlere karşı savaştığı silahlı çatışmaları içerir.”⁹³

Son paragrafla uluslararası silahlı çatışmalar kavramının içerisine ulusal özgürlük savaşları da alınmaktadır. Protokolden önce bu savaşların statüsü tartışmalıydı, BM Genel Kurul kararları ile bu savaşların uluslararası nitelik taşıdığı desteklense de uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin ulusal özgürlük savaşları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir konsensüs bulunmamaktaydı.⁹⁴ Bir görüş savaş hukuku kurallarının uygulanmasında savaşanlar arasında onların hukuki statüsüne göre bir ayırım yapılamayacağını, kuralların savaşların düzenlenmesine ve savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin olması sebebiyle tarafsız nitelikte olduklarını ve çatışmanın taraflarına eşit muamele edileceğini ifade etmekte, uluslararası çatışma kabul edilen ulusal özgürlük savaşlarında da insancıl hukuk hükümlerinin uygulanaca-

92 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol, 8 Haziran 1977, m. 1.

93 Cullen, s. 64.

94 Cullen, s. 65.

ğini ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise fıkra savaş mağdurlarını bu tür savaşlarda insancıl hukuk hükümlerine göre korumayı olanaklı kılrsa dahi ulusal özgürlük savaşlarının uluslararası nitelikte sayılamacağını savunmaktadır.⁹⁵

Bu tip çatışmaların protokol kapsamına alınması ile çatışmaların sınırsızlıkları sınırlandırılmakta, dış müdahalelere açık hale gelmekte ve insancıl hukuk kurallarının bu çatışmalar yönünden de uygulanması mümkün olmaktadır.⁹⁶ Ancak 1. maddenin 4. fıkrası subjektif yorumlara açıktır. Öncelikle 4. fıkranın uygulanabilmesi için ulusal özgürlük hareketinin belli özelliklere sahip olması şarttır, sadece belirli özelliklere sahip hareketler insancıl hukuk korumasından yararlanmaktadır.⁹⁷

Fıkroda çeşitli silahlı çatışmalar sayılarak uluslararası silahlı çatışmaların tanımı yapılmakta ve 1977 öncesinde uluslararası silahlı çatışma kapsamında yer almayan yabancı işgallere ve sömürgeci hakimiyete ve ırkçı rejimlere karşı gerçekleştirilen silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışma kabul edilmektedir.⁹⁸ Ancak Protokolde de, BM Antlaşmasında da ve ilgili Deklarasyonda da hangi hareketlerin kendi kaderini tayin etme hakkı çerçevesinde olduğu ve dolayısıyla ulusal özgürlük savaşı sayılacağı ve hangi insanların halk ya da kendi kaderini çizen devlet kabul edileceği belirtilmemiştir.⁹⁹

I Nolu Protokolün 1. maddesinin 4. fıkrasında uluslararası silahlı çatışma sayılacak ulusal özgürlük savaşları; “sömürgeci hakimiyet”, “yabancı işgaller” ve “ırkçı rejimler” şeklinde kategorilere ayrılmıştır. Ulusal özgürlük için gerçekleştirilen silahlı çatışmaların uluslararası nitelikte kabul edilebilmesi için sayılan bu kategorilerden birisinin içerisine girmesi gereklidir. Bu bakımdan ilgili kategorilerin tanımlanması belirleme yapabilmek için önemlidir.¹⁰⁰

95 Aldrich, s. 6.

96 Cassese, s. 105.

97 Green, s. 61; Batur Yamaner, s. 34-37.

98 Green, s. 64.

99 Cullen, s. 83.

100 Sandoz, Yves, Zimmerman, Bruno, Eberlin Philippe, Gasser, Hans - Peter, Wenger, Claude, Junod, Sylvie, **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, (Ed. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmerman), ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, s. 54.

Uluslararası Kızıl Haç Örgütü Ek Protokoller Şerhi'nde kategorileri tanımlamıştır. Buna göre sömürgeci hakimiyet genellikle başkasının sömürgesi altında yaşayan insanların bu hakimiyetten kurtulmak için silahlanmasıdır. Yabancı işgali bir devletin topraklarının tamamının ya da bir kısmının diğer bir devlet tarafından işgal edilmesidir. İrkçı rejimler ise ırkçılık kriterine göre sürdürülen rejimlerdir.¹⁰¹ İlk iki durumda çatışma halinde farklı insanların varlığı ima edilmektedir. Son durumda ise tamamen farklı insanlar olmasa dahi birinin diğeri üzerinde ırkçı düşüncelere dayanarak kurduğu bir hakimiyetten kaynaklanan anlaşmazlık söz konusudur. Ancak iki ya da üç durumun aynı anda var olabileceği spesifik haller de olabilir.¹⁰²

I Nolu Ek Protokolün 1. maddesinin 4. fıkrasındaki bir çatışmada yer alanların uluslararası silahlı çatışmada savaştığı kabul edildiği için bu kişiler savaştan hak ve yükümlülüklerine sahip olacak ve yakalandıklarında savaş esiri muamelesi göreceklendir.¹⁰³ Ancak anılan silahlı güç üyelerinin savaştan statüsü kazanması Protokolü onaylamayan muhalif tarafı etkilemeyecektir.¹⁰⁴

Protokolün 1. maddesinin 4. fıkrasının bir uluslararası örf adet hukuku sayılmasının yasal düzlemde belli sonuçları bulunmaktadır. Buna göre devletler ulusal özgürlük savaşlarına hem düşmanca davranışlara ve savaş mağdurlarının korunmasına ilişkin en temel uluslararası örf adet hukuku kurallarını hem de Cenevre Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol hükümlerini uygulamak zorundadır.¹⁰⁵

Protokolün 4. maddesine göre protokolün uygulanması çatışan tarafların hukuki statüsünü etkilemeyecektir. Ancak çatışanlardan birisi 1. maddenin 4. fıkrasında kendi kaderini tayin etme hakkı çerçevesinde anılan savaşlardan birini gerçekleştirmekte ise protokole göre savaştan statüsü kazandığı için devlete karşı işlenen suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. İlgili devlet I Nolu Ek Protokolü kabul

101 ICRC, Commentary on Additional Protocols, s. 54.

102 Green, s. 110.

103 Green, s. 110.

104 Cassese, s. 108.

105 Green, s. 64.

etmemiş ise kendi kaderini tayin etme hakkını kullandığını iddia eden tarafı kendi ulusal yargısına göre yargılama ve cezalandırma hakkı devam etmektedir.¹⁰⁶

Protokolün 96. maddesine göre ulusal özgürlük hareketi tek taraflı bir deklarasyonla Sözleşmeleri ve Protokolü uygulayabileceğini ilan edebilir. Deklarasyon hemen yürürlük kazanması için Protokolün depoziteri İsviçre hükümetine karşı yapılmalıdır. Deklarasyondan sonra milli mücadele hareketi taraf bir devlet gibi haklara ve yükümlülüklerle sahip olacak ve Cenevre Sözleşmeleri ve I Nolu Ek Protokolle bağlı olacaktır. 100. maddeye göre depoziter İsviçre hükümeti deklarasyonu Protokolün taraflarına ve Protokole taraf olsun ya da olmasın Cenevre Sözleşmeleri'nin tüm taraflarına bildirmekle yükümlüdür.

I Nolu Protokolün Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü bakımından durumu tartışmalıdır. Sorun; Protokolün 1. maddesinin 4. fıkrasında sayılan kategorilerdeki silahlı çatışmaların Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi bakımından uluslararası kabul edilip edilmediğinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁷ Statü'nün savaş suçlarını düzenleyen 8. Maddesi'nin kapsamında uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açıkça yer almakta ancak Protokolde sayılan kategorilerdeki savaşların durumuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Cenevre Sözleşmeleri'ndeki ağır ihlaller tanımını I Nolu Ek Protokol ile genişletilmiş, Roma Statüsü'nün 8. maddesinin b fıkrasında "savaş yasalarının ve geleneklerinin ciddi ihlalleri" paragrafında Protokollerle getirilen ihlallerden bir kısmı düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Protokoldeki ihlallerin hepsinin Roma Statüsü'nde düzenlenmemesinin sebebi Cenevre Sözleşmeleri'nin tüm devletler tarafından onaylanmasına karşın I Nolu Ek Protokolü onaylayan devlet sayısının azlığıdır.¹¹⁰ 8. madde de hüküm bulunmamasından hareketle anılan silahlı çatışmaların Roma Statüsü bakımından uluslararası sayılamayacağı ileri sürülebilse de¹¹¹ Protokolün 1/4. maddesin-

106 Soygüt, Mualla Buket, "Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları", in: Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, s. 718.

107 Schabas, s. 74. Soygüt, s. 718.

108 Schabas, s. 85.

109 Schabas, s. 85.

110 Soygüt, s. 718.

111 Triffterer, Otto, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Note, Article by Article**, Hart Publishing, 2008, s. 266, Schabas, s. 85.

de düzenlenen silahlı çatışmalarda Protokolün 96/3. maddesine uygun deklarasyon yapıldığı tespit edildiğinde Statü'nün 8. maddesinin b fıkrasındaki “uluslararası savaş hukukuna uygulanabilir olan” ve Protokol'den alınan spesifik hükümler dolayısıyla UCM'nin yargılama yapması mümkündür.¹¹² Yani bu çatışmaların Roma Statüsü bakımından uluslararası sayılmasının şartı somut olayda Protokole uygun deklarasyon yapıp yapılmadığının tespit edilmesidir.¹¹³

Uluslararası silahlı çatışmalar savaş hukukunun konusu iken uluslararası olmayan silahlı çatışmalar savaş hukukunun konusu değildir. Bu ayırım özellikle canavarlıklar ve ihlallerle ilgilenen hukuk açısından büyük önem taşımaktadır. I Nolu Ek Protokol uluslararası silahlı çatışmalarla II Nolu Ek Protokol ise uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgilidir. Anlaşmalara taraf olmayan savaşanlara uluslararası insancıl hukukun örf adet kuralı haline gelmiş kuralları ile geleneksel silahlı çatışmalar hukuku kurallarının hepsi uygulanacaktır.¹¹⁴

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara silahlı çatışmalar hukuku uygulanmaz ancak topraklarında iç savaş yaşanan devlet insancıl hukukun prensipleri ile bağlı olacağını deklare edebilir. Böyle bir deklarasyon için yaşanan çatışmanın isyan ve ayaklanma boyutunu aşması, major bir düşmanlık ölçüsüne ulaşması gereklidir.¹¹⁵ Deklarasyona genellikle savaşılan karşı taraf da bir deklarasyonla karşılık verir, fakat deklarasyonlar savaşa taraf olmayan dış devletleri uluslararası silahlı çatışmalardaki gibi bağlamaz, savaşanların dış devletlerden tarafsızlıklarını korumalarını talep hakkı bulunmamaktadır.¹¹⁶

Uluslararası silahlı çatışmalar savaş hukukunun konusu iken uluslararası olmayan silahlı çatışmalar savaş hukukunun konusu değildir. Bu ayırım özellikle canavarlıklar ve ihlallerle ilgilenen hukuk açısından büyük önem taşımaktadır. I Nolu Ek Protokol uluslararası silahlı çatışmalarla II Nolu Ek Protokol ise uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgilidir. II Nolu Ek Protokolün 1. maddesinde uluslararası olmayan silahlı çatışmalar “*Mevcut koşullarında yada uygulamalarında değişiklik*

112 Triffterer, s. 266.

113 Green, s. 57.

114 Green, s. 59.

115 Green, s. 59.

116 Green, s. 66.

yapmadan 12 Ağustos 1949 Cenevre konvansiyonlarında ortak olan 3. Maddeye ek olarak hazırlanan 12 Ağustos 1949 Cenevre konvansiyonuna Ek olan Protokolün 1. Maddesinde kapsama alınmayan ve uluslar arası silahlı çatışma kurbanlarının korunması (protokol D) ile ilgili olarak, akit Devletlerin topraklarında yer alan silahlı kuvvetlerle muhalif silahlı kuvvetler ya da toprakların belli bir bölümünde sürekli ve kararlaştırılmış askeri operasyonlar yürütmelerini sağlayacak ve bu protokolü uygulamalarına neden olacak derecede kontrol sağlamış diğer örgütlerin silahlı güçleri arasında meydana gelen her türlü silahlı çatışma” şeklinde tanımlanmıştır.

II Nolu Ek Protokol toprakların bir kısmında egemenlik sağlama şartı ile ulusal özgürlük hareketlerini uluslararası silahlı çatışma saymak için benzer bir şart aramayan I Nolu Protokolden çok daha katıdır. Ancak öngörülen kontrol şartı yürütme gücü teşkil edecek derecede bağımsız değil, muhalif meşru yönetimin planlı askeri operasyonlar yapmasını ve sürdürmesini sağlayacak derecede bir kontroldür.¹¹⁷ II Nolu Ek Protokolün uygulanma şartları birçok ayaklanma ve isyanı kapsam dışında bırakmaktadır. Ancak her zaman göz önünde bulundurulması gereken önemli husus II Nolu Ek Protokolün kapsamına girmeyen ayaklanma, isyan ve sair iç savaşlar için Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. maddenin minimal düzeyde uygulanabilir olduğudur.¹¹⁸ Uluslararası hukukta; devlet otoritesine karşı kısa ömürlü ve geçici başkaldırmalar isyan olarak tanımlanmaktadır. Kalıcı olmamaları sebebiyle insancıl hukukun ilgisi dışında kalan isyanlar; meşru devlet otoritesini hedef aldıkları için uluslararası hukuk tarafından da korunmamaktadır.¹¹⁹ İsyarlarda gerçekleştirilen düşmanca davranışlar tamamen ulusal yargılamaların konusudur. Bu hususla ilgili uluslararası düzenlemelerin olmamasının sebebi hakim devletin egemenlik hakkına saygı gösterilmesi ve müdahale etmeme ilkesidir.

İsyanın bastırılmaması halinde ayaklanma söz konusu olmaktadır. Ayaklanma uluslararası hukukta anlam bakımından sorunlu ve muğlak bir kavramdır. Bir görüş ayaklanmayı ciddi bir silahlı isyan hali ve meşru otoritenin egemenliği altındaki topraklarda kamu düzenini ve

117 Green, s. 67.

118 Cullen, Anthony, **The Concept of Non International Armed Conflict in International Humanitarian Law**, Cambridge University Press, 2010, s. 8 – 9.

119 Cullen, s. 10.

otoriteyi sağlamada geçici de olsa yetersiz kalması olarak tanımlamaktadır.¹²⁰ Diğer bir görüş ayaklanmanın farkını ülke içinde isyandan daha fazla ve uzun süreli olarak şiddet kullanılması şeklinde açıklamaktadır. Ayaklanma meşru hükümet ya da çatışmadan etkilenen üçüncü bir devletin başkaldıran taraf ile ilişki kurmasının ihtiyaç haline geldiği an isyan boyutunu aşmaktadır.¹²¹ İhtiyaç kriteri; uluslararası hukukta ayaklanmanın tanınması konusundaki belirsizliği bir ölçüde gidermiştir. Ancak her somut olayın farklı değerlendirilmesi gereği vakanın tanımlanmasında göz ardı edilmemelidir. Ayaklanmanın tanınmasının hukuuki sonuçları somut duruma göre değişiklik gösterse de tanımadan itibaren genellikle ayaklananlar artık yasaları ihlal edenler değil meşru rakipler olarak değerlendirilmektedir.¹²² Üçüncü devletler bakımından da ayaklanmanın tanımlanmasının birtakım sonuçları vardır. Üçüncü devletler kendi menfaatlerine göre taraflardan birinin yanında olarak ya da tarafsızlıklarını koruyarak ve/veya herhangi bir bağlılık açıklamasında bulunmaksızın ayaklanmayı tanıyabilirler. İkinci durumda tanıyan devlet her iki tarafa da yardımdan kaçınmak zorundadır.¹²³

Ayaklanmanın uluslararası örf adet hukuku bakımından tanınması insancıl hukuk hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez, meşru yönetim ayaklananlara karşı insancıl hukuk kurallarıyla bağlı değildir.¹²⁴ Ayaklanma tanınırken devlet uluslararası standartları uygulayacağını kabul etmemişse ulusal hukuk kuralları dışında bir yasal koruma söz konusu değildir.¹²⁵ Ayaklanma ile savaş hali arasındaki fark da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Savaş halinde hak ve yükümlülüklerin tanımlanması, insancıl hukuk kurallarının uygulanması gerekiyken, ayaklanmada böyle bir durum söz konusu değildir.¹²⁶ Savaş hukuku teamülünün çatışmada uygulanması, çatışmanın savaş hali sınırına varmış olmasına bağlıdır.¹²⁷ Savaş hali ile ayaklanma arasındaki sınırı devletin isyancılara karşı tutumu çizmektedir, devlet uluslararası bir savaş-

120 Castren, Eric, **Civil War**, Suomalainen Tiedeakatemia, 1966, s. 212. (Naklen: Anthony Cullen, s. 10)

121 Cullen, s. 11.

122 Cullen, s. 11.

123 Cullen, s. 12.

124 Cullen, s. 13.

125 Cullen, s. 13.

126 Cullen, s. 14.

127 Cullen, s. 16.

ta dış düşmanla çatışmasındaki gibi bir usul benimsemişse, örneğin teslim bayrağı, mahkum değişimi gibi uygulamaları bulunuyorsa artık ayaklanma eşiğinden savaş haline geçilmiştir. Bu durumda isyancılar artık uluslararası bir savaşın tarafı gibi hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır.¹²⁸

II Nolu Ek Protokol 3. maddesinde Protokolün her hükmünün bir devletin bütünlüğünü ya da hükümetin sorumluluklarını her türlü meşru yolu kullanarak devlette yasa ve düzeni yeniden kurmak ve korumak ya da devletin ulusal birliğini ve toprak bütünlüğünü savunmak için kullanılmasını şart koşturmuştur. Protokol uluslararası olmayan silahlı çatışmada yer alanların hareket özgürlüğünü sınırlamaya çalışırken bu hükümle meşru yönetimin muhaliflerini bastırmak için gerekli önlemleri almasına hak tanımıştır. “Meşru yol” ifadesi devletin durumla başa çıkabilmek için geçici önlemlerden farklı yöntemler benimsemesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda devletin muhalifleri hain kabul etmesi ya da cezai sorumluluklarını öngörmesinde bir aykırılık yoktur.¹²⁹

I Nolu Ek Protokol kendi kaderini tayin etme hakkı çerçevesinde yapılan silahlı çatışmalara uluslararası nitelik kazandırırken üçüncü devletlere yönelik doğrudan bir düzenleme yapmamaktadır. II Nolu Ek Protokol ise ideolojik ya da insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle ya da herhangi bir başka sebeple çatışmanın yaşandığı topraklarda ilgili devletin iç ya da dış ilişkilerine müdahale etmeyi yasaklamaktadır. Bu sebeple çatışmanın tarafları taraf olmayan devletlerin yardımını Dostane İlişkiler Deklarasyonuna göre talep edememektedir. Ancak Protokol dış müdahaleleri yasaklasa da uluslararası hukuk kapsamında insancıl müdahalenin varlığını kabul etmektedir, bu bağlamda taraf olmayan devletin muhaliflere yardıma gelmesi ve hükümet ya da yeni bir devlet kurmak konusunda destek vermesi mümkündür.¹³⁰ İnsancıl müdahale; bir ya da birkaç devletin ya da uluslararası bir organizasyonun bir devlette yaşanan yaygın ve ağır insan hakları ihlallerine karşı o devletin vatandaşlarını korumak için ilgili devletin izni olmaksızın güç kullanması ya da güç kullanma tehdidinde bulunmasıdır.¹³¹

128 Cullen, s. 16.

129 Green, s. 68.

130 Green, s. 68.

131 Holzgrefe, J. L., Keohane, Robert Owen, **Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas**, Cambridge University Press, 2003, s. 18.

II Nolu Ek Protokolün kabul edilmesiyle silahlı çatışmalar hukukunun uluslararası olmayan çatışmalar bakımından da uygulanması olanaklı hale gelmiştir, silahlı kuvvetler üyeleri davranışlarında protokolle bağlı olacaklardır. Protokole taraf olmayan devletler bakımından ise insancıl hukuk kuralları Ortak 3. madde ile sınırlı olarak uygulanacaktır.¹³²

I Nolu Protokolü onaylayan devletler açısından 1. maddenin 4. fıkrasındaki gereklilikleri taşıyan bir ulusal özgürlük hareketini tanımak hareketi uluslararası savaş saymak için yeterlidir. Bunun sonucu; ulusal özgürlük hareketinin üyesinin resmi olarak tanınmış bir savaşın tüm ayrıcalıklarına sahip olmasıdır.¹³³ Protokolün diğer bir özelliği düzenli birlik oluşturacak durumda olmayan direniş güçlerinin üyelerine de ayrıcalık sağlamasıdır, direniş güçleri ve üyelerinin üniforma giymemesine, her zaman silahlı olmamasına ve belli mesafeden tanınabilecekleri ayırıcı birtakım işaret taşımasına izin verilmektedir.¹³⁴

I Nolu Ek Protokol 43. madde de bir çatışma tarafına ait olan silahlı kuvvetlerin, söz konusu taraf karşı tarafça tanınmayan bir hükümet yada otorite tarafından temsil ediliyor olsa bile, emrindekilerin yaptıklarından dolayı söz konusu tarafa karşı sorumlu olduğu bir emir altında bulunan tümüyle organize silahlı kuvvetlerden, gruplardan ve birimlerden oluşacağı ifade edilmiştir. Aynı madde de bu silahlı kuvvetlerin silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak bir iç disiplin sistemine tabi olacağı da belirtilmiştir.¹³⁵ Bütün bu gereklilikler 1. madde de sayılan çatışmaların silahlı kuvvetleri açısından da geçerlidir. Ancak Brüksel Deklarasyonunda kabul edilen silahlı güçler mensuplarının uzaktan tanınabilir olmaları için ayırıcı işaret, amblem vs. takma zorunluluğu anılan kuvvetlerin üyeleri için Protokolün 44. maddesi ile esnetilmiştir.¹³⁶

Yasal savaşçılık statüsü için kara savaşlarında geçerli olmak üzere Lahey Sözleşmelerinde 4 tane genel ve kümülatif şart öngörülmüştür. Bunlar; astlarından sorumlu bir kişi tarafından komuta edilmek, uzaktan tanınmalarını sağlayacak ayırıcı amblemlere sahip olmak, silahları-

132 Green, s. 69.

133 Green, s. 64.

134 Green, s. 64.

135 I Nolu Ek Protokol, m. 43.

136 Green, s. 110.

nı açıkça taşımak, operasyonlarını hukuka ve savaş geleneklerine uygun olarak yürütmektir. Genel seferberlik durumlarında ise ilk iki şarttan birisi yeterlidir.¹³⁷ 1949 Cenevre Sözleşmeleri Lahey formülasyonunu devam ettirmekle birlikte şartları daha zorlayıcı hale getirmiş ve Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesinin 4/A-2. maddesinde emir komuta zinciri, iç disiplin vb. gibi unsurları barındıran organizasyon ve çatışmanın taraflarından birine ait olma şartlarını da yasal savaşıklık için zorunlu saymıştır. Tüm bu şartlara ek III Nolu Cenevre Sözleşmesi'nde açıkça yer almayan ancak sözleşmenin 87. ve 100. maddelerinden çıkarılan ve içtihat hukukunca geliştirilen tutuklama yetkisine sahip olmama koşulu bulunmaktadır.¹³⁸ Düzensiz birliklerin bu ilk 4 temel şartı ya da 3 ek şartı taşımaları oldukça zordur. Ulusal özgürlük hareketlerini uluslararası silahlı çatışma kabul eden I Nolu Ek Protokol'de durum buna uygun olarak değiştirilmiştir. 43. madde Lahey ve Cenevre Sözleşmelerini takip ettiği gibi uluslararası örf adet hukukunu da yansıtmaktadır. Yasal kabul edilen savaşıklık statüsü için Lahey ve Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen emri altındakilerin davranışlarından sorumlu olan bir komutan, uluslararası silahlı çatışma hukuku kuralları ile uyumluluk, organizasyon ve disiplin ve çatışmanın taraflarından birisine ait olma şartları aranmaktadır.¹³⁹

Ancak 44. madde kendinden önceki maddeyle ve bizatihi kendi paragraflarıyla uyum içinde değildir. Şöyle ki 43. maddede tekrar edilen şartlara rağmen 44. maddeye göre bir savaşçı uluslararası hukuka uyup uymadığına bakılmaksızın savaşçı olma ve savaş esiri olma hakkını koruyacaktır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ayırma kuralına atıfta bulunulmakta ise de ilkeye ciddi bir istisna getirilmekte ve savaşların doğası gereği silahlı bir savaşçının kendisini halktan ayıramayacağı durumlarda silahını görünür bir şekilde taşımak şartıyla savaşçı statüsünü koruyacağı belirtilmektedir.¹⁴⁰ Aynı maddedeki fıkranın b bendinde geçen “düşmanca görünür konumda olmak” ifadesi karışık ve muğlaktır, sa-

137 Dinstein, s. 33, ayrıca bkz. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, article 1, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/195-200011?OpenDocument>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

138 Dinstein, s. 37-40.

139 Dinstein, s. 44.

140 Dinstein, s. 45-46.

vaşçı düşmanca görünebilir olduğunu biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise yükümlülük sahibi olmayacaktır, görünebilmenin çıplak gözle mi dürbünle mi ya da farklı bir ekipmanla olduğu ise belirsizlik taşımaktır. Bentte ifade edilen alana yayılmanın esas toplanma noktasından mı yoksa saldırın başlatılmasından hemen önce mi gerçekleşeceği de belli değildir.¹⁴¹ Açıklanan kuralı ihlal eden kişiye ilişkin 4. fıkrada teknik olarak savaş esiri olma hakkından mahrumiyet öngörülüyor ise de aslında ihlalcı bir savaş esirinin yararlandığı tüm korumadan yararlanmaktadır. Yani aranan şartlar ulusal özgürlük hareketlerinin düzensiz birlikleri ile düzenli silahlı güçler arasındaki dengeyi sağlayabilmek için 44. madde ile hükümsüzleştirilmiştir. Ancak durumun sivilin korunması bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceği de açıktır.¹⁴²

Yasal savaşçı olmak için aranan tüm şartları düzensiz birliklerin kümülatif olarak taşıması çok zordur. Bu noktada şartların kümülatifliğinden vazgeçmek, şartları aramamaktan daha makul bir çözümdür. Fakat I Nolu Ek Protokol yukarıda açıklandığı üzere 44. madde ile ikinci yöntemi uygulamayı tercih etmiştir.¹⁴³

Protokol'de saldırıların etkilerinden sivilleri korumayı amaçlayan birçok ayrıntılı hüküm yer almaktadır. Protokol incelendiğinde 4 tip hüküm dikkati çekmektedir; askeri ve sivil hedef ayırımını güçlendiren hükümler, saldırıların yasal çerçevede yapılmasını düzenleyen hükümler, savaşan tarafların sivil hedeflerin en az ölçüde zarar görmesini ve sivil kayıpların en az oranda olmasını sağlamak için gerekli önlemleri almasını öngören hükümler ve özel hedeflere ve alanlara saldırıların sınırlandırılmasını ve yasaklanmasını öngörerek sivil nüfusun daha geniş kapsamda korunmasını sağlayan hükümler.¹⁴⁴

I Nolu Protokol sivillere ve sivil hedeflere saldırıları yasaklayarak uluslararası örf adet hukuku ilkelerini teyit etmekte ve savaşanlar ile sivillere yapılan muameleyi birbirinden ayrı tutarak bu ilkeleri desteklemektedir.¹⁴⁵ Uluslararası silahlı çatışma hukukunun kökleri si-

141 Dinstein, s. 46.

142 Dinstein, s. 46.

143 Dinstein, s. 47.

144 Solf, s. 129.

145 Batur Yamaner, Melike, **“Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in the Recent Iraqi Conflict”**, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 28, Solf, s. 129.

villerle savaşçıların birbirinden ayrılması gerekliliğine dayanmaktadır. I Nolu Ek Protokolün 48. maddesi de bu temel kuralı yansıtmaktadır.¹⁴⁶ Madde de “*Sivil halkın ve sivil hedeflerin saygı görmesini ve korunmasını sağlamak için, çatışma Tarafları daima, sivil halk ile savaşçıları, sivil hedefler ile askeri hedefleri birbirinden ayırmalıdır ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece askerî hedeflere yöneltmelidirler.*” denmektedir. Protokol diğer hükümlerinde de askeri hedef prensibini kara, deniz ve hava çatışmalarında silahlı çatışmalara ilişkin bir uluslararası örf adet hukuku kuralı olarak benimsemektedir.¹⁴⁷

Askeri hedef deyimi ilk kez 1923 Tarihli Savaş Zamanında ve Hava Savaşlarında Telsiz Telgraf Kullanımının Kontrolüne İlişkin Lahey Kuralları’nda ifade edilmiştir.¹⁴⁸ 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde¹⁴⁹, 1954 Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi’nde¹⁵⁰ ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde¹⁵¹ de tekrar edilmiştir.¹⁵² Askeri hedefe ilişkin bağlayıcı tanım ise II Nolu

146 Dinstein, s. 82.

147 Dinstein, s. 82.

148 1923 Tarihli Savaş Zamanında ve Hava Savaşlarında Telsiz Telgraf Kullanımının Kontrolüne İlişkin Lahey Kuralları, Mad. 24/1: “ Sadece askeri hedeflere yöneltildiğinde hava bombardımanları yasadır, diğer bir ifadeyle ilgili hedefin tamamen ya da kısmen yıkılması savaşın için açık bir askeri fayda sağlamalıdır.” <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/275-370036?OpenDocument>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

149 1949 Cenevre Sözleşmeleri I, Mad. 19/2: “Yetkili makamlar söz konusu tıbbi kurum ve binaların mümkün olduğunca askeri hedeflere yapılması muhtemel saldırılardan tehlikeye düşmeyecek yerlerde bulundurulmalarına dikkat edeceklerdir.” <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/365-570024?OpenDocument>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011, 1949 Cenevre Sözleşmeleri IV: Mad. 18: “ Askeri hedeflere yakınlığı hastaneleri tehlikeye man bu hedeflerden mümkün olduğunca uzağa konumlandırılması tavsiye olunur.” <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/380-600022?OpenDocument>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

150 1954 Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi, mad.8/1-a: “.....geniş sanayi merkezlerinden ve ayrodrom, yayın istasyonu, ulusal savunma göreviyle bağlı kurumlar, liman ya da demiryolu istasyonu gibi nispi önemde ya da temel iletişim hattı olan hassas nokta oluşturan askeri hedeflerden yeterli uzaklığa konumlandırılmalıdır.” <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/400>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

151 Rome Statute of the International Criminal Court, mad. 8/2-b-ii: “...bilerek sivil hedeflere, yani askeri hedef olmayan hedeflere, karşı saldırı düzenlenmesi...”, b-v: “ savunmasız ve askeri hedef oluşturmayan kentlerin, köylerin, yerleşim yerleri ve binaların bombalanması veya herhangi bir araçla saldırılması..”, ix: “..askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim ve hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi..” <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, erişim tarihi: 20 Ekim 2011.

152 Dinstein, s.83.

Ek Protokol'ün 52/2. maddesinde *“Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlı olacaktır. Hedefler söz konusu olduğunda, askeri hedefler doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yıkılması, ele geçirilmesi ya da tarafsızlaştırılması durumunda, zamanın şartlarında, kesin bir askeri avantaj sağlayan hedeflerle sınırlıdır.”* şeklindeki düzenleme ile yapılmıştır. Yapılan tanım ile uluslararası örf adet hukuku somutlaştırılmıştır.¹⁵³ 49. madde de *“Saldırıları” hücum ya da savunmada, düşmana karşı şiddet eylemleri anlamına gelmektedir.*” ifadeyle saldırı deyiminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

Protokol sivil kayıpların hiç olmamasını öngörmemektedir. Sadece tarafları askeri hedeflere yöneltip askeri operasyonlar yapmaları konusunda bağlamaktadır. Örneğin 48. madde de ifade edilen bir saldırıya karar verildiğinde askeri amaçların olması ve saldırının da bu amaçları sağlamaya yönelik olmasıdır.¹⁵⁴ Askeri hedef; saldırının gerçekleştirildiği andaki şartlar bakımından doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri bir avantaj sağlayacak, düşman tarafın askeri hareketlerini yok edecek, zapt edecek ya da etkisiz hale getirecek hedeflerdir. 52. madde de yapılan bu açıklama askeri ve sivil hedefleri ayırt etmesi bakımından önemlidir. Zira bu açıklama sivilleri ve sivil nüfusu tanımlamada da ayırt edicidir.¹⁵⁵ Sivillere ait okullar, ibadet yerleri ve sivil kullanıma tahsis edilmiş diğer yerler de 52. madde de sivil hedef olarak gösterilmiştir. 52. madde de ifade edilen ve sivilleri bağışıklık kazandıran bu ayırım ayrıca bir uluslararası örf adet hukuku kuralı haline gelmiştir.¹⁵⁶

Askeri hedef deyimini çok uzun zaman açıkça tanımlanmadığı için uygulamada ilgililere geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır. I Nolu Protokolün 52. maddesinde yapılan tanım bu anlamda genel ve yeterli derecede kesin ilk tanımdır.¹⁵⁷ Ancak tanım doktrin tarafından arzu edilenden uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öncelikle tanımın çok genel olduğu ve hiçbir şeyi kapsamadığı, kullanılan ifadelerin soyut ve genelleyici olduğu, detaylı olmayan ancak uygulamaya yardımcı olabilecek spesifik askeri hedefler listesinin verilmediği belirtilmiştir.¹⁵⁸

153 Dinstein, s.83.

154 Solf, s. 129.

155 Solf, s. 129.

156 Solf, s. 130; Batur Yamaner, agm., s. 28 vd..

157 Cassese, Antonio, **International Law**, Oxford University Press, 2005, s. 414.

158 Cassese, s. 415; Dinstein, s. 83.

Tanımda materyal ve fiziki varlıklara karşılık gelebilecek “hedef” kelimesinin kullanılması, canlı varlıkların askeri hedef sayılamayacağı anlamına gelmemektedir. Tüm savaşanlar askeri hedef olabileceği gibi askeri amaçlarla kullanılan süvari atları gibi hayvanlarda bu kapsamda değerlendirilmektedir, önemli olan hedefin doğası, konumu, amacı ya da kullanımı gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunmasıdır.¹⁵⁹ Tamamen ya da kısmen yıkılması, ele geçirilmesi ya da tarafsızlaştırılması durumunda, zamanın şartlarında, kesin bir askeri avantaj sağlayan hedefler de askeri hedef sayılmıştır. Burada avantaj şüpheli ve farazi değil somut ve anlaşılabilir, ayrıca askeri olmalıdır. Siyasi avantaj sağlayan hedefler askeri hedef sayılamaz. Askeri avantaj sağlama somut duruma ve sürece göre değişmektedir. Örneğin ibadet yeri olan bir kilise askeri hedef değildir, hastaneye dönüştürüldüğünde de niteliğinde bir değişme olmaz ancak kilise kulesi sniper silahlar için atış yeri olarak kullanılıyor ise artık askeri hedef sayılmaktadır. Yani askeri hedef tanımı aslında görecelidir ve sivil hedef ile askeri hedef arasında kesin bir ayırım çizmemektedir.¹⁶⁰

Uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda savaşçılar; savaşan tarafların silahlı güçlerinin üyeleri ve savaşta aktif olarak yer alanlar olmak üzere iki alternatif kategoriden oluşmaktadır. Temel prensip savaşanlar ve savaşmayanların sivilin ayrılmasıdır. Meşru savaşçılar düşman tarafın savaşçılara ve askeri hedeflerine ölüm, yaralanma ya da yıkımla sonuçlanabilecek saldırılar düzenleyebilir, sivilin ise çatışmaya aktif olarak katılmasına izin verilmemektedir aksi bir durumda sivil statülerini kaybetmektedirler. Ancak bu statülerini kaybetmeler dahi askeri operasyonların yol açtığı tehlikelere karşı sivilin genel korunması devam etmektedir.¹⁶¹

Çatışmaya aktif katılma genellikle doğrudan katılmaya atıfla kullanılmaktadır. Ancak doğrudanlık her zaman için ilgili kavramı açıklamak için yeterli değildir. Örneğin savaşçılara muhimmat taşıyan bir şöfor ya da düşman kontrolündeki topraklarda askeri istihbarat toplayan bir kişi çatışmaya aktif olarak katılmaktadır. Ama ikinci hal ile

159 Dinstein, s. 84-85.

160 Dinstein, s. 86.

161 Dinstein, s. 27.

kendi vatanında yer alan terminallerde uydulardan sinyal olarak istihbarat bilgisi toplayan sivilin durumu farklıdır, sivilin bu katkısı savaşa aktif katılma olarak değerlendirilmemektedir.¹⁶²

Düşmanla çatışmayan kişi kara, deniz ve hava savaşı olduğu farketmeksizin sivildir. Bir sivil bir savaşçıya dönüşebileceği gibi, savaşçı da emekli olarak bir sivil olabilir. Hiç kimse doğuştan savaşçı değildir. Ancak bir kişi aynı anda hem sivil hem savaşçı olamaz ve statüleri arasında daimi suretle birinden diğerine değişiklik yapamaz.¹⁶³

Savaşçılar savaştan sadece emekli olup sivile dönüşerek değil kendi tercihiyle silahlarını bırakması ya da teslim olması veya şartlar dolayısıyla yaralanması, hastalanması, gemi kazazedesi olması gibi farklı yollarla da çekilebilir.¹⁶⁴

Savaş dışı kalan ve düşmanın eline düşen savaşçı savaş esiridir ve çeşitli ayrıcalıklara sahiptir. Savaş esiri olma savaşçının silahlı çatışma boyunca özgürlüğünü yitirmesi yani tutuklu kalmasıdır. Ancak bu tutukluluk savaş esirinin işlemeye teşebbüs ettiği cezai bir hareket yüzünden değildir, savaş esiri savaşta aktif olarak yer almaktan dolayı yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Özgürlüğünü geçici olarak kaybeden savaş esirinin canı, sağlığı ve şerefi teminat altındadır.¹⁶⁵

Siviller tam veya yarı zamanlı olarak silahlı kuvvetlerde çalışabilmekte ya da çeşitli sebeplerle silahlı kuvvetlerde yer alabilmekte ancak savaşa aktif olarak katılmadıkları için sivil statülerini kaybetmemektedir. Ancak çalışırken askeri üniforma giymektedirler ise saldırıların hedefi olabilirler.

Protokolün 50. maddesinde sivil olan tüm kişiler sivil halk olarak tanımlanmıştır. 3. fıkrada ise sivil halk içinde sivil olmayan kişilerin olmasının halkın sivil niteliğini bozmayacağı ifade edilmiştir. Sivil halkın korunması sivillerden oluşması ile ilgilidir.¹⁶⁶ 52. maddenin 2. fıkrasında askeri olmayan tüm hedeflerin sivil hedef olduğu belirtilmiştir. Protokol tanımlarında negatif bir yaklaşımı benimsemiş, korunan kişi ve hedefleri değil, korunmayan kişi ve hedefleri tanımlamıştır.

162 Dinstein, s. 28.

163 Dinstein, s. 28.

164 Dinstein, s. 28.

165 Dinstein, s. 29.

166 Dinstein, s. 114.

Yaklaşımın olumlu tarafı savaşçı ve siviller ya da askeri hedefler ve sivil hedefler arasında bir boşluk bırakmamasıdır. Yine negatif yaklaşım sözlük anlamıyla sivil sayılmayan bazı hedeflerin de sivil sayılmasını sağlamaktadır.¹⁶⁷

Sivil ve savaşçı ayrımı sivil hedef ve askeri hedef ayrımını da beraberinde getirmektedir. Silahlı çatışmalar hukukunun en temel kurallarından birisi de sivil hedeflere yapılan saldırıların yasaklanmasıdır. Protokolün 51/2. maddesinde yasak “Sivil halk ve bireysel siviller saldırı hedefi olmayacaktır” şeklinde ifade edilmekte ve 52/2 maddede de “Sivil hedefler saldırı ya da misillemelere hedef olmayacaktır. Sivil hedefler, paragraf 2’de açıklandığı üzere, askeri hedef olmayan tüm hedeflerdir.” denmektedir. Yasaklanan sadece doğrudan ve kasıtlı saldırılar değildir, ayırım gözetmeyen saldırılar da yasak kapsamındadır.¹⁶⁸ 51/4 maddede açıklandığı üzere ayırım gözetmeyen saldırılar; belli bir askeri hedefe yöneltilmemiş saldırılar, belli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş yöntemleri ve araçlarının kullanıldığı saldırılar ya da bıraktıkları etkiler bu Protokolce gerekli kılındığı gibi sınırlandırılmayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar ve son olarak, her bir durumda da, hiç bir ayırım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivilleri ve sivil hedefleri vurma özelliğine sahip yöntemlerin kullanıldığı saldırılardır. Ayırım gözetmeyen saldırılarda saldırgan sivillere zarar vermeye çalışmamaktadır, böyle bir niyetle hareket etmemektedir, ancak bu durumun silahlı çatışmalar hukuku açısından bir önemi yoktur, ayırım gözetmeyen saldırılar da doğrudan ve kasıtlı saldırılar gibi yasaklanmıştır.¹⁶⁹ 51. madde sivil hedeflere saldırıları yasakladıktan sonra ayırım gözetmeyen saldırıları ve misilleme saldırıları da yasaklayarak sivilleri korumanın kapsamını daha da genişletmiştir. Sivillere ve sivil hedeflere karşı misilleme saldırıların yasaklanması ilk kez Protokolle getirilen bir hükümdür. Daha önceki sözleşmelerde misilleme saldırılar sadece yaralı, hasta, deniz kazazedesi, tıbbi personel, tıbbi birim, tıbbi kuruluş, tıbbi nakliyat ve korunan siviller bakımından yasaklanmıştı. Korunan siviller ile savaşılan devletin tabiyetinde olmayan kişiler kastedilmekteydi. Protokolle tüm sivillere karşı yapılan misilleme saldırılar yasaklanmıştır.¹⁷⁰

167 Dinstein, s. 114.

168 Dinstein, s. 116.

169 Dinstein, s. 117.

170 Solf, s. 131.

Saldırının yöneldiği askeri hedef belirlenebilir olmalıdır. Ancak saldırıda sivillerin ve sivil hedeflerin vurulma olasılığını yok etmek imkansızdır. Örneğin askeriyede çalışan sivil birimlerin ya da hedefin çevresinden arabayla ya da yaya geçen sivillerin saldırıdan etkilenmesi mümkündür. Teknik arıza, fırtınalı hava, hatalı istihbarat ya da yanlış nevigasyon sebebiyle saldırının askeri hedeften şaşması olasılıklardan birkaçıdır.¹⁷¹ Saldırı esnasında hedefin askeri olmadığına anlaşılması halinde saldırının hemen kesilmesi ya da iptal edilmesi gerekmektedir.¹⁷² Saldırının sivilleri etkileyebileceği yerlerde beklenmeyen durumların yaşanmasını imkansızlaştıran şartlar olmadıkça uyarı gereklidir. Sivil nüfusu kontrol eden taraf; mümkün olan en iyi şekilde sivilleri askeri hedeflerin civarından uzaklaştırmaya çalışmalı, sivil nüfusun fazla olduğu yerlere askeri hedef koymaktan sakınmalı, barınaklar ve sivil savunma programları gibi her türlü önlemi almalı, sivilleri askeri operasyonlardan kaynaklanan tehlikelerden korumalıdır.¹⁷³

Orantılılık prensibinin kabulünden önce askeri hedeflere karşı yapılan saldırılardan sivillerin ve sivil hedeflerin zarar görmesi ek zarar olarak kabul ediliyordu. Ancak bu anlayış artık terkedilmiştir. Orantılılık ilkesi ile siviller ve sivil hedefler bakımından orantısız yaralanma ve zarara yol açacak askeri hedeflere yapılan saldırılar yasaklanmaktadır. Yasaklananın açık bir askeri hedef olması itibarıyla orantılılık ilkesi oldukça ileri bir sınırlama öngörmektedir.¹⁷⁴

Protokol mad. 51. maddenin 5. fıkrasının b bendinde “*kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen ve tahmin edilen somut ve direkt askeri avantaj ile ilişkili olan aşırı saldırılar*” ayırım gözetmeyen saldırı kabul edilerek yasaklanmıştır. Mad. 57/2-a-iii maddede ise bu tür saldırıların planlanması yasak kapsamına alınmıştır.

Protokolün 52. maddesinin 2. fıkrasında “Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlı olacaktır. Hedefler söz konusu olduğunda, askeri hedefler doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yıkıl-

171 Dinstein, s. 119.

172 I Nolu Protokol, mad. 57.

173 I Nolu Protokol, mad. 58.

174 Dinstein, s. 120.

ması, ele geçirilmesi ya da tarafsızlaştırılması durumunda, zamanın şartlarında, kesin bir askeri avantaj sağlayan hedeflerle sınırlıdır.” ifadesi ile aslında sivillerin koruma düzeyi de belirlenmiştir. Buna göre sivil hedeflerin sadece düşman kuvvetlere etkili bir katkı sağladığı ve yok edilmeleri, zapt edilmeleri ya da etkisiz hale getirilmeleri askeri bir avantaj sağladığı durumlarda sözleşmede belirtilen korumadan yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre sivil hedef evinde otururken tam bir korumadan yararlandığı halde, bir savaş aracının yanındaysa zarar görme riskini göze aldığı var sayılacağı için daha düşük bir koruma standardına sahip olacaktır.¹⁷⁵

Protokolün 51. ve 57. maddeleri orantılılık ilkesini düzenleyen ilk kodifikasyonlardır. 51. maddenin 5. fıkrasının b bendinde fıkrasında beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja oranla daha fazla sivil can kaybına, yaralanmaya ve sivil hedeflerin zarar görmesine yol açacak saldırılar yasaklanmıştır. Nitekim askeri gereklilik bileşenlerinin uygunluk ve orantılılık olduğuna dikkat edildiğinde bu hüküm de aslında uluslararası örf adet hukukunun bir tekrarıdır.¹⁷⁶

Protokol “orantısız” yerine “aşırı” deyimini kullanmayı tercih etmiştir, orantısızlığın açıkça görülebilmesi aşırılıktır.¹⁷⁷ Örneğin bir askeri üstün içinde kreşinde bulunması durumunda askeri hedef olduğu gerekçesiyle buraya saldırı düzenlenmesi aşırılıktır. Protokol’de aşırı saldırıların yasaklanmasının ayırım gözetmeyen saldırılar başlığı altında düzenlenmesinin bir sonucu; orantılı bir saldırının ayırım gözetmeyen bir saldırı olarak değerlendirilememesidir.¹⁷⁸

Protokol “beklenen sivil yaralanmaları” ve “tahmin edilen askeri avantaj” ifadelerini kullanmaktadır. Yani bir saldırı, kazara aşırı ölçüde sivil kayba veya sivil hedeflerin zarar görmesine neden olsun ya da olmasın gerçekleşen sonuca değil ilk beklentiye ve tahmine bakılacaktır. Örneğin bir yolcu treni geçerken demiryolu köprüsüne hava saldırısı düzenlenmesinde, yolcuların sivil olduğu biliniyor ise saldırının meşruluğu saldırı öncesinde beklenen sivil kayıpları, yaralanmaları, zararları ile tahmin edilen askeri avantaj arasında dengenin sağlanmasına

175 Solf, s. 131.

176 Solf, s. 131.

177 Dinstein, s. 120.

178 Dinstein, s. 121.

bağlıdır.¹⁷⁹ Orantılılık kuralının ihlaline ilişkin ise düşman silahlı kuvvetlerine ait tek bir sniper silahın ortadan kaldırılması için yüzlerce sivilin yaşadığı bütün köyün yok edilmesi durumu örnek verilebilir.¹⁸⁰

Uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda sivillerden ve savaşçılardan belli kategoride insanlar özel olarak korunmaktadır. I Nolu Protokolde bu anlayışı açıkça yansıtmaktadır. Özel korunmadan yararlanan siviller özel korumaları haricinde genel korumadan yararlanmaya da devam etmektedir.

I Nolu Protokole göre kadınlar¹⁸¹, çocuklar¹⁸², yaralılar, hastalar ve gemi kazazedeleri¹⁸³, karışıklıkta paraşütle uçaktan atlayan kimseler¹⁸⁴, savaş dışı kalmış düşman silahlı kuvvet üyesi¹⁸⁵, sivil tıbbi ve dini personel¹⁸⁶, sivillerden oluşan sivil savunma örgütü ve personeli¹⁸⁷, yardım hareketlerine katılan personel¹⁸⁸ ve gazeteciler¹⁸⁹ ayrıca korunmaktadır.

Protokol kültürel hedeflerin ve ibadet yerlerinin korunması açısından da özel bir koruma sağlamaktadır. 53. madde ile kültürel açıdan önemli tarihi eserlere, ibadet yerlerine, sanat eserlerine karşı düşmanca davranışlar yasaklanmıştır.¹⁹⁰ Lahey Sözleşmelerinde çeşitli kültürel ve dini objelerin korunması askeri amaçlarla kullanılmamaları koşuluna bağlıdır. Bununla birlikte askeri gerekliliğin saldırıyı zorunlu kıldığı durumlarda çok önemli kültürel objelerin korunması da düzenlenmiştir.¹⁹¹

179 Dinstein, s. 121-122.

180 Dinstein, s. 122.

181 I Nolu Ek Protokol, m. 76.

182 I Nolu Ek Protokol, m. 77.

183 I Nolu Ek Protokol, m. 10.

184 I Nolu Ek Protokol, m. 42.

185 I Nolu Ek Protokol, m. 41/1.

186 I Nolu Ek Protokol, m 15, ayrıca mad. 43/2ye göre silahlı güçlerin tıbbi ve dini personeli savaşçı değildir, yani bu kişilerde ilgili korumadan yararlanır.

187 I Nolu Ek Protokol, m. 62.

188 I Nolu Ek Protokol, m. 71/2.

189 I Nolu Ek Protokol, m. 79.

190 I Nolu Ek Protokol m. 53:“ Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkındaki 14 Mayıs 1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin hükümlerinden ve diğer ilgili uluslararası kuruluşların hükümlerinden bağımsız olarak aşağıdakiler yasaklanmıştır:

(a) İnsanların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan tarihi anıtlar, sanat eserleri ya da ibadet yerlerine karşı yöneltilen düşmanca eylemler gerçekleştirmek,

(b) Bu hedefleri askeri çalışmaların desteklenmesi için kullanmak,

(c) Bu tür hedefleri misilleme hedefi haline getirmek.”

191 Solf, s. 133.

Madde 1954 tarihli ilgili Lahey Sözleşmesini hükümsüz kılmamaktadır. Lahey Sözleşmesinin bütün yönleriyle uygulanması ile tüm sivil hedeflerin korunmasını öngören Protokol hükümleri birbirleriyle uyumlu değildir. Protokolün taraflarının saldırılarını askeri gereklilik düşüncesi ile gerekçelendirmesi yasaklanmıştır, sivil hedef ve askeri hedefin ayrılması temel prensiptir. 53. madde hükmünde ilgili Lahey Sözleşmesi hükmündeki gibi “mümkün olduğunca” ifadesi geçmemekte, ancak tüm tarihi anıtlar, sanat eserleri ya da ibadet yerleri değil sadece insanların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturanlar korunmaktadır.¹⁹² Bu özelliğe sahip olmayanlar ise özel korumaya sahip olmayacak ancak sivil hedeflerin genel korumasından yararlanacaktır.

54. madde de bir savaş yöntemi olarak insanların aç bırakılmalarının kullanılması yasaklanmıştır.¹⁹³ Bu hüküm de protokolün getirdiği yeni bir hükümdür.¹⁹⁴ Protokolün kabulünden önce meşru kabul edilen yöntemin yasaklanması bir uluslararası örf adet hukuku kuralı haline gelmiştir ve tüm çatışmalar bakımından geçerlidir.¹⁹⁵ Yiyecek maddeleri, içme suyu ve maddede sayılan saldırılması yasak diğer hedefler

192 Dinstein, s. 161.

193 I Nolu Ek Protokol m. 54: “Sivil halkın yaşamını sürdürebilmesi için vazgeçilmez olan hedeflerin korunması:

1. Bir savaş yöntemi olarak sivilleri aç bırakmak yasaktır.

2. Her ne güdüyle olursa olsun, sivilleri aç bırakmak, sivillerin taşınmasına neden olmak ya da başka bir güdüyle, düşman Taraf ya da sivil halk açısından taşıdıkları yiyecek içecek değeri yüzünden sivilleri bunlardan mahrum bırakmak amacıyla, yiyecek maddeleri, yiyecek maddelerinin, tahılların, besi hayvanlarının, üretildiği tarım alanları, içme suyu tesisatları ve kaynakları ve sulama kanalları gibi, halkın yaşamını sürdürmesi için vazgeçilmez olan hedeflere saldırmak, bunları yok etmek, ortadan kaldırmak ya da kullanılamaz hale getirmek yasaktır.

3. Paragraf 2’de yer alan yasaklar, düşman Tarafça aşağıdaki amaçlar doğrultusunda kullanılan hedefler için geçerli değildir.

(a) Sadece silahlı kuvvetlerinin mensupları için yiyecek ve içecek kaynağı olarak,

(b) Yiyecek ve içecek olarak değilse de, doğrudan askeri hareketin desteklenmesi için kullanılan hedefler, ancak bu durumların hiç birinde, de söz konusu hedeflere karşı, sivil halkı yetersiz yiyecek ya da içeceklerle bırakması ve böylece halkın açlık çekmesine ya da taşınmaya zorlanmasına neden olması beklenen eylemlerde bulunulmayacaktır.

4. Bu hedefler misillemeler için hedef haline getirilmeyecektir.

5. Millî sınırların istilaya karşı savunulması sırasında çatışma Taraflarının yaşamsal ihtiyaçları olduğu kabul edilerek, paragraf 2’de yer alan yasaklar, bir çatışma Tarafınca kendi kontrolü altındaki sınırlar içerisinde, zorunlu askeri gereklilikler nedeniyle ihtiyaç duyulan yerlerde azaltılabilir.”

194 Solf, s. 134.

195 Fenrick, William, “**Specific Methods of Warfare**”, in: Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, s. 246.

sivil halkın yaşamını sürdürbilmesi için zaruridir. 54. maddenin 2. fıkrasında sayılan hedefler sadece örnek teşkil etmektedir, dolayısıyla koruma kapsamına sivil halkın yaşamı için vazgeçilmez olan çadır ya da giyecek eşyalarının da girmesi mümkündür. Belirtilen hedeflere saldırmak sadece silahlı kuvvetler mensuplarının yiyecek ve içecekleri ya da doğrudan askeri hedef için kullanılmaktalar ise meşrudur.¹⁹⁶

I Nolu Protokol çevrenin korunmasına ilişkin doğrudan hüküm içeren tek anlaşma olması itibarıyla de önemlidir.¹⁹⁷ 35. maddenin 3. fıkrasının¹⁹⁸ ve 55. maddenin¹⁹⁹ merkezini doğal çevrenin korunması oluşturmaktadır.²⁰⁰ 35. maddenin 3. fıkrası ile 55. maddenin farklılığı her ne kadar 35. maddenin 3. fıkrasının bir teyidi de olsa 55. maddede de çevrenin korunması ile toplumun sağlığı ve varlığını sürdürmesi arasında ayrıca bir ilişki kurulmaktadır.²⁰¹ 35/3 ve 55. maddelerde çevreye yaygın, uzun vadeli ve ciddi zarar veren ya da vermesi beklenen savaş yöntemlerinin ya da araçlarının kullanılması yasaklanmıştır. Protokolde çevrenin korunmasına ilişkin hükümler ENMOD sözleşmesi olarak bilinen “Askeri Amaçlarla ya da Daha Başka Düşmanca Amaçlarla Çevrenin Değiştirilmesine İlişkin Sözleşme” nin ifadeleriyle karşılaştırıldığında daha birleştiricidir. Örneğin ENMOD’da “kalıcı” hasar aranırken Protokol’de “uzun vadeli” hasarı yeterli görmektedir.²⁰²

Asırlarca yardımcı koruma araçlarıyla korunan doğal çevrenin ilk kez doğrudan ilgili iki hükümle korunması silahlı çatışmalarda bu konu bakımından özel bir ihtiyaç olduğunu da göstermektedir.²⁰³

196 Dinstein, s. 132.

197 Pazarıcı, Hüseyin, “**Uluslararası Hukuka Göre Çevrenin Savaş Sırasında Korunması**”, AÜHFD, s. 109.

198 I No’lu Ek Protokol m. 35/3: “Doğal çevreye geniş alana yayılan, uzun vadeli ve ciddi hasar vermesi amaçlanan, ya da vereceği tahmin edilen savaş yöntemlerini ve araçlarını kullanmak yasaktır.”

199 I No’lu Ek Protokol m. 55: “ 1. Savaş sırasında doğal çevre, uzun vadeli, geniş alana yayılmış, ciddi zararlara karşı korunacaktır. Bu koruma doğal çevreye zarar getirmesi ve halkın sağlığını ve yaşamını tehlikeye sokması beklenen ve bu amaçla geliştirilmiş savaş araçlarının ve yöntemlerinin kullanılması yasaktır. 2. Misilleme yoluyla doğal çevreye saldırıda bulunmak yasaktır.”

200 Hulme, Karen, “**Natural Environment**”, in: Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, s. 204.

201 Pazarıcı, s. 110.

202 Solf, s. 134.

203 Hulme, s. 205.

Protokol çevrenin korunması bakımından doğrudan hükümlerin yanısıra aynı amaca yönelik dolaylı hükümleri de içermektedir.²⁰⁴ Bu bağlamda 54. maddenin 2. fıkrasında sivil halkın varlığını sürdürmesi için gerekli olan gıda maddelerine, gıda maddelerinin üretildiği tarım alanlarına, hasatlara, besi hayvanlarına, içilebilir su tesis ve depolarına ve sulama tesisi gibi ögelere sivil halkı ve düşman tarafı aç bırakmak, taşınmalarına sebep olmak ya da başka bir gerekçeyle saldırmak yasaklanmıştır. Öğretide başka bir savaş suçu oluşturmadığı müddetçe düşmanı gizleyen ormana ya da bitki örtüsüne saldırmak bu hüküm kapsamında değerlendirilmemektedir.

56. madde ile düzenlenmiş tehlikeli unsurları içeren yapı ve tesislerin korunması da gelenek hukukunda yer almayan Ek Protokol ile getirilmiş yeni bir hükümdür.²⁰⁵ Hüküm²⁰⁶ de askeri hedef olsalar ya da

204 Pazarıcı, s. 111.

205 Dinstein, s. 173.

206 I No'lu Ek Protokol m. 56: "1. Barajlar, su kanalları ve nükleer elektrik üretim tesisleri gibi tehlikeye arz eden unsurlar içeren yapılar ya da tesisler, söz konusu saldırının, buralardaki tehlikeli unsurların salıverilmesine ve sonuç olarak, saldırının sivil halk arasında ciddi kayıplara neden olacağı durumlarda, söz konusu hedefler askeri hedefler olsa dahi, saldırıya hedef olmayacaktır. Bu yapı ya da tesislerin yakınında yer alan diğer askeri hedefler, söz konusu saldırının yapı ve tesislerdeki tehlikeli unsurların salıverilmesine ve sonuç olarak sivil halk arasında ciddi kayıpların yaşanmasına neden olduğu durumlarda, saldırı hedefi yapılmayacaklardır.

2. Paragraf 1'de yer verilen saldırılara karşı özel koruma, aşağıdaki durumlarda kesilecektir:

(a) Baraj ya da su kanalları için, sadece normal işlevlerinin dışında ve düzenli olarak, önemli ve doğrudan askeri operasyonların desteklenmesi için kullanılmaları ve yapılacak saldırıların bu desteği ortadan kaldırmanın tek çıkar yolu olması durumunda,

(b) Nükleer elektrik üretim santralleri için, sadece askeri operasyonları düzenli, önemli ve doğrudan bir şekilde desteklemek için elektrik gücü üretmesi ve yapılacak saldırının bu desteği ortadan kaldırmanın tek çıkar yolu olması durumunda,

(c) Bu yapı ve tesislerin yakınına yerleştirilmiş bulunan diğer askeri hedefler için, sadece askeri operasyonların düzenli, önem arz eden ve doğrudan bir şekilde desteklenmesi için kullanılmaları ve yapılacak saldırının bu desteği ortadan kaldırmanın tek çıkar yolu olması durumunda.

3. Her durumda da, sivil halk ve sivil bireyler, Madde 57'de yer verilen koruyucu önlemlerin korunması da dahil olmak üzere, uluslararası hukuk tarafından kendilerine sağlanan tüm korumadan yararlanma haklarını muhafaza edeceklerdir. Eğer koruma Durdurulursa ve paragraf 1'de sözü edilen yapı, kurulum ya da askeri hedeflerden herhangi biri saldırıya uğrarsa, tehlikeli unsurların salınmasını önlemek için her türlü uygulamalı tedbir alınacaktır.

4. Paragraf 1'e sözü edilen yapı, kurulum ya da askeri hedeflerin hiç birisi misilleme hedefi yapılamaz.

5. Çatışma Tarafları, paragraf 1'de sözü edilen yapı ya da tesislerin yakınına askeri hedeflerin yerleştirilmesinden kaçınmak için çaba gösterecektir. Buna rağmen, sadece yapıları ve tesisleri saldırılardan koruma amacıyla yerleştirilmiş olan tesislere izin verilecektir ve söz konusu tesisler, korunan yapı ya da kurulumla yapılacak saldırılara cevap vermek için gerekli olan savunma amaç-

askeri hedefi içerseler bile barajlara, su kanallarına, nükleer elektrik santralleri gibi tehlikeli güçlere ve bunları içeren işletme ve tesislere saldırmak; bu saldırılar ilgili tesis ve işletmenin tahliyesine neden olacak ve sivil nüfus için ciddi kayıplarla sonuçlanacak ise yasaklanmaktadır. 56. maddenin uygulanma kapsamı sınırlıdır. Barajlar ve su kanalları ile nükleer elektrik üretim tesisleri ve benzerleri, örneğin toksik ürünlerin üretildiği ya da tehlikeli gazların depolandığı yerler, olmak üzere sadece 2 tür yapı ve tesisin tehlikeli unsurları içerdiği kabul edilmektedir.²⁰⁷ Tehlikeli unsurları içeren yapı ve tesisler askeri operasyonları düzenli, önemli ve doğrudan desteklemek için kullanılıyor ise artık özel korumadan yararlanamayacaktır. 56. maddenin 1. fıkrasının asıl amacı sivilleri korumak olmakla birlikte çevrenin de dolaylı korunmasını sağlayan bir hükümdür.²⁰⁸

II. Dünya Savaşı sonrasında yapılan Nüremberg ve Tokyo yargılamalarında verilen kararlar komutan sorumluluğunu düzenleyen bir anlaşma olmadığı için uluslararası örf adet hukukuna dayandırılmıştır.²⁰⁹ Uluslararası alanda olan bu boşluk I Nolu Ek Protokol ile giderilmiştir. I Nolu Protokol'ün 86. maddesinde emir altındakilerin anlaşmayı ya da protokolü ihlal etmesi halinde o zamanki şartlar dahilinde amirin emir altındaki tarafından gerçekleştirilen ya da gerçekleştirilecek bir ihlali bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde mevcut durumda bu ihlali engellemesi ya da bastırması gerektiği aksi takdirde amirin cezai ya da disiplinler sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir.²¹⁰ Komutanın sorumluluğu ise 87. madde de açıkça düzenlenmiştir.²¹¹ 87.

lı hareketler dışında savaş hallerinde kullanılmamaları ve silahlanmalarının sadece korunan yapı ya da tesislere karşı gerçekleştirilen düşmanca saldırıları geri püskürtmek için yeterli silahlarla sınırlanmış olması koşuluyla, saldırı hedefi yapılmayacaktır.

6. Akit Devletler ve çatışma Tarafları, tehlikeli unsurlar içeren hedefler için ek koruma sağlamak için, kendi aralarında başka anlaşmalar yapmaya çağılır.

7. Bu madde ile korunan hedeflerin tanınmasını kolaylaştırmak için, çatışma Tarafları bunları bu Protokolün Ek 1'inde Madde 16 altında (Değişikliğe Uğramış Ekin Madde 17'si) belirtildiği gibi, aynı eksek üzerine yerleştirilmiş üç parlak turuncu halkadan oluşan özel bir sembol ile işaretleyebilir. Bu işaretin olmaması hiç bir çatışma Tarafını bu Madde çerçevesindeki yükümlülüklerinden kurtarmaz.”

207 Dinstein, s. 173.

208 Pazarcı, s. 111.

209 Green, L.C., “**Command Responsibility in International Humanitarian Law**”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol:5 / 319, 1995, s. 341.

210 Cenevre Sözleşmesine Ek I Nolu Protokol, m. 86/2.

211 Green, s. 341.

maddenin 3. fıkrasında ise emri ya da kontrolü altındaki kişilerin sözleşme veya protokolü ihlal ettiğini ya da edeceğini bilen komutanın ihlali engellemesi ve ihlal eden kişilere ihlallerinden dolayı ceza vermesi gerektiği belirtilmiştir.²¹² Esasında I Nolu Protokol ile komutanın emri altındakilerin anlaşma ve protokol hükümlerini ihlallerini engellemesi veya cezalandırmaması halinde sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Yükümlülüğüne uymadığı takdirde kendisinin sorumluluğunu düzenleyen sözleşme hükmünü ihlalden dolayı suçlu sayılacağı açıktır ancak bu emri ya da kontrolü altındaki kişinin ihlali sebebiyle cezai bir sorumluluk taşıdığı manasına gelmemektedir. Buradaki sorumluluk hala gelenek hukukundan kaynaklanmaktadır.²¹³ Kendisinin verdiği ve suçla sonuçlanan bir emirden dolayı komutanın cezai sorumluluğunun düzenlenmesi ayrıca protokolda düzenlenmemiştir.

Savaş suçları silahlı çatışmalar hukuku ve geleneklerinin ihlalidir. Bu ihlaller savaştan, sivil ya da tarafsız devletin vatandaşı tarafından işlendiğine bakılmaksızın cezalandırılmaktadır. Savaştan devletin iç hukuku tarafından suç kabul edilen ancak uluslararası hukukun yasaklamadığı eylemler bu anlamda savaş suçu sayılmamaktadır.²¹⁴ Cenevre Sözleşmeleri'nde ve I Nolu Ek Protokol'de kimi hükümlere aykırı işlenen suçlar özellikle belirtilmiş ve bunlar ciddi ihlal sayılmıştır.²¹⁵ II. Dünya Savaşı'nda yaşanan deneyimler savaş hukukunun ciddi ihlallerinin belirtilmesini ve bu ihlallerin yargılanmasının belli yasal prosedürlere tabi kılınmasını zorunlu kılmıştır. Uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen suçlar bakımından ulusal yargılamalar kabul edilmiş ve evrensel yargı yetkisi kapsamında "aut dedere aut judicare" (teslim et ya da yargıla) prensibi uygulanmıştır.²¹⁶

Protokolün 85. maddesinde sözleşmenin ciddi ihlalleri sayılmış ve maddenin 5. fıkrasında bunların savaş suçu sayılacağı belirtilmiştir.²¹⁷

212 Cenevre Sözleşmesine Ek I Nolu Protokol, m. 87/3.

213 Green, s. 342.

214 Green, s. 286.

215 Green, s. 292.

216 Moir, Lindsay, "Grave Breaches and Internal Armed Conflicts", Journal of International Criminal Justice, Vol:7, 2009, Oxford University Press, s. 765.

217 I Nolu Ek Protokol m. 85: "1. İhlallerin ve ciddi ihlallerin engellenmesi ile bu Kısımda ek olarak verilen ilgili Konvansiyon hükümleri bu Protokolün ihlalleri ve ciddi ihlalleri için geçerli olacaktır.

Maddenin 3. fıkrasında sivil halkı ve bireyleri saldırı hedefi haline getirmek, geniş ölçüde yaşam kaybına neden olacağını, sivillere zarar vereceğini ya da sivil eşyalara zarar vereceğini bildiği halde sivil halkı ya da sivil eşyaları etkileyecek saldırılarda bulunmak, geniş ölçüde yaşam kaybına neden olacağını, sivillere zarar vereceğini ya da sivil eşyalara zarar vereceğini bildiği halde tehlikeli maddeler taşıyan yapılara ya da tesisata saldırıda bulunmak, savunmasız yerleri ve askerden arındırıl-

2. Konvansiyonlarda ciddi ihlaller olarak adlandırılan ihlaller bu Protokolün Madde 44, 45 ve 73'ü tarafından korunan karşı Tarafın gücündeki insanlara karşı ya da bu Protokol tarafından korunan karşı Tarafın yaralılarına, hastalarına ve gemi zedelerine karşı ya da karşı Tarafın kontrolünde olan ve bu Protokol ile korunan tıbbi ya da dini personel, tıbbi birimler ya da tıbbi birimlere karşı yapılmışsa bu Protokol için de ciddi ihlal sayılmaktadır.

3. Madde 11'de tanımlanan ciddi ihlallere ek olarak, aşağıdaki eylemler de isteyerek işlendikleri takdirde, bu Protokolün ilgili hükümlerini ihlal ettikleri sürece ve ölüme, insanlara karşı ciddi zarara ya da sağlığa zarara yol açtığı takdirde bu Protokol kapsamında da ciddi ihlaller olarak kabul edilecektir:

- (a) Sivil halkı ya da bireyleri saldırı hedefi haline getirmek,
- (b) Saldırının Madde 57 paragraf 2 (a) (iii) de tanımlandığı şekilde geniş ölçüde yaşam kaybına neden olacağını, sivillere zarar vereceğini ya da sivil eşyalara zarar vereceğini bildiği halde sivil halkı ya da sivil eşyaları etkileyecek saldırılarda bulunmak,
- (c) Saldırının Madde 57 paragraf 2 (a) (iii) de tanımlandığı şekilde geniş ölçüde yaşam kaybına neden olacağını, sivillere zarar vereceğini ya da sivil eşyalara zarar vereceğini bildiği halde tehlikeli maddeler taşıyan yapılara ya da tesisata saldırıda bulunmak,
- (d) Savunmasız yerleri ve askerden arındırılmış bölgeleri saldırı hedefi haline getirmek,
- (e) Savaş dışı kaldığını bildiği halde bir kişiyi saldırı hedefi haline getirmek,
- (f) Madde 37'yi ihlal ederek kızıl haç, kızıl ay yıldız ya da kızıl aslan ve güneşin ayrıncı amblemelerini ya da Konvansiyonlar ve bu Protokolün tanıdığı diğer koruyucu işaretleri haince kullanmak.

4. Yukarıdaki paragraflarda ve Konvansiyonlarda tanımlanan ciddi ihlallere ek olarak, aşağıdakiler isteyerek işlendikleri takdirde ve konvansiyonlar ve bu Protokolü ihlal ederse bu Protokole ciddi ihlal olarak kabul edilecektir:

- (a) İşgalci gücün işgal ettiği topraklara kendi milletinden insanları aktarması ya da işgal altındaki topraklardaki halkın tamamını ya da bir kısmını Dördüncü Konvansiyon Madde 49'u ihlal ederek sınır dışı etmesi ya da başka yere taşınması,
- (b) Savaş esirlerinin ya da sivillerin ülkelerine geri gönderilmesinde haksız yere geciktirme,
- (c) Irk ayrımı gözetilen uygulamalar ve başka insanlık dışı ve kişinin onurunu rencide edici ırk ayrımına dayalı alçaltıcı uygulamalar,
- (d) Açıkça tanınan ve insanların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan ve özel düzenlemelerle örneğin yetkili bir uluslararası örgüt tarafından özel korumaya alınan tarihi abideleri, sanat eserlerini ya da ibadet yerlerini karşı Taraftan Madde 53 alt paragraf (b) uyarınca gelen bir ihlal kanıtı yoksa ve bu tür tarihi abideler, sanat eserleri ve ibadet yerleri askeri hedeflerin hemen yakınında bulunmuyorsa saldırı hedefi haline getirerek büyük tahribata yol açmak,
- (c) Konvansiyonlarca korunan ya da paragraf 2'de veya bu Maddede adı geçen kişileri haklarından ve usule uygun mahkemeden mahrum bırakmak.

5. Konvansiyonların ve bu Protokolün uygulanmasına önyargılı yaklaşmaksızın, bu kuralların ağır olarak ihlal edilmesi savaş suçu olarak kabul edilecektir."

miş bölgeleri saldırı hedefi haline getirmek, savaş dışı kaldığını bildiği halde bir kişiyi saldırı hedefi haline getirmek, kızıl haç, kızıl ay yıldız ya da kızıl aslan ve güneşin ayırıcı amblemlerini ya da Konvansiyonlar ve bu Protokolün tanıdığı diğer koruyucu işaretleri haince kullanmak ciddi ihlal kabul edilmiştir.²¹⁸

75. maddenin 2. fıkrasında sayılan eylemler her zaman ve her yerde yasaklanmıştır. Bu eylemler; insanların canına, sağlığına ya da fizik veya zihin sağlığına karşı tehdit, özellikle; cinayet, Her türlü maddi ve manevi işkence, fiziksel ceza ve organların kesilmesi, kişinin onuruna zulmedilmesi, özellikle gurur kırıcı ve küçük düşürücü muameleler, fuhuş yapmaya zorlama ve her çeşit uygunsuz tecavüz, rehine almak, toplu cezalandırma ve tüm bu sayılan muamelelerin yapılacağına dair tehditte bulunmadır.²¹⁹

Aynı maddenin 4. fıkrasında usule uygun yargı prosedürlerinin genel olarak kabul edilen ilkelerini benimsemiş usule uygun olarak kurulan tarafsız bir mahkemenin beyan ettiği yargıya dayalı olmadığı sürece, silahlı çatışmayla ilgili ağır suçlardan suçlu bulunan kişilere hiç bir hüküm verilemeyeceği ve ceza uygulanamayacağı kabul edilmiştir.²²⁰ Fıkranın devamında yargısal prosedürün sahip olması gereken özellikler sayılmıştır.²²¹

218 I Nolu Ek Protokol m. 85/3.

219 I Nolu Ek Protokol m. 75/2.

220 I Nolu Ek Protokol m. 75/4.

221 I Nolu Ek Protokol m. 75/4 ".....Söz konusu prosedür aşağıdakileri kapsamaktadır:

- (a) Prosedür sanığın gecikme olmaksızın kendisine karşı bulunulan iddialarla ilgili bilgilendirilmesini sağlayacaktır ve sanığa mahkemesinden önce ve mahkeme süresince gerekli her türlü hakkı ve savunma hakkını sağlayacaktır.
- (b) Hiç kimse bireysel cezai sorumluluk temelinde olmadığı sürece suçlanmayacaktır.
- (c) Hiç kimse suçun işlendiği tarihte tabi olduğu ulusal ya da uluslararası yasa altında suç teşkil etmeyen bir suç, eylem ya da ihmalden dolayı suçlanamaz ya da mahkum edilemez ve suçun işlendiği tarihte geçerli olan yasalarda belirtilen cezadan daha ağır bir cezaya maruz bırakılamaz; suçun işlenmesinden yasa hükümleri uyarınca daha hafif bir ceza getirilirse suçlu bu hükümlerden yararlanacaktır.
- (d) Yasaya aykırı davranış işlemekle suçlanan bir kişi yasa gereğince suçu kanıtlanıncaya kadar suçsuzdur.
- (e) Yasaya aykırı davranış işlemekle suçlanan bir kişi kendisinin hazır bulunduğu bir mahkeme-de yargılanma hakkına sahip olacaktır.
- (f) Hiç kimse kendisine karşı tanıklık etmek ya da suçlu olduğunu itiraf etmeye zorlanamaz.
- (g) Yasaya aykırı davranış işlemekle suçlanan bir kişi kendisine aleyhine tanıklık yapan tanıkları inceleme ve kendisi aleyhine tanıklık yapan tanıklarla aynı koşullarda kendisi lehine tanıklık yapan tanıkları görme ve inceleme hakkına sahip olacaktır.

Akit Devletler ve çatışma Tarafları Konvansiyonlara ve bu Protokole karşı yapılmış ve verilen bir görev olduğu halde harekete geçmemeden kaynaklanan ciddi ihlalleri engelleyecekler ve diğer bütün ihlalleri bastırmak için gerekli önlemleri alacaklardır. Cenevre Sözleşmeleri ve bu Protokole karşı yapılan ihlallerin ikinci plandaki kişilerce yapılmış olması böyle bir ihlalde bulunduğunu ya da bulunacağını bildiği halde üstlerini cezai disiplin sorumluluğundan muaf kılmamaktadır.²²²

Savaş suçu oluşturacak ihlaller gerçekleştiğinde taraf devletler Protokolün 88. maddesine göre birbirlerine yardım edeceklerdir. Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolün ilgili hükümlerinde bildirilen hak ve sorumluluklar doğrultusunda ve koşulların izin verdiği durumlarda, taraf devletler suçluların iadesi konusunda hassasiyet göstererek işbirliği yapacaklardır. Taraf devletler iddia edilen suçun işlendiği toprakların sahibi olan devletin isteklerini dikkate alacaklardır. Taraf devletlerin yasası her durumda geçerli olacaktır. Ancak suç meselelerinde karşılıklı yardım konusunun tamamını ya da bir kısmını belirleyen iki taraflı yada çok taraflı herhangi başka bir sözleşmenin hükümlerinden kaynaklanan sorumluluklar etkilenmeyecektir.²²³ Taraf devletler Cenevre Sözleşmeleri'nin ya da Protokolün ciddi şekilde ihlal edilmesi durumunda Birleşmiş Milletler ile işbirliği içinde ve Birleşmiş Milletler Kuruluş Sözleşmesine uygun olarak birlikte ya da tek tek hareket etmeyi kabul etmektedir.²²⁴

Cenevre Sözleşmeleri ya da Protokol hükümlerini ihlal eden çatışma tarafı durumun gerektirdiği koşullarda tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır. Silahlı Kuvvetlerinin birimlerini oluşturan kişilerin yaptığı bütün hareketlerden sorumlu olacaklardır.²²⁵

(h) Hiç kimse aynı yasa ya da yargı prosedürü altında önceden beraat ya da mahkumiyet kararı verilmiş bir yargıdan sonra aynı Tarafça tekrar suçlanamaz ve cezalandırılamaz.

(i) Yasaya aykırı davranış işlemekten dolayı hakkında dava açılan bir kişi yargının halka duyurulması hakkına sahip olacaktır ve

(j) Mahkum edilen bir kişi mahkumiyeti veya mahkumiyetin çarelerinden ve bunların kullanılabilceği süre sınırlamalarından haberdar edilecektir.”

222 I Nolu Ek Protokol m. 86.

223 I Nolu Ek Protokol m. 88.

224 I Nolu Ek Protokol m. 89

225 I Nolu Ek Protokol m. 91.

SONUÇ

İnsancıl hukuk kuralları insan onurunu, yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü silahlı çatışmalarda korumayı amaçlamaktadır. Silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallar çatışmaların sınırsızlığını engellemekte, sivil halk ve savaşımlar üzerindeki yıkıcı etkilerini en aza indirmeyi hedeflemektedir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsayacak şekilde genişletilmesi insancıl hukuk korumasının geniş coğrafi bölgelerde sağlanmasını olanaklı hale getirmektedir. Cenevre Sözleşmelerine Ek I Nolu Protokol de çatışma mağdurlarının korunmasını amaçlamakta, silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin sınırlar çizmekte ve gelenek hukukunu kodifiye etmektedir. Her ne kadar belli kategorilerdeki silahlı çatışmaları uluslararası kabul etmesi bakımından yoğun olarak eleştirilse de Protokolün hedefi devletlerin iç işlerine ve egemenlik yetkilerine müdahale etmek değil, anılan çatışmaların sınırsızlıklarını sınırlandırmak ve bu çatışmalar bakımından da insancıl hukuk kurallarının uygulanmasını mümkün kılmaktır. Protokol silahlı çatışmalar hukukuna getirdiği yeni hükümler ve uluslararası örf adet hukukunu teyit etmesi bakımından uluslararası insancıl hukukun önemli bir kaynağıdır.

KAYNAKÇA

- ALDRICH, George, “Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions”, in; The American Journal of International Law, Vol 85, No. 1 (Jan 1991, ss. 1-20.
- ALSAN, Zeki Mesud, “1949 Cenevre Sözleşmeleri”, AÜHF, Cilt 7, Sayı 3, 1950, ss. 37-57.
- AYDIN, Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, AÜHFD, Cilt:51, Sayı:4, 2002, s. 131-167.
- BATUR YAMANER, Melike, “Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in the Recent Iraqi Conflict”, in; Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 1-2, Haziran 2003, Erzurum, ss. 27-39.
- BATUR YAMANER, Melike, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Yayıncılık, 2007, İstanbul.
- BATUR YAMANER, Melike, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi”, in: Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, s. 379 – 391.
- BAXTER, R.R., “Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law”, in; Harvard International Law Journal, Vol:16, 1974, ss. 2-26.
- BETHLEHEM, Daniel, “The Methodological Framework of the Study”, in: Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law, Ed: Elizabeth Wilmsurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, ss. 3-14.
- CARDENAS, Sonia, “The Geneva Conventions and the Normative Tenor of International Relations”, in; The Geneva Conventions Under Assault, Ed: Sarah Perrigo, Jim Whitman, Pluto Press, 2010, s. 1 – 18.
- CASSESE, Antonio, International Law, Oxford University Press, 2005.
- CASSESE, Antonio, “The Martens Clause : Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, in; European Journal of International Law, Vol. 11, No:1, 2000, s. 187-216.
- CASSESE, Antonio, “Wars of National Liberation and Humanitarian Law”, in: The Human Dimension of War, Selected Papers, Oxford University Press, 2008, ss. 99-110.

- CASTREN, Eric, *Civil War*, Suomalainen Tiedeakatemia, 1966.
- DINSTEIN, Yoram, *The Conduct of Hostilities Under The Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004.
- GREEN, L.C., “Command Responsibility in International Humanitarian Law”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol:5 / 319, 1995, ss. 320-371.
- GREEN, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, Second Edition, 2000.
- HOLZGREFE, J. L., KEOHANE, Robert Owen, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, 2003.
- HULME, Karen, “Natural Environment”, in: *Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law*, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, ss. 204-237.
- MANSELL, Wade, OPENSHAW, Karen, “The History and Status of Geneva Conventions”, in: *The Geneva Conventions Under Assault*, Ed: Sarah Perrigo, Jim Whitman, Pluto Press, 2010, s. 18-41.
- METTRAUS, Guenael, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005.
- MOIR, Lindsay, “Grave Breaches and Internal Armed Conflicts”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol:7, 2009, Oxford University Press, ss. 763-787.
- MOIR, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004.
- ÖZSOY, Şule, “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, in: *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, 1997-1998, s. 111 – 125.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- PAZARCI, Hüseyin, “Uluslararası Hukuka Göre Çevrenin Savaş Sırasında Korunması”, *AÜSBFD*, Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan, Cilt 47, Sayı 1-2, ss.103-114.
- PEJIC, Jelena, “ Status of Armed Conflict”, in: *Perspectives on the ICRC Study on Customary Humanitarian Law*, Ed: Elizabeth Wilmshurst, Susan Breau, Cambridge University Press, 2007, ss. 77-100.

- PICTET, Jean, “Humanitarian Ideas Shared by Different Schools of Thought and Cultural Traditions” in: International Dimensions of Humanitarian Law, Henry Dunant Institute, Martin Nijhoff Publishing, 1988.
- PICTET, Jean, Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952.
- PROVOST, Rene, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2004.
- SASSOLI Marco, BOUVIER, Antoine, QUINTIN Anne, How Does Law Protect in War?, Volume I, ICRC, Third Edition.
- SANDOZ, Yves, ZIMMERMAN, Bruno, EBERLİN Philippe, GASSER, Hans - Peter, WENGER, Claude, JUNOD, Sylvie, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, (Ed. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmerman), ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987.
- SCHABAS, William, Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş, Çev: Gülay Arslan, Uluslar arası Af Örgütü Türkiye Şubesi, 2007, 2. basım.
- SENCER, Muzaffer, “İnsan Hakları ve Savaş”, in: İnsan Hakları Yıllığı, C.12, 1990, s. 13-63.
- SOLF Waldemar, “Protection of Civilian Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I”, in: Amerikan University Journal of International Law, Vol:1/117, 1986, ss. 117-135.
- SOYGÜT, Mualla Buket, “Uluslararası İnsanlık Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü’nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları”, in: Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, ss. 710-730.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- TICEHURST, Rupert, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, in: International Review of Red Cross, No: 317, 30/04/1997.
- TRIFFTERER, Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s Note, Article by Article, Hart Publishing, 2008.

UZUN, Mehmet Cengiz, “Savaşın Değişen Yüzü Karşısında Uluslararası Nite-
likte Olmayan Silahlı Çatışmalar”, in: Erdoğan Teziç’e Armağan, Ga-
latasaray Üniversitesi Yayınları, Mayıs 2007, ss. 745-768.

VITE, Sylvain, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian
Law: Legal Concepts and Actual Situations”, in: International Review
of the Red Cross, Vol:91, Number:873, March 2009, ss. 69-94.

<http://www.icrc.org>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.icty.org>

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ TERAZİSİNDE MASUMİYET KARİNESİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DENGESİ

Yalım Turan

Özet

Masumiyet karinesiyle ifade özgürlüğünün sıklıkla karşı karşıya geldiğini görüyoruz. Bu iki hakkın korunmasında yapıcı bir özen gösteren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AİHM"), son kararlarıyla bu haklar arasında dikkatli bir denge kurmaya çalışmakta. Terazinin kefesinin masumiyet karinesine doğru kaydığını bile söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler

Masumiyet karinesi, ifade özgürlüğü, AİHM.

Giriş

Politik ifade özgürlüğünün demokrasinin oluşması için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir etken olduğu, medyatik ifade özgürlüğünün ise “demokrasinin bekçi köpeği” şeklinde kabul edildiği bir gerçek. Fakat bir demokrasinin işleyebilmesi için yargı bağımsızlığının, kuvvetler ayrılığının, kişi haklarının özenle korunması da şart. Masumiyet karinesi de korunması gerekli haklardan biri ve bu günlerde önemi belki hiç olmadığı kadar tartışılıyor.

Ülkemizde gerek medyada gerek siyaset kürsüsünde bazı davalar hakkında bitmek bilmez tartışmaları izliyoruz. Bu davaların ilerleyişi ve olası sonuçları kimilerine göre önemli politik etkilere gebe.

Yurt dışında da durum pek farklı değil. Dominique Strauss Kahn’a yöneltilen suçlamaların dünya basınına yansımaya şekli, Fransız kamuoyunda hakkında oluşan tartışmalar, dile getirilen suçlamalar, onun IMF başkanlığını bırakmasına sebep olduğu gibi artık Fransa Cumhurbaşkanı olma şansını da bitirdi. Aslında Fransa bu konuyu belki de en iyi öngören ülkelerden biri. Konu hakkında seneler önce saygın üniversitelerde yapılan konferanslar öğretilerdeki sürekli tartışmalar meyvesini masumiyet karinesini korumayı amaçlayan Guigou Kanunu’yla verdi. Fransa’nın AİHM’e olan etkisi göz önüne alınırsa, bu ülkedeki gelişmelerin AİHM’de etkili olması şaşırtıcı olmayacaktı.

Nitekim her iki hakkın korunmasında yapıcı bir özen gösteren AİHM son kararlarıyla bu sıklıkla çatışan hakların aralarında dikkatli bir denge kurmaya çalışmakta. Terazinin kefesinin ifade özgürlüğünden masumiyet karinesine doğru kaydığını bile söyleyebiliriz.

Bu çalışmamızda yukarıdaki tespitimizin doğruluğunu sorgulayacağız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konuyla ilgili yakın geçmişte verdiği kararları inceleyerek ilk bölümümüzde AİHM önündeki bu çatışmayı sergileyeceğiz ikinci bölümümüzdeyse bu çatışmanın sınırlarını ve yeni kurulan dengeyi göstermeye çalışacağız.

I. AİHM ÖNÜNDE MASUMİYET KARİNESİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASI

İfade özgürlüğüyle masumiyet karinesi dengesini bu çalışmada politik ifade özgürlüğünün ve medyatik ifade özgürlüğünün masumiyet karinesiyle dengesine ağırlık vererek inceleyeceğiz.

A) POLİTİK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE MASUMİYET KARİNESİ

Henüz birkaç ay önce verilmiş Konstas/Yunanistan kararı konuyla ilgili büyük önem taşıyor. AİHM'nin 1. Dairesinin 24 Mayıs 2011 tarihli bu kararını Yunanistan devleti büyük daireye taşımak istese de bu başvurusu reddedildi ve karar 28 Kasım 2011 tarihinde kesinleşti (Dava No:53466/07).

Yargılama konusu olayda, Yunanistan'da Atina Panteion Üniversitesi Rektörü ilk derece mahkemesi tarafından zimmetine para geçirme, devlete karşı sahtecilik ve yalan ifade vermektan 14 sene hapis cezasına mahkûm edilir. 11 Haziran 2007 tarihinde hükmün açıklanmasından 5 gün ve ilgilinin bir üst mahkemeye başvurmasından birkaç gün sonra Maliye Bakanı söz konusu mahkeme kararına değinerek muhalefetteki Sosyalist Parti milletvekillerini "Panteion dolandırıcılarını" savunmak, onlarla yakın ilişkiler kurmak ve onları önemli resmi mevkilere getirmekle suçlar. 2 Temmuz 2007 tarihindeyse Başbakan olayı hiç görülmemiş bir zimmetine para geçirme skandalı olarak tanımlar. 12 Şubat 2008 tarihinde de, bu sefer Adalet Bakanı, Parlamento önünde yaptığı bir konuşmada: "*Size Panteion skandalını hatırlatırım. Yunan adaleti bütün bu zaman koruduğunuz herkesi kesin ve katı bir şekilde cezalandırdı*" der.

AİHM incelemesine "*masumiyet karinesi hiçbir devlet temsilcisinin bir kişiyi mahkemece suçluluğu belirlenmeden suçlu ilan etmemesi...*" ve "*...kişinin yargılanması tamamlanmadan ve suçluluğu bir mahkemece sabitlenmeden devlet görevlilerinin yapacakları açıklamalarda kullanacakları terimlerde dikkat etmesi...*" gerekliliğini vurgulayarak başlıyor.

Bu karar birçok açıdan önem teşkil ediyor. Olayda, hükümet mensupları açıklamalarını, başvuru ilk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunduktan sonra ve henüz üst mahkemeye müracaat etmişken

yapmışlardır. Mahkemenin de belirttiği gibi masumiyet karinesi hiçbir şekilde yetkili otoritelerin suçluluğu kesinleşmemiş olsa dahi başvuru-cunun mahkûmiyet kararını dile getirmelerini engellemiyor. Kişinin ilk derece mahkemesince cezalandırılması da objektif bir unsur olarak kabul ediliyor. Sözleşmenin 6-2. maddesinin mahkûmiyet hakkında kişileri bilgilendirmeye engel olmadığını, bilgilendirmenin medya yoluyla kamuoyuna veya parlamento içinde yapılabileceğini belirttikten sonra AİHM “*Sadece bu bilgilendirmeyi itinayla ve ölçülülükle yapması gerekir*” diyor (ilgili kararın 34. paragrafı (§ 34)).

Akabinde komisyonun daha önceki içtihadını hatırlatarak masumiyet karinesinin kesinleşmiş yasal mahkûmiyet kararından sonra kalkacağını belirtiyor.

AİHM masumiyet karinesinin üst mahkeme önünde uygulanmasının sadece 1. derece mahkemesindeki muhakemenin kişiyi mahkûm etmesiyle sona ermeyeceğini ve bu prensibin korunmamasının yetkili hâkimin olay ve hukuk bakımından kendisine atanmış kararı yeniden yargılamasını gerektiren üst mahkeme prosedürünün işlevine karşı geleceğini özellikle anlatıyor (§ 36).

AİHM bu temel ilkeyi açıkladıktan sonra şu sorunun cevabını arıyor;

Hükümet üyelerinin sözleri, onların bu davayı üst mahkeme tarafından yeniden yapılacak inceleme bitmeden yargıladıklarını gösteriyor mu?

Bu noktada AİHM, herhangi bir mahkûmiyet kararı çıkmamış davalardaki yaklaşımının aynısını sergiliyor ve açıklamaların devletin en üst makamından geldiğini belirtiyor. Yunanistan hükümetinin üyeleri başvuru sahibini tanımlamak için kapalı tabirler kullansalar da konuşmalarda geçen ayrıntılar başvuru-cunun kolayca belirlenmesine imkân veriyor. AİHM bu hususu tespit ettikten sonra, konuşmacıların sözlerini titizlikle incelemeye başlıyor.

Hâkimler Başbakan’ın “daha önce görülmemiş skandal” sözlerini tasvip etmediklerini belirtseler bile bu sözlerin davayı önden yargılamak amaçlı olmadığını kabul ediyorlar.

Maliye bakanın “dolandırıcı” sözleri ise dikkatsizce kullanılmış kesin bir ifade olarak değerlendiriliyor ve kamuyu ilgilinin “kesinleşmiş suçluluğa inanmaya itebilecek” nitelikte bulunuyor.

Adalet Bakanı'nın sözlerinin o kadar suçlayıcı olmadığını belirtmeler de bakanın politik fonksiyonunun özelliğini vurguluyor ve bunun kişinin sorumluluğunu arttırdığını hatırlatıyorlar: *“Adalet Bakanı sıfatıyla mahkemenin organizasyonu ve düzgün işlenmesini tam anlamıyla yönetir ve bu bakımdan görülmekte olan bir davanın yönünü etkilemek istediği izlenimi doğuracak sözlerin kullanımına özellikle dikkat etmesi gerekir.”*

Yunanistan hükümeti ise söylenen sözlerle üst mahkemenin davayı incelemesi arasındaki süreye dikkat çekerek bu kadar uzun bir zaman geçtikten sonra mahkemenin bu sözlerden etkilenmeyeceğini savunuyor. Buna karşılık AİHM hem sözlerin masumiyet karinesine olan etkilerinin söylendikleri tarihte dikkate alındığını ve aradan geçen zamanın önemli bir değerlendirme ölçütü olmadığını belirtiyor, hem de hükümetin görüşünü kabul etmenin bir cezai dava uzadıkça dava sırasında işlenecek bir masumiyet karinesi ihlalinin etkilerinin azalacağı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (**“Sözleşme”**) hükümlerinin mantığına aykırı bir çözüme götüreceğini belirtiyor.

Buradan yola çıkarak AİHM hâkimleri oy birliğiyle verdiği kararında ilkin Yunanistan'ın bu sözlerden dolayı 6-2 maddesini ihlal ettiğine karar veriyorlar ve akabinde, Yunanistan'ı ilgiliye masumiyet karinesini yeniden tesis etmesine imkân veren bir başvuru hakkını sağlamadığı için 13. maddeyi ihlal etmekten mahkûm ediyorlar (§ 56).

Bir süre önce AİHM bu ilkeyi bir devlet memuruna değil de tanınmış bir devlet adamına, katıldığı seçimlerden hemen önce yaptığı bir seçim konuşması dolayısıyla o an devlet memuru olmamasına rağmen uyguladı (Kouzmin/Rusya, AİHM, 5. Daire, 18 Mart 2010 Dava No: 58939/00). Bu kararın büyük daireye gönderilmesi reddedildi ve karar 4 Ekim 2010'da kesinleşti. Bu bakımdan karar 3'e karşı 4 hâkimin oylarıyla alınmış olsa da daha önce görülmemiş bir uygulama olduğu için önem taşıyor.

Barata davasında da AİHM aynı çizgide durmuştu (Barata Monteiro Da Costa Nogueira ve Patrício Pereira/Portekiz, AİHM, 2. Daire 11 Ocak 2011, No:4035/08). Bir politik partinin (Bloco de Esquerda) sorumluları olarak yaptıkları basın açıklamasında rakip partilerinin (Partido Social Democrata) bölgesel sorumlusu hakkında ağır suçlamalarda bulunduktan sonra hakkında suç duyurusunda bulunurlar. Bu suç duyurusu ciddi bulunmaz ve takipsizlik kararı verilir.

Suçlamayı yapanlara karşı iftira davası açılır ve temyiz mahkemesi ilk mahkemenin beraat kararını bozarak ilgilileri 1800'er Avro cezaya mahkûm eder.

İlgililerin AİHM'e başvurusu 4'e karşı 3 oyla reddedilir. Karar metninin 34. paragrafında AİHM çatışan çıkarları dengelemesi gerektiğini ve Sözleşme'nin 6-2 maddesinin kişilere tanıdığı suçluluğu kesinleşinceye kadar masum sayılma hakkını gözetmesi gerektiğini belirtiyor. İlgililerin gazeteci değil de politikacı olduklarını belirtmesinden gazetecilere biraz daha geniş bir özgürlük tanıyacağını görsek de bu karardan da aklımızda kalan ifade özgürlüğünün masumiyet karinesi önünde geriye gitmesi oluyor.

Benzer bir olayda da (Fleury/Fransa, AİHM, 5.daire 11 Mayıs 2010, No:29784/06) bir belediye meclisi üyesinin belediye başkanına karşı ispatlanmayan ölçüsüz ve ağır suçlamalarından ötürü aldığı para cezasını ve tazminata mahkûm edilmesi Sözleşme'ye uygun bulunmuştu. Suçlamaları yapanın bir belediye meclisi üyesi olması ve suçlamaları belediye başkanına karşı yapmış olması AİHM'in bu sözleri politik bir tartışma olarak kabul etmesine yetmiyor. Sözlerin belli bir abartı düzeyinin üstünde ve provokatif olmaları onları AİHM'in gözünde politik tartışmaların kabul edilebilir sınırının dışına taşıyor. İlgilinin belediye meclisi üyesi olması bu durumda kişinin hatasını azaltmak bir yana artırıyor. Çünkü AİHM bu suçlamaların belediyenin işletmesiyle ilgili bilgi olması gereken birinden geldiği için halka çok daha inandırıcı gelebileceğini belirtiyor (§ 50).

B) MEDYATİK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ MASUMİYET KARİNESİ DENGESİ

Medyatik ifade özgürlüğü ve masumiyet karinesinin karşı karşıya geldiği Eric Hacquement Fransa'ya karşı davasında (AİHM, 5.Daire, 30 Haziran 2009, No:17215/06) AİHM bu iki alanın çizgilerini çekmeye başlıyor.

Parisien gazetesinde çalışan bir gazeteci Eric Hacquemand birçok suçtan şüpheli bir kişi üzerine bir haber yapmış ve haberine kişinin bir fotoğrafını eklemiştir. Bunun üzerine cezai soruşturmanın gizliliğini bozmaktan ve gizliliği bozmaya yataklıktan cezalandırılır. Çünkü söz ko-

nusu fotoğraf polis tarafından çekilmiştir ve gazeteci bu fotoğrafa nasıl ulaştığını söylememektedir. Bunun üzerine gazeteci ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürer.

Başvurunun kabul edilebilirliğinin görüldüğü aşamada AİHM bu özgürlüğün özellikle suç işlediğinden şüphelenilen kişinin Sözleşme'nin 6-2. maddesine göre suçluluğu yasal olarak sabitleninceye kadar masum olarak öngörülme hakkıyla dengelenmesi gerektiğini belirtir. AİHM fotoğrafın toplumsal yararlarla ilgili bir tartışmaya katılmayan sıra dışı olayları veya çok tanınmış bir kişi tarafından yapılmış olayları kapsamadığını tespit ettikten sonra masumiyet karinesinin korunmasının gazeteciye verilen (orantılı olduğuna hükmedilmiş) bu cezayı meşru olarak haklı kılabileceğine karar verir.

Belirtmek gerekir ki AİHM davada ilgilinin kaynaklarını açıklamamasıyla ilgili bir sorunsalın bulunmadığını, bunun haber alma hakkının bir parçası olduğunu ve özenle ele alınması gerektiğinin özellikle altını çizer.

Bu sebeplerle AİHM ilgilinin başvurusunu incelemeyi reddeder.

Ruokanen ve diğerleri Finlandiya'ya karşı kararında (AİHM, 4. Daire, 6 Nisan 2010, No:45130/06) bir dergi genç bir kızın yerel basketbol ekibi tarafından tecavüze uğradığı iddialarını sayfalarına taşır. İtilaf konusu makale yayınlandıktan sonra polis iddia edilen tecavüzü araştırmaya başlar. Polis tarafından 19 Nisan'da yayınlanan basın bülteninde iddia edilen tecavüz kurbanının kişi veya kişileri tespit edemediği olayları da ayrıntılarıyla bir suçun bazı kişi ve ya kişilere isnat edilebilmesini sağlayacak şekilde aydınlatamadığı ve bu sebeple ulusal soruşturma bürosunun ön soruşturmayı kestiği belirtilir.

Bunun üzerine 30 Ekim 2002 tarihinde Cumhuriyet Savcısı ağır iftira suçlamasıyla derginin yazı işleri şefine ve gazeteciye karşı delillerini sunar. Basketbol takımı bu suçlamaya katılır ve her ikisinden tazminat talep eder. Dava süreci ilgililerin para cezasına (3.540 Avro ve 1.920 Avro) ve basketbol takımına tazminat ödemeye (89.000 Avro) mahkûm edilmeleriyle son bulur.

AİHM bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını, müdahaleyi sözleşme hükümlerine uygun bularak reddediyor. Bu konudaki

içtihatları hatırlattıktan sonra makalenin objektif sansasyonel olmayan bir şekilde yazıldığıнын dedikodu tarzında yazılmadığıнын ve hiçbir ismin belirtilmediğinin altını çiziyor. Bununla beraber basketbol takımının oyuncularının kolayca tanımlanabildiğini belirtiyor. AİHM suçlamaların ciddiyetini, olayların aktarılış şeklini, bir polis araştırmasının o anda yapılmıyor olduğunun aktarılmamasını, suçlamanın somut olaylara dayanıp dayanmadığını ve yazarın olayı kurbanla oyuncularla ve takımla temas kurarak aydınlayabileceken bunları incelememesini de (§ 46) göz önüne alarak olayda ifade özgürlüğü ihlali olmadığına karar veriyor.

Belirtmek gerekir ki, AİHM Finlandiya ikinci derece mahkemesinin kaynaklarını açıklamayarak gazetecinin bir iftira suçuyla karşılaşmayı göze aldığı yönündeki AİHM'in önceki içtihadıyla çelişecek görüşüne değinmiyor (AİHM, 4. Daire. 15 Aralık 2009, Financial Times LTD ve diğerleri/Birleşik Krallık, No: 821/03).

II. HAKLAR ARASINDA KURULAN YENİ DENGİNİN İNCELENMESİ

Yukarıda incelediğimiz kararlar kimilerince ifade özgürlüğünde genel bir geriye gidişin göstergesi olarak yorumlanabilir. Bu kararların ifade özgürlüğünü fazlaca daralttıkları eleştirisi haklı bulunabilirse de, aynı zaman diliminde verilen AİHM'in ifade özgürlüğünü genişletici kararları, genel bir daralmadansa bir ayrıştırmanın söz konusu olduğunu ve incelediğimiz kararların masumiyet karinesinin savunulmasına özgü kararlar olduğunu düşündürmektedirler.

A- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNDEKİ DARALMANIN SINIRLARI

1) İncelenen davaların ifade özgürlüğünü daraltıcı etkisi

İncelediğimiz kararların ifade özgürlüğünü daraltıcı etkileri elbette eleştirilebilir.

İlk incelediğimiz karar olan Konstas/Yunanistan kararı birçok yönüyle politik ifade özgürlüğünü daraltıcı bir karar olarak göze çarpıyor. Bu davanın belki de en önemli özelliği dava konusu sözlerin meclis kürsüsünden ve bir meclis oturumu sırasında söylenmiş olmaları. Bildiğimiz gibi AİHM, politikacıların ifade özgürlüğü konusunda son derece koruyucu bir tutum içerisindedir.

AİHM'in 15 Mart 2011 tarihli Otegi Mondragon/İspanya kararında (AİHM, 3. Daire, 15 Mart 2011, No:2034/07) hatırlattığı gibi, AİHM içtihadında eskiden beri siyasi söylemler ve tartışmalar alanında ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yer yok gibidir. Çünkü ifade özgürlüğü AİHM'in gözünde bu alanda en büyük önemine kavuşur (§ 50). Dolayısıyla AİHM siyasi söylemler ve tartışmalar alanında ifade özgürlüğünü çok daha katı bir şekilde korumaktadır.

Bilindiği gibi politik ifade özgürlüğü demokratik bir rejimin oluşmasında olmazsa olmaz bir koşuldur. Strasbourg hâkimleri Konostas/Yunanistan davasında kabine üyelerini bu kalkanın arkasına alabilirlerdi. Bunun için ellerinde en azından birkaç sebep vardı.

Konuşmalar meclis kürsüsünden yapılıyorlar ve bu konuşmaların amacının masumiyet karinesine bir saldırıdan çok muhalefet partisini eleştirmek ve kamuoyu önünde zor durumda bırakmak olduğunu düşünebiliriz. Aynı zamanda suçlanan rektörün daha önceden politik sayılabilecek önemli görevlerde bulunmuş olmasını ve bu görevlere şu anda muhalefette olan parti iktidardayken seçilmiş olması eleştirilere politik bir durum katıyor.

Bunun yanında ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı somut objektif bir veri. Bu hususu Strasbourg hâkimleri de kabul ediyor ve bunun politik bir tartışma konusu olabileceğini belirtiyorlar (§34). Ancak, bu tartışmanın içeriğini AİHM çok katı bir şekilde sadece objektif bir şekilde ilgilinin ilk derece mahkemesince mahkûmiyetinin belirtilmesiyle sınırlıyor (§42).

Ruokanen ve diğerleri Finlandiya'ya karşı kararında ise bu kez medyatik ifade özgürlüğünün eleştiriye açık bir şekilde daraltıldığını görüyoruz (AİHM, 6 Nisan 2010).

Bu olayda cezai yaptırımların ağırlığı ve katılımı AİHM'ce görülse de AİHM'in ifade özgürlüğünün ihlali kararını vermesine yetmiyor. AİHM cezanın basın özgürlüğü önünde basın özgürlüğünü tehdit edici caydırıcı (etki) bir engel teşkil etmediğini bu bakımdan halkın kamu yararı taşıyan konularda bilgilenme hakkına engel teşkil etmediğini belirtiyor (§ 51).

AİHM'in bu davada Finlandiya'yı 10. maddeyi ihlalden cezalandırmayı reddetmesi önceki katı içtihadıyla çelişiyor. AİHM başkanı hâkim

Bratza karşıt görüşünde gazeteciden spor takımı nezdinde makaleyi yazmadan doğrulama beklemesi gazetecilere bir iftira davası sırasında çok ağır bir delil yükümlülüğü yükleyeceğini belirtiyor ve ekliyor: “*Dabası bu delil yükümlülüğü tam anlamıyla kaynakların ve gizli şahitlerin kimlikleri açıklanmadan tatmin edilemez*” (§ 6 karşıt görüş). Oysaki yukarıda da belirttiğimiz gibi AİHM’in artık oturmuş içtihadı gazeteciye böyle bir yükümlülük yüklenemeyeceği yönünde.

2) İfade özgürlüğünü genişleten yeni kararlar

Bu kararları kimilerimiz AİHM’in ifade özgürlüğüne tanıdığı korumayı daraltmasıyla anlamlandırabilirler. Fakat bu AİHM’in aynı tarihlerde verdiği diğer kararlarında niçin ifade özgürlüğüne daha geniş bir koruma sağladığını açıklamaz. AİHM’in son kararlarına göz attığımızda buna örnek olarak sendikal ifade özgürlüğünü genişlettiği Vellutini ve Michel Fransa’ya karşı kararını (AİHM, 5. Daire, 6 Ekim 2011, No:32820/09) haber kaynaklarının gizliliğinin korunmasını arttırdığı Sanoma Uitgevers B.V. Hollanda’ya karşı kararını (AİHM, Büyük daire 14 Eylül 2010, No:38224/03), internet basınıni koruduğu Pravoye Delo redaksiyon komitesi ve Shtekel Ukrayna’ya karşı (AİHM, 5. Daire, 5 Mayıs 2011, No:33014/05) kararını, bir devlet başkanını veya kralı korumak adına ifade özgürlüğünün özel bir şekilde kısıtlanamayacağını belirttiği Otegi Mondragon İspanya’ya karşı (AİHM 3. Daire, 15 Mart 2011, No:2034/07) ve en son Türkiye’yle ilgili olarak 301. maddenin varlığının tek başına *in abstracto* sözleşmeye aykırı olduğunu belirttiği Altuğ Taner Akçam Türkiye’ye karşı kararını (AİHM, 2. Daire 25 Ekim 2011, No:27520/07) diğer birçok kararlarının içinde en göze çarpanlar olarak gösterebiliriz.

Bu son belirttiğimiz dava sadece Türkiye’yi doğrudan ilgilendirdiği için değil aynı zamanda AİHM’in caydırıcı etki kavramını kullanım şekli bakımından da çok önemli bir dava. Bundan sonra AİHM önünde inanan ve gerçeklik akışkanlığını işleyen davaları daha sık görebiliriz.

Daha özel olarak bizim işlediğimiz davalara benzer davalara bakarsak yine AİHM’in farklı kararlar verdiğini görüyoruz.

Bir belediye meclis üyesinin belediye başkanına getirdiği sert usulsüzlük eleştirilerini (AİHM, 20 Nisan 2010, Cârlan/Romanya,

No:34828/02) bir dernek başkanının belediye ve belediye başkanına yönelttiği alaycı hakaretlerini ve yolsuzluk suçlamalarını (AİHM, 25 Şubat 2010, Renaud/Fransa, No:13290/07) gazetecilerin dikkatsiz yolsuzluk suçlamalarını (Bozhkov/Bulgaristan, No:3316/04 ve Kasabova/Bulgaristan No:22385/03 davaları, AİHM, 4. Daire 19 Nisan 2011) koruduğu davaları ve bir belediye meclisi üyesinin belediyenin mali yönetimiyle ilgili kara para aklamaya varan suçlamalarını politik tartışmanın bir parçası kabul ettiği Kubaszewski Polonya'ya karşı davasını (AİHM, 4. Daire 2 Şubat 2010, No:571/04) göz önüne alırsak ifade özgürlüğünün korunmasında genel bir azalma olmadığını gözlemleyebiliriz.

B) AİHM ÖNÜNDE MASUMİYET KARİNESİNİN SAVUNULMASI

1) AİHM'in ayrıştırıcı tutumu

AİHM'in incelediğimiz ifade özgürlüğünü daraltan davalarında suçlamalar, bir yargılama sırasında, yargılama öncesinde veya yargılama talebiyle gelmektedirler. Örnek olarak gösterdiğimiz diğer ifade özgürlüğünü koruyan hatta sınırlarını geliştiren davalaradaysa bir yargılamanın söz konusu olmadığını görüyoruz.

İlgililer ifade özgürlüğünün sınırlarını çeken sözleşmenin 10. maddesi üzerinden bir koruma aramakta ve iftira suçlamasına yönelmektedirler. Oysa bugün de ifade özgürlüğünün genel prensibi bakımından bir kişinin suçlanması, suçlamasının veya iyi niyetinin ispatını sunanlara açık. Oysa bir cezai muhakemeye tabi olan kişiler çok daha katı bir şekilde korunuyorlar.¹

2) Masumiyet Karinesi: bağımsız ve ayrı bir hak

Bu noktada kişilik haklarının ihlal edilmesine veya iftiraya karşı sağlanan başvuru haklarından ayrı bir şekilde bu haklarla birlikte ve daha önemlisi bağımsız bir şekilde kullanılabilinecek masumiyet karinesi hakkına özel bir başvuru hakkı istendiğinin altını çizmeliyiz. Konostas Yunanistan'a karşı kararında (AİHM, 1. Daire, 24 Mayıs 2011) Yunanistan'ın 13. madde ihlaline bu yüzden karar verildiğini daha önce belirtmiştik. Bilindiği gibi masumiyet karinesi iftiradan ayrı ve ba-

¹ Henri LECLERC, "La présomption d'innocence et la procédure pénale", Frédéric-Jérôme PANSIER, "Le juge et l'innocence".

ğimsız bir kavramdır (TGI Paris, 11 Mart 1998) ve masumiyet karinesinin ihlali ihlalin yapıldığı an gerçekleşir ve daha sonra gelecek bir mahkûmiyet kararıyla ortadan kalkmaz (TGI Paris, 5 Ocak 1994). Masumiyet karinesinden faydalanmak için suçsuz olmaya, iftiraya uğramış olmaya, kişinin saygınlığına ya da özel hayatına bir müdahalede bulunulmasına gerek yoktur. Bu bakımdan masumiyet karinesinin korunması talebine karşı *exceptio veritatis*'e gidilmesi iftira suçlamasındaki etkiyi göstermeyecektir çünkü kişinin masumiyetine karar verecek tek organ mahkemelerdir ve masumiyet karinesi ancak hükmün kesinleşmesiyle kalkar. Masumiyet karinesinin en temel işlevi ise zaten bu kararın etkilerden uzak, hukuka uygun olarak alınabilmesidir. Hatta kişinin suçluluğuyla ilgili ana bir dava varken *exceptio veritatis* için ayrı bir karar verilmesinin masumiyet karinesine ve yargı tarafsızlığına aykırı olacağı düşünülebilir. Konuyla ilgili başka ilginç bir değerlendirmeyse mahkeme önünde suçluluğunu kabul eden kişilerin bile masumiyet karinelerinin korunmasını talep edebilecekleridir. Bu görüşün de dayanağı yine sadece mahkemelerin suçluluğa karar verebilecekleri prensibidir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi AİHM adli bir sürece maruz kalmış veya maruz kalma ihtimali doğmuş kişilerin mağduriyetlerine daha hassas davranmakta, kişilerin sadece özel hayatlarıyla ilgili hukuki olmayan yalnızca ahlaki yargılar yaratan haberlerde ise ifade özgürlüğüne sağladığı koruma ağır basmaktadır. Bu bakımdan ilgililerin AİHM'e masumiyet karinesinin ihlali iddiasıyla başvurmaları çok daha güvenli olacaktır. Eğer ülkemizde bu hukuk yolunun kullanılmaya çalışılması yaygınlaşırsa AİHM önünde 6-2. maddesinin yanında 13. madde ihlallerinin de neredeyse otomatik olarak kabul edileceği düşünülebilir. Bu durumda Türk hukuk sisteminde de masumiyet karinesini korumaya özgü Fransa'daki Guigou yasası² adıyla bilinen masumiyet karinesini koruma yasasının bir benzerine ihtiyaç duyulacağı öngörülebilir.

2 "Loi No:2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes".

OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRMEYE İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Av. Cansu Ortanca*

Özet

Bazı hallerde haksız tahrik koşulları altında kasten insan öldürme suçunun mu işlendiği, yoksa meşru savunma koşulları içindeyken 'mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş' meşru savunma sınırının aşılması halinin bulunması sebebiyle ceza sorumluluğun ortadan kalkması mı gerektiği hususunda bir hukuki problem ortaya çıkmaktadır.

Somut olayda sanığın, kendisinin ve yanında bulunan eşi ile üç çocuğunun vücut bütünlüğüne yönelmiş haksız bir saldırıya maruz kalması üzerine maktulü öldürmesi söz konusu olup incelenmiş olan Yargıtay Kararı bu hukuki sorunun çözümüne yöneliktir.

Anahtar Kelimeler

Haksız tahrik, Kasten insan öldürme, meşru savunma, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller, mazur görülebilecek heyecan, korku, telaş.

Abstract

In some cases, it is not easy to determine whether the alleged crime falls within the scope of voluntary manslaughter due to unjust provocation or the limit for self-defence has been exceeded due to reasonable excitement, fear or panic which rules out the criminal responsibility.

Our study relies on a decision of the Court of Cassation which tries to solve this legal dilemma in a case where the accused killed the victim because of an offence through the corporal integrity of his wife and three children.

Keywords

Unjust provocation, voluntary manslaughter, self-defence, criminal responsibility, reasonable excitement, fear, panic.

* İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

İncelenen Karar

**T.C. YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ E. 2010/939 K. 2011/4508
T. 14.7.2011**

A.'yı olası kastla kasten öldürmekten sanığın yapılan yargılanması sonunda, Hükümlülüğüne ilişkin (... Ağır Ceza Mahkemesi)'nden verilen 18.05.2009 gün ve 194/148 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii ile müdahiller vekili taraflarından istenilmiş, sanık müdafii duruşma da talep etmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Dairemize gönderilmekle, kararda açıklanan nedenle duruşmasız, müdahillerin temyizi üzerine incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi:

1- Sanık hakkında hükmolunan ceza süresi dikkate alındığında, sanık müdafinin duruşmalı inceleme isteminin CMUK'nın 318. maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir.

2- 09.11.2005 günü saat 12.00 sularında Ş... ilçesi C... caddesinde bulunan Ö... pasajında patlatılan bomba nedeniyle bir kişinin ölüp, bir kişinin de yaralandığı, bu olayın şüphelisi olarak düşünülen, sivil araçla ve kıyafetle orada bulunan iki askeri görevlinin olayın hemen sonrasında yöre halkı tarafından yakalanıp, araçlarına, silahlarına ve diğer eşyalarına el konulduğu, bombalama eylemi nedeniyle olay yerinde kalabalık insan gruplarının oluştuğu, bu grupların bombalama eylemini bahane ederek kamu binalarına saldırıda buldukları, bazı araçları yaktıkları, yolların bir kısmını ağaç direklerle bariyer yapmak suretiyle kapatıp, direkleri, lastik ve benzeri eşyaları yaktıkları, ilçede meydana gelen bu eylemden güvenlik güçlerini sorumlu tuttıkları, güvenliği sağlamaya çalışan kolluk kuvvetlerine mukavemet gösterdikleri, şüpheli olduklarını düşündükleri iki askeri görevli ile araçlarında bulunan silahlar ve diğer eşyalarını güvenlik kuvvetlerine teslim etmedikleri, el koydukları aracı yaktıkları, bunun üzerine halkın mukavemetini güç kullanarak kırmayı başaran güvenlik kuvvetlerinin, iki askeri görevliyi kalabalıktan kurtararak İlçe Emniyet Müdürlüğüne götürmedikleri, başkaca olay yeri tespiti, delil toplanması ve güvenliğin sağlanması işlemi yapmadan olay yerinden ayrılmak zorunda kaldıkları, bu arada kalabalık insan gruplarının sayılarının zaman ilerledikçe arttığı, ilçede güvenlik zafiyetinin oluştuğu, saat 16.30 sularında ilçede görevli Cumhuriyet Savcısı tarafından söz konusu araç üzerinde delil toplanması

amacıyla keşif yapılmasına karar verilip, heyet halinde olay yerine gidildiği, keşif yerine 60-70 metre uzaklıkta yine kalabalık bir insan grubunun cadde üzerinde beklemeye, ateş yakmaya devam ettikleri, mevsim ve coğrafi şartlar itibariyle havanın iyice kararmış olduğu, tanık olarak dinlenen Cumhuriyet Savcısı'nın anlatımına göre; keşfi bekleyen grubun bulunduğu yerden kimliği belirlenemeyen kişilerce uzun namlulu silahlarla havaya ateş açıldığı, hatta keşif heyetinin hemen yakınında bulunan ve yöre halkından olan Emin isimli şahsın, keşif yapılan araç içerisinde bulunan uzun namlulu silahı alarak şarjörünü taktığı ve kurma kolunu çekip, Cumhuriyet Savcısına ve yanındakilere doğrulttuğu, ancak keşif yerinde bulunan diğer kişilerce zor kullanılarak engel olunduğu, keşfin güvenlik sebebiyle yapılamaz duruma geldiği, bu sırada yaşanan olaylardan haberdar olmayan, Ş... ilçesi Dağ ve Komando Taburunda piyade uzman çavuş olarak görev yapmakta olan sanığın, bu olaydan bir gün önce idari izinli olarak, eşinin sağlık sorunları nedeniyle gittiği V... ilinden yanında eşi, beş, sekiz ve on yaşında olan üç çocukları olduğu halde, kendisine ait 42 plaka sayılı otomobille ilçeye döndüğü, ilçe girişinde gruplar halinde, yüzleri maskeli olan kişileri gördükleri, yolların direklerle kısmen kapatılmış, tekerleklerin yol ortasında yakılmış olduklarını görüp, endişelendikleri, bir yandan da ne olup bittiğini anlamaya çalıştıkları, bir fırsatını bulup, kısmen kapalı olan yolların bir bölümünü geçtikleri, kalabalığın bir kısmının otomobilin arkasında kaldığı, sanığın, aracının plakasının yabancı olması nedeniyle halk tarafından önceki olayla bağlantısı olduğunun düşünülebileceğinden endişe duyarak, aracının ön uzun farlarını kullandığı, ancak arkada kalan grupça aracın plakasının görülüp, sanığın güvenlik kuvveti mensubu olduğunun fark edildiği, önde bulunan gruba önceki yaşanan olayların etkisiyle “bu polis, durdurun, yakın yakın arabayı” diyerek bağırdıkları, bunun üzerine öndeki grubun sanığın bulunduğu araca yaklaşıp, arkadaki grupla birlikte aracı çember içerisine aldıkları, sanığın etrafını saran gruba “ben polis değilim, yapmayın” demesine karşın grubun ikna olmayarak ellerine geçirdikleri taş ve sopalarla araca vurdukları, tekme attıkları, aracı salladıkları, vurma sonucu aracın arka ve sol yan camının kırıldığı, aracın ilerleyemez olduğu, bir yandan da kalabalığın bulunduğu yerden silah seslerinin yükseldiği, araç içerisinde bulunan sanık ve ailesinin saldırı nedeniyle korktukları, aracın arka bölümünde oturan yaşı küçük çocukların, “baba biz ölmek

istemiyoruz” diye bağırdukları, kalabalık gruptan bazı kimselerin, kırılan camlardan ellerini araca sokup, sanık ve beraberindekileri çekiştirdikleri, sanık ve eşinin çaresiz şekilde birbirlerine ne yapılması gerektiğini sordukları, sanığın, sol eline aldığı tabanca ile elini açık olan sol ön camdan dışarı çıkararak herhangi bir hedef gözetmeksizin rastgele ateş etmeye başladığı, aynı zamanda kalabalığın arasından sağ eliyle kullandığı aracıyla ilerlediği, bu atışlar sırasında kalabalık içerisinde bulunan maktulün sağ spina illiaka ve sol ön kolundan isabet aldığı, sağ spina illiakadan aldığı isabet sonucu yaşamını yitirdiği, kalabalık içinde bulunan dört kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde, bir kişinin de TCK'nın 86/1. maddesi kapsamında kalacak şekilde yaralandıkları, maktul ve mağdurların vurulma sırasında buldukları yerlerin bile saptanamadığı, sanığın, tabancasıyla ateşi sonucu kısmen dağılan grubun içerisinde aracıyla hızla uzaklaşarak görev yaptığı tabur lojmanına gidebildiği olayda;

Sanığın, kendisinin ve yanında bulunan eşi ile üç çocuğunun vücut bütünlüğüne yönelmiş, gerçekleşen haksız bir saldırıyı meşru savunma koşulları içinde, ancak içine düştüğü heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunma sınırını aşarak maktulü öldürdüğü anlaşıldığı halde; TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK'nın 81, 21/2, 29, 62. maddeleri ile hüküm kurulması,

SONUÇ : Bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (BOZULMASINA), 14.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I- OLAY ÖZETİ

09.11.2005 günü saat 12.00 sularında Ş... ilçesi C... caddesinde bulunan Ö... pasajında patlatılan bomba nedeniyle bir kişi ölmüş, bir kişi de yaralanmıştır. Bu olayın şüphelisi olarak düşünülen, sivil araçla ve kıyafetle orada bulunan iki askeri görevli, olayın hemen ardından yöre halkı tarafından yakalanmış, araçlarına, silahlarına ve diğer eşyalarına el konulmuştur. Bombalama eylemi nedeniyle olay yerinde kalabalık insan grupları oluşmuş, bu gruplar, bombalama eylemini bahane ede-

rek kamu binalarına saldırıda bulunmuşlar, bazı araçları yakmışlar, yolların bir kısmını ağaç direklerle bariyer yapmak suretiyle kapatıp, direkleri, lastik ve benzeri eşyaları yakmışlardır. İlçede meydana gelen bu eylemden güvenlik güçlerini sorumlu tuttukları için, güvenliği sağlamaya çalışan kolluk kuvvetlerine de mukavemet göstermişler, şüpheli olduklarını düşündükleri iki askeri görevli ile araçlarında bulunan silahlar ve diğer eşyaları güvenlik kuvvetlerine teslim etmemişler, el koydukları aracı yakmışlardır. Bunun üzerine, halkın mukavemetini güç kullanarak kırmayı başaran güvenlik kuvvetleri, iki askeri görevliyi kalabalıktan kurtararak İlçe Emniyet Müdürlüğüne götürebilmişler, başkaca olay yeri tespiti, delil toplanması ve güvenliğin sağlanması işlemi yapamadan olay yerinden ayrılmak zorunda kalmışlardır. Bu arada kalabalık insan gruplarının sayısı zaman ilerledikçe artmış, ilçede güvenlik zafiyeti oluşmuştur. Saat 16.30 sularında ilçede görevli Cumhuriyet Savcısı tarafından söz konusu araç üzerinde delil toplanması amacıyla keşif yapılmasına karar verilmiş, heyet halinde olay yerine gidilmiştir. Keşif yerine 60-70 metre uzaklıkta yine kalabalık bir insan grubu cadde üzerinde beklemeye ve ateş yakmaya devam etmiştir. Mevsim ve coğrafi şartlar itibariyle havanın iyice kararmış olduğu, tanık olarak dinlenen Cumhuriyet Savcısının anlatımına göre; keşfi bekleyen grubun bulunduğu yerden kimliği belirlenemeyen kişilerce uzun namlulu silahlarla havaya ateş açıldığı, hatta keşif heyetinin hemen yakınında bulunan ve yöre halkından olan Emin isimli şahsın, keşif yapılan araç içerisinde bulunan uzun namlulu silahı alarak şarjörünü taktığı ve kurma kolunu çekip, Cumhuriyet Savcısına ve yanındakilere doğrulttuğu, ancak keşif yerinde bulunan diğer kişilerce zor kullanılarak engel olunduğu, keşfin güvenlik sebebiyle yapılamaz duruma geldiği anlaşılmıştır.

Bu sırada, yaşanan olaylardan haberdar olmayan, Şemdinli Üçüncü Dağ ve Komanda Taburunda piyade uzman çavuş olarak görev yapmakta olan sanık, bu olaydan bir gün önce idari izinli olarak, eşinin sağlık sorunları nedeniyle gittiği Van ilinden yanında eşi, beş, sekiz ve on yaşında olan üç çocukları olduğu halde, kendisine ait 42 plakalı otomobille ilçeye dönerken, ilçe girişinde gruplar halinde, yüzleri maskeli olan kişileri görmüşlerdir. Yolların direklerle kısmen kapatılmış, tekerleklerin yol ortasında yakılmış olduklarını görüp, endişelenmişlerdir. Bir yandan da ne olup bittiğini anlamaya çalışmışlar, bir fırsatını bulup, kısmen kapalı olan yolların bir bölümünü geçmişlerdir,

Kalabalığın bir kısmı otomobilin arkasında kalmıştır. Sanık, aracının plakasının yabancı olması nedeniyle halk tarafından önceki olayla bağlantısı olduğunun düşünülebileceğinden endişe duyarak, aracının ön uzun farlarını kullanmış, ancak arkada kalan grupça aracın plakası görülmüş ve sanığın güvenlik kuvveti mensubu olduğu fark edilmiştir. Bunun üzerine, önde bulunan gruba önceki yaşanan olayların etkisiyle “bu polis, durdurun, yakın arabayı” diyerek bağırmışlardır. Öndeki grup sanığın bulunduğu araca yaklaşmış, arkadaki grupla birlikte aracı çember içerisine almıştır. Sanığın, etrafını saran gruba “ben polis değilim, yapmayın” demesine karşın gruptaki kişiler ikna olmayarak ellerine geçirdikleri taş ve sopalarla araca vurmuşlar, tekme atmışlar, aracı sallamışlardır. Vurma sonucu aracın arka ve sol yan camının kırıldığı, aracın ilerleyemez olduğu tespit edilmiştir. Bir yandan da kalabalığın bulunduğu yerden silah sesleri yükselmiş, araç içerisinde bulunan sanık ve ailesi saldırı nedeniyle korkmuşlardır. Aracın arka bölümünde oturan yaşlı küçük çocuklar, “baba biz ölmek istemiyoruz” diye bağırmışlar, kalabalık gruptan bazı kimseler, kırılan camlardan ellerini araca sokup, sanık ve beraberindekileri çekiştirmişlerdir. Sanık ve eşi, çaresiz şekilde birbirlerine ne yapılması gerektiğini sormuşlar, sanık, sol eline aldığı tabanca ile elini açık olan sol ön camdan dışarı çıkararak herhangi bir hedef gözetmeksizin rastgele ateş etmeye başlamıştır. Aynı zamanda kalabalığın arasından sağ eliyle kullandığı aracıyla ilerlemiştir. Bu atışlar sırasında kalabalık içerisinde bulunan maktul, sağ spina illiaka ve sol ön kolundan isabet almış, sağ spina illiakadan aldığı isabet sonucu yaşamını yitirmiş, kalabalık içinde bulunan dört kişi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde, bir kişi de TCK'nın 86/1 maddesi kapsamında kalacak şekilde yaralanmışlardır. Maktul ve mağdurların vurulma sırasında buldukları yerler dahi saptanamamış, sanık, tabancasıyla ateşi sonucu kısmen dağılan grubun içerisinden aracıyla hızla uzaklaşarak görev yaptığı tabur lojmanına gidebilmiştir.

II- HUKUKİ MESELE

Yargılamaya konu olayda; sanığın, kendisinin ve yanında bulunan eşi ile üç çocuğunun vücut bütünlüğüne yönelmiş haksız bir saldırıya maruz kalması üzerine maktülü öldürdüğü olayda; sanığın haksız tahrik koşulları altında kasten insan öldürme suçunu mu işlediği, yoksa meşru savunma koşulları içindeyken ‘mazur görülebilecek bir heyecan,

koru veya telaştan ileri gelmiş' meşru savunma sınırının aşılması halinin bulunması sebebiyle ceza sorumluluğun ortadan kalkması mı gerektiği hususunda bir hukuki problem mevcuttur.

III- HUKUK KAYNAKLARI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 81/1: Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 29/1: Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

Madde 25/1: Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Madde 27: Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Madde 223/3-c: Sanık hakkında; (...) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (...) Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

Madde 223 - (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükmüdür.

(2) Beraat kararı; (...)

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, (...) hallerinde verilir.

IV- MERCİ GÖRÜŞLERİ

1) Yerel Mahkeme (... Ağır Ceza Mahkemesi)

... Ağır Ceza Mahkemesi, sanık Tanju hakkında olası kastla kasten insan öldürmekten yapılan yargılama sonunda, 18. 05. 2009 gün ve 194/148 sayılı hükmü vermiştir. Buna göre; sanığın, kendisinin ve ailesinin hayatına yönelmiş saldırıları bertaraf etmek amacıyla rastgele ateş açması sonucu maktul A'nın ölümüne sebebiyet vermiş olmasını; TCK m. 81'de düzenlenmiş kasten insan öldürme suçunu TCK m. 21/2 'ye göre olası kast ile işlemiş olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme, olayda sanığın ve aile fertlerinin hayatına yönelik olarak ortaya çıkmış tehditleri TCK m. 29' a göre 'haksız tahrik' olarak nitelendirmiştir. Buna göre sanık; "haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında" suç işlemiştir. Bunun sonucunda mahkeme, kanunda öngörülen ceza üzerinden 'haksız tahrik' indirimi uygulayarak sanık Tanju'nun mahkûmiyetine hükmetmiştir.

2) Temyiz Mercii (Yargıtay 1. Ceza Dairesi)

Yerel mahkemenin, yargılamaya konu olay hakkında verdiği kararı, hem sanığın hem de katılanın temyiz etmesi üzerine Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından temyiz incelemesi yapılmıştır. Daire, yaptığı değerlendirme sonucu verdiği hükümde; "Sanığın, kendisinin ve yanında bulunan eşi ile üç çocuğunun vücut bütünlüğüne yönelmiş, gerçekleşen haksız bir saldırıyı meşru savunma koşulları içinde, ancak içine düştüğü heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunma sınırını aşarak maktülü öldürdüğü anlaşıldığı halde; TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK'nın 81, 21/2, 29, 62. maddeleri ile hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (BOZULMASINA), 14.07.2011 tarihinde oybirliğiyle" karar vermiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, vermiş olduğu kararda, Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin sanık hakkındaki mahkumiyet hükmünü yerinde görmemiş, yargılamaya konu olayın gelişimini ve ortaya çıkan şartları değerlendirerek, ortada bir ‘haksız tahrik’ halinin değil; ‘meşru müdafaa’ halinin bulunduğunu, sanığın fiilinin meşru müdafaa sınırını aşar nitelikte olduğunu, fakat meşru müdafaaada sınırın aşılması bakımından ‘meşru savunmada sanığın heyecan, korku ve telaş içine düşmüş olması’nın TCK m. 27/2’de açıkça ceza sorumluluğunun ortadan kalkması sebebi olarak sayılması nedeniyle sanığa ceza verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, sanık Tanju’ya, söz konusu hukuka uygunluk sebebi nedeniyle ceza verilmemesi gerekirken yerel mahkemece mahkumiyet hükmü kurulmasını yerinde bulmamış ve ‘bozma’ kararı vermiştir.

IV- DEĞERLENDİRME

Yargılamaya konu olaydaki hukuki problemlerin çözümü için öncelikle ‘meşru müdafaa’ halinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Nitekim yerel mahkeme olayda ‘meşru müdafaa’ halinin mevcut olmadığı kanaatine varıp mahkumiyet hükmü vererek ‘haksız tahrik’ hükümlerini uygularken; temyiz mercii meşru müdafaa’ halini tespit etmiş ve bir ‘sınırı aşma’ durumu bulunduğuna karar vermiştir. Olayda meşru müdafaa halinin tespit edilmesi durumunda ikinci olarak ‘meşru müdafaaada sınırın aşılması’nın söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerekecektir. Meşru müdafaaada sınırın aşılması halinin tespit edilmesi halinde ise; bu halin TCK m. 27/2 ye göre ‘sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş’ olup olmadığının belirlenerek sanığa ceza verilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir kanaate varmak gerekecektir.

1) Meşru Müdafaa Hali ve Koşulları

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “*Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” bölüm başlığı altında düzenlenen 25. maddeye göre; “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”

Meşru müdafaa, bir kimsenin ağır ve haksız bir tecavüzü, kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacı ile gösterdiği zorunlu tepkidir. Kendi veya başkasının şahsında haksız bir saldırıya uğradığı için mukabelede bulunan kimse, saldırıyı uzaklaştırmak amacı ile veya uzaklaştırmaya yetecek ölçü ve oranda kuvvet kullanmakta, başka şekilde korunamayacak bir hakkı bizzat korumaktadır.¹

Hem meşru müdafaa kavramının tanımı hem de kanun hükmünün düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, meşru müdafaa'nın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin birtakım şartların bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Saldırıya ilişkin şartlar; *saldırının haksız olması, saldırının bir hakka yönelik olması ve saldırının balen mevcut olmasıdır*. Savunmaya ilişkin şartlar ise; *savunmada zorunluluk bulunması, savunma hareketinin saldırıyı yapana yönelmesi, savunma ile saldırı arasında oranın bulunmasıdır*.

Saldırının haksız olması; saldırı niteliği taşıyan fiilin mutlaka suç olması anlamına gelmez; burada önemli olan saldırının hukuka aykırı bir fiil olmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması kapsamına giren davranışlar da haksız saldırı olarak kabul edilir.² Yargılamaya konu olayda, olayın meydana geldiği ve güvenlik zafiyetinin söz konusu olduğu ilçede yaşanan olaylar nedeniyle öfkeli bir grup, o olaylara dahil olduğu düşüncesi ile sanığın ve ailesinin bulunduğu aracın önünü kesmişlerdir. Ardından araca yaklaşır, aracı çember içine almışlardır. Sanığın, etrafını saran gruba “ben polis değilim, yapmayın” demesine karşın gruptaki kişiler ikna olmayarak taş ve sopalarla araca vurmuşlar, tekme atmışlar, aracı sallamışlardır. Vurma sonucu aracın arka ve sol yan camının kırıldığı, aracın ilerleyemez olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca aracın kırılan camından içeri müdahale ederek, sanığın çocuklarını çekiştirmişlerdir. Bir yandan da kalabalığın bulunduğu yerden silah sesleri yükselmiştir. Söz konusu fiiller, birden çok hukuka aykırı fiil teşkil etmektedir. Bu durumda sanığın ve ailesinin, söz konusu grup tarafından haksız bir saldırıya maruz kaldığı açıktır. Dolayısıyla olayda, meşru müdafaa şartlarından ‘saldırının haksız olması’nın gerçekleşmiş olduğu söylenmelidir. Hem yerel mahkeme hem de Yargıtay, söz konusu olayda haksız bir saldırının var olduğunu kabul etmişlerdir.

1 DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım*, Cilt: II, 11. Bası, İstanbul, 1997, s. 97.

2 DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara, 2011, s. 266.

Saldırının bir hakka yönelik olması, TCK m. 25/1 in düzenlemesinde açıkça yer almaktadır. Buna göre; meşru müdafaa halinin söz konusu olabilmesi için saldırının ‘gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka’ yönelmiş olması gerekmektedir.³ Yargılamaya konu olayda, hem sanığın hem de aile fertlerinin yaşam haklarına ve vücut dokunulmazlıklarına karşı haksız bir saldırının mevcut olmasının yanı sıra, taş ve sopalarla araca zarar verilmesi de mülkiyet hakkını ihlal eder niteliktedir.

Saldırının halen mevcut olması ise; söz konusu saldırının savunma ile aynı anda; ‘hemzaman’ olması demektir.⁴ Saldırı başlamadan önce veya sona erdikten sonra yapılan hareketler, meşru müdafaa kapsamında kabul edilemeyeceklerdir. Mevcut olayda, sanığın bulunduğu aracın etrafı öfkeli grup tarafından sarılması, araca taş ve sopalarla vurulması, aracın sarsılması ve aracın içine müdahale edilirken, saldırının önüne geçemeyen sanığın araç camından rastgele ateş etmesi söz konusudur. Bu durumda, sanığın fiili, saldırı halen mevcutken gerçekleşmiştir.

Savunmada zorunluluk bulunması, saldırıya uğrayan kimsenin başka türlü hareket imkansızlığı içinde olmasını ifade eder. Savunmada bulunmaya mecbur olmaksızın saldırıyı uzaklaştırma imkanı buldukça, meşru müdafaa kabul edilemez.⁵ Yargılama konusu olayda, saldırıda bulunan grup tarafından araca vurulması, aracın sallanması, camların kırılması, aracın içine müdahale edilmesi ve aracın ilerleyemeyecek duruma gelmesinin yanı sıra, kalabalık grubun bulunduğu yerden silah sesleri de gelmiştir. Diğer aile bireylerinin de korku içinde bulunması üzerine, söz konusu saldırıdan kaçarak kurtulma imkanı kalmayan sanık, araç camından rastgele ateş ederek yolu açmaya ve aracıyla ilerleyebilmeye çalışmıştır. Dolayısıyla mevcut olayda, sanık bakımından savunmada zorunluluk olması şartının var olduğu görülmektedir.

3 5237 s. TCK'nun gerekçesinde; “Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir. Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

4 DÖNMEZER, ERMAN, a.g.e., s. 112..

5 DÖNMEZER, ERMAN, a.g.e., s. 115.

Savunmanın saldırıyı yapana yönelmesi, meşru müdafaa'nın en önemli şartlarından biridir. Eğer savunma saldırıyı yapana karşı olmazsa, meşru müdafaa halinden söz edilemeyecektir. Mevcut olayda, sanığa saldırıda bulunan bir grup kişidir. Sanık, saldırıyı bertaraf edebilmek için araçtan rastgele ateş etmiştir. Burada bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişi ya da kişilere karşı savunma fiilinin işlenmesi söz konusu değildir. Buna rağmen meşru müdafaa şartlarının oluştuğundan söz etmek mümkün olacak mıdır? Yargılama konusu olayda saldırının gerçekleştiği koşulları değerlendirdiğimizde, sanığın saldırıyı gerçekleştiren kişilerin kim olduğunu tespit edebilmesi mümkün gözükmemektedir. Olayın meydana geldiği ortamda bir grup kişi tarafından beraberce gerçekleştirilen birden çok saldırı hareketi sebebiyle, sanığın ve ailesinin müşkül durumda kalması söz konusudur. Saldırıyı başka türlü defedemeyen sanık, kendisine saldıran gruba rastgele ateş etmiştir. Burada saldırıda bulunan fail tek ve belli bir kişi olmadığı için sanığın da belirli kişi ya da kişilere ateş etmesi mümkün olamamış, fakat saldırgan gruba dahil kişileri hedef almıştır. Bu sebeple meşru müdafaa'da savunmanın saldırıyı yapana yönelmesi şartının gerçekleştiğini söylemek gerekir.

Savunma ile saldırı arasında oran bulunması şartı, iki açıdan incelenebilir; araç yönünden ve saldırıya uğrayan hak yönünden. Saldırı ve savunma arasında mevcut olması gereken oranın, kesin şekilde değerlendirilmesi doğru olmayıp, her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.⁶ Hem saldırı hem de savunma hareketinin niteliği, olayın gerçekleştiği ortam, tarafların fiziki ve düşünsel durumu gibi faktörlere göre değişecek, 'oranlılık' koşulunu da bu değişkenlere göre değerlendirmek gerekecektir. Yargılama konusu olayda sanık ve ailesi araçlarının içinde taşlı-sopalı saldırıya maruz kalmışlardır. Saldıran grubun bulunduğu yerden silah sesleri de gelmiştir. Sanığın araç ile hareket ederek kaçma imkanı bulunmamaktadır. Bu şartlar altında saldırının araç camından rastgele ateş edilerek bertaraf edilmeye çalışılması, 'oranlı' bir savunma hareketi olarak kabul edilebilecek midir? Olayda esasen sanık ve ailesi fiziksel olarak zarar görmemişler, fakat hayati tehlike ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu durumda sanık, tabanca ile araç camından rastgele ateş ederek, saldırgan gruba mensup kişilerin ölümüne sebebiyet vermeyi göze almıştır. Burada bir sınır aşımının mevcut olup olmadığını, TCK'nın 27. maddesi kapsamında ayrıca değerlendirmek yerinde olacaktır.

6 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 272.

Yargılamaya konu olayda meşru müdafaa halinin koşullarını tek tek değerlendirdiğimizde, kendisinin ve ailesinin yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelmiş haksız bir saldırı ile karşı karşıya kalan sanığın, bu saldırıyı bertaraf etmek amacı ile kaçma imkanının söz konusu olmadığı durumda, aracın camından rastgele ateş ederek olay yerinden uzaklaşmaya çalışması üzerine bir kişinin ölümüne, dört kişinin de yaralanmasında sebebiyet vermesi halinde, sanık bakımından ‘meşru müdafaa’ hukuka uygunluk sebebinin koşullarının oluştuğu görülmektedir. Mevcut olayda sanık ve ailesi açıkça hayati tehlike altındadır. Nitekim sanığın araçta bulunan eşi ve çocukları korkuya kapılmışlardır. Kendisinin ve ailesinin hayatından endişe eden sanığın, bulunduğu araca ve içindekilere yönelik haksız saldırı teşkil eden taşlı sopalı müdahaleyi -aracın içine müdahale edilerek çocukların çekiştirilmesi de söz konusuysen, aracın etrafı sarılmış olduğu için olay yerinden kaçarak kurtulma ihtimali bulunmazken⁷, uzaktan silah sesleri gelmesi ve ‘arabayı yakın’ talimatlarının da gelmiş olduğu düşünülürse- bertaraf etmek için hukuka aykırı bir fiil ile karşılık vermek zorunda kalmıştır. Dolayısıyla söz konusu olayda, meşru müdafaa halinin koşullarının bulunduğu düşünülmeyim.

2) Meşru Savunmada Sınırın Aşılması

TCK m. 27’de “1)Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur “ şeklinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması düzenlenmiştir.

Hukuka uygunluk sebebinden yararlanan kişinin, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kanuni sınırlarını aşması durumunda, artık failin davranışı hukuka aykırıdır ve buna ‘hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması’ denir.⁸

7 Kaldı ki Yargıtay içtihadına göre ‘yasal savunmada faile hiçbir zaman ve hiçbir durumda kaçma yükümlülüğü yüklenemez ve kaçıp kurtulması istenemez veya kaçma olasılığının var olup olmadığı asla gözetilemez’, YCGK, 10.10.1995-1-213/271, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006, s. 341.

8 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 311.

Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasının söz konusu olabilmesi için öncelikle bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanma şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁹ Yargılamaya konu olayda hukuka uygunluk sebeplerinden ‘meşru müdafaa’ halinin mevcut olduğunu tespit ettik. Bu durumda söz konusu olayda ‘meşru savunmada sınırının aşılması’nın söz konusu olup olmadığını değerlendirmek gerekecektir.

Bir hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması halinin mevcut olup olmadığını incelerken iki kriteri göz önünde bulundurmak gerekmektedir; ‘oran-araç yönünden sınırın aşılması’ ve ‘zamanda sınırın aşılması’.¹⁰

Zaman sınırının aşılması, savunma hareketinin saldırı sona erdikten sonra gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olmaktadır.¹¹ Yargılamaya esas teşkil eden olay bakımından meşru müdafaa koşullarını incelerken, ‘saldırının mevcut olması’ koşulunun gerçekleşmiş olduğunu ifade etmiştik. Söz konusu olay bakımından problem teşkil eden husus ‘oranda- araçta sınırın aşılması’ olduğundan, zaman sınırının aşılması hususuna bu başlık altında tekrar değinmeye gerek olmadığını düşünüyorum.

Oranda-araçta sınırın aşılması, bir hukuka aykırı saldırı esnasında, savunma hareketinin saldırıya göre aşırı olması durumlarında söz konusu olur. Bu durumda savunma hareketi saldırıya göre ölçüsüz kabul edilmektedir.¹² Nitekim Yargıtay kararlarına göre¹³ de örneğin; havaya atılacak bir uyarı ateşi ile saldırı uzaklaştırılabilecek iken, ölümcül etki yapacak şekilde saldırganın vurulmasında savunma sınırının aşıldığı kabul edilmektedir.¹⁴

9 YCGK. 4.5.1999, E. 1/65 K. 95; ‘...yasal savunma koşullarının oluşmadığı, bu nedenle savunma sınırının aşıldığından söz edilemeyeceği...’

10 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 312.

11 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 312.

12 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 312.

13 Y.CGK. 3.12.1984, E. 93 K. 402; ‘Mağdurun baltalı saldırısına uğrayan ve kendisine iki metreye kadar yaklaştığını gören sanığın, daha etkin ve üstün güce sahip tabancasını mağduru ayağına ve vücudunun öldürücü olmayan bölgelerine tevcih ederek ateş etme olanağına sahip olmasına rağmen, göğüs bölgesini hedef alarak dört el ateş etmesi, onun yasal savunma sınırını aştığını açık biçimde göstermektedir.’

14 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 312.

Yargıtay, yargılama konusu olayda, sanığın meşru müdafaa sınırını aşmış olduğunu, fakat bu sınır aşımının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş olduğuna hükmetmiştir. Başka bir deyişle sanığın, kendisinin ve beraberindekilerin maruz kaldığı saldırıya vermiş olduğu silahlı karşılığın, yapılan saldırının niteliğine göre ağır olduğunu, fakat bu sınır aşımının olayın koşullarına göre mazur görülebilecek bir panik hali sebebiyle meydana geldiğini söyleyerek cezalandırılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Sınırın aşılmasını somut olayın şartlarına göre değerlendirdiğimizde, sanığın araçtan rastgele ateş ederek ölüme ve yaralanmalara sebebiyet verdiği olayda, esasen saldırganlar tarafından sanığın kendisinin ve ailesinin vücut bütünlüğüne yahut yaşam hakkına verilmiş somut bir zarar bulunmamaktadır. Sanık ve beraberindekiler –araca verilen zarar dışında- somut bir zarara uğramamışlardır. Buna karşılık sanık, silahla ateş ederek maktulün ölümüne ve dört kişinin yaralanmasına sebep olmuştur. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin görüşü burada saldırı fiili ile sanık tarafından verilen karşılık bakımından orantısızlık olduğu yönündedir. Fakat olayın koşulları değerlendirildiğinde somut zarar mevcut olmasa da, sanık ve ailesinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü açıkça ağır bir tehdit altındadır. Aracın önü kesilmiştir ve sanık araç ile ilerleyemez haldedir. Sanığın içinde bulunduğu psikolojik durum ve olay yerinde söz konusu olan kaos hali göz önünde bulundurulduğunda; araç saldırgan grup tarafından sarılmışken ve taş ve sopalar ile araca vurulurken, uzaktan silah seslerinin geldiği ve gruptaki kişilerin 'yakın arabayı' şeklinde bağırdıkları da dikkate alınır, kendisini ve ailesini başka türlü savunma imkanı kalmamıştır.

Bu koşullar altında, sanığın korku ve panik içinde aracın camından elini çıkararak, görevi gereği kendisinde bulunan silah ile rastgele ateş ettiği olayda, sanığın, meşru müdafaa sınırları içinde kaldığı kanaatindeyim. Sanık, açıkça silahlı bir saldırıya maruz kalmamışken silahla karşılık vermiş gibi gözükse de, ortada silahlı saldırı tehdidinin mevcut olduğu açıktır. Bu durumda aracın içinde savunmasız kalmış sanığın başka bir şekilde kalabalığı dağıtma ve araçla uzaklaşma ihtimalinin bulunduğunu söylemek güçtür. Sanığın havaya ateş ederek söz konusu saldırıyı bertaraf etmesi mümkün görülebilirse de olayın meydana geliş koşullarını dikkate aldığımızda, sanığın olayın yaratmış olduğu korku

ve panik ortamında silahla nereye ateş ettiğini tayin edememiş olması da mümkündür. Bu noktada, temyiz merciinin görüşü gibi ‘sınırın aşılmasının mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş’tan ileri gelip gelmediğini incelemek yerinde olacaktır. Fakat tekrar belirtmek isterim ki kanaatimce, olayda sanık meşru müdafaa sınırlarını aşmamış, somut olayın meydana geldiği koşullarda ‘savunma’ fiilinin gereğini yapmış, ancak ölüme ve yaralanmalara sebep olmuştur.

3) Sınırın TCK m. 27/2 kapsamında aşılması

TCK m.27/2 “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi de verdiği kararda; yargılamaya konu olayda meşru müdafaa sınırının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelen bir sebeple aşıldığını ifade ederek, bu nedenle sanığın cezalandırılmaması gerektiğine karar vermiştir.

Hem kanuna hem de doktrine göre mücbir sebeple sınırın aşılması halinde fail, şaşkınlık, korku, veya panik gibi etkin heyecan içinde hareket etmektedir. Böyle bir ruhi karışıklık içinde hareket eden failin kusur yeteneğine sahip olamayacağı ve dolayısıyla da kusur isnat edilemeyeceğinden fail cezalandırılmaz.¹⁵

Yargıtay 11. Ceza Dairesi, somut olayda sanığın meşru müdafaa sınırını aştığını kabul etmiştir. Olayda sanığın, kendisine ve ailesine karşı meydana gelen saldırıya silahla verdiği karşılık sınırı aşar nitelikte görülmüş fakat söz konusu olayın koşulları değerlendirildiğinde bu fiilin mazur görülebilecek bir panik ve korku halinden ileri geldiği ifade edilmiştir. Gerçekten, daha önce de bahsettiğimiz üzere olay anında sanığın ve ailesinin yaşam tehlikesi ile karşı karşıya bulunduğu koşullar altında sanığın fiili, TCK m. 27/2 kapsamına girmektedir. Sanığın söz konusu durumda kusur yeteneği olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Temyiz mercii de bu durumu göz önüne alarak sanığın cezalandırılmaması gerektiğine hükmetmiştir.

15 DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 314.

V- SONUÇ

İncelediğimiz Yargıtay kararına esas teşkil eden olayda; Yerel mahkeme somut olayda meşru savunma şartlarının gerçekleşmemiş olduğuna, sanığın olası kastla insan öldürme suçunu işlediğine, fakat saldırgan grubun haksız tahrik niteliğindeki fiilleri göz önünde bulundurularak sanığın cezasından indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Temyiz mercii yerel mahkemenin verdiği bu kararı bozmuş ve olayda meşru müdafaa koşullarının gerçekleştiğine, fakat sanığın fiilinin meşru müdafaa sınırını aştığına, bu sınır aşımının da TCK m27/2 kapsamında mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelmesi sebebiyle cezalandırılmasına yer olmadığına hükmetmiştir.

Kanaatimce ise yargılamaya konu olayın koşullarını değerlendirdiğimizde; bahse konu olayın meydana geldiği ilçede, olayın öncesinde meydana gelmiş olan birtakım başka vakaların sebep olduğu kaos ortamı ve güvenlik zafiyeti bulunmaktadır. Bu ortama sebep olan grubun, bir önceki olayın etkisi ile güvenlik görevlisi olan kişilere karşı düşmanca bir davranış içinde oldukları görülmektedir. Yaşanan olaylarla ilgisi olmamasına rağmen, ailesinin de içinde bulunduğu araçla ilçeye girmek isteyen sanığın aracının plakasından kendisinin de güvenlik görevlisi olduğu anlaşıldığında aracın etrafı, söz konusu öfkeli grup tarafından sarılmıştır. Taş ve sopalarla araca vurulmuş, camı kırılmış, araç ilerleyemez hale getirilmiştir. Uzaktan silah sesleri duyulmuştur ve saldırgan grup ‘yakın arabayı’ diye bağırmaktadır. Üstelik aracın etrafını saran kişiler tarafından aracın içine müdahale edilerek sanığın çocukları çekiştirilmiş, söz konusu tehlike daha da somut hale gelmiştir. Bu koşullar altında hem sanığın hem de ailesinin korku ve panik halinde olmaları kaçınılmazdır. Sanığın kendisine ve beraberindekilere yapılan saldırıya karşı savunma haline geçmesi de mevcut halin bir gereğidir. Bu savunma, ortaya çıkan şartlar altında sanığın aracın camından elini çıkararak kalabalığa ateş etmesi ve bir kişinin ölümüne, dört kişinin de yaralanmasına sebebiyet vermesi şeklinde gerçekleşmiştir. Söz konusu koşullar göz önünde bulundurulursa, sanık ve ailesi açıkça bir hayati tehlike altındadırlar. Somut bir zarar henüz meydana gelmemişse de ağır bir tehlike hali mevcuttur. Sanığın araçtan ‘ben polis değilim’ diye bağırması etkili olmamış, öfkeli grubun saldırıları devam etmiştir. Kaldı ki sanık araç içinde olduğundan, fiziksel güçle karşılık verme im-

kanı da bulunmamaktadır. İkna etme girişimi başarısızken ve saldırı halihazırda devam ederken sanığın meşru savunmada bulunma gereksinimi ortaya çıkmıştır. Bu durumda sanık aracın camından rastgele ateş etmiştir. Olayda ortaya çıkmış olan ağır tehlike sebebiyle sanığın silahla ateş etme yolunu tercih etmesi değil; buna mecbur kalması halinin söz konusu olduğu düşüncesindeyim. Somut olayda, aracın etrafını saran saldırgan grup mensubu kişiler, aracı içine ellerini sokacak kadar yakinken havaya ateş etme ihtimalinin de söz konusu olmadığı değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, kanaatimce olaydaki meşru müdafaa halinde sınır aşımı hali mevcut değildir. Bu sebeple 11. Ceza Dairesi'nin yapmış olduğu TCK m. 27/2'ye göre mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş halinin söz konusu olup olmadığının incelenmesine gerek olmayıp, sanığın fiilinin meşru müdafaa sınırları içerisinde olduğu kabul edilerek TCK m. 25 kapsamına giren fiilin cezalandırılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin verdiği gibi CMK m. 223/3-c 'ye göre 'meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması' dolayısıyla 'cezalandırılmasına yer olmadığı kararı' değil; CMK m. 223/2-d gereğince 'yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması' sebebiyle 'beraat' kararı verilmesi gerektiği görüşümdedir.

İLETİŞİMİN TESPİTİ İLE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN CEZA YARGILAMASINDA HANGİ KOŞULLARDA DELİL OLARAK KULLANILABİLECEĞİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Stj. Av. Can Vodina*

Özet

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kurumunu düzenlemektedir. Bu kurum kullanılarak elde edilen kayıtların yargılamada nasıl değerlendirileceği bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar kanunda yazılı olan koşulların yerine getirilmesi halinde hukuka uygun bir dinleme kararının varlığından söz edilebilirse de, elde edilen kayıtların yargılamaya esas alınabilmesi adil yargılanma hakkı göz önüne alındığında bu kayıtların sanıklar tarafından da dinlenmesi halinde mümkün olacaktır.

İncelemede Yargıtay'ın söz konusu olaydaki hukuki sorunun çözümüne ilişkin olarak bu yollarla elde edilen kayıtların hangi aşamalar tamamlandıktan sonra karara esas alınması gerektiği yönündeki kararı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, hukuka uygun delil, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi.

Abstract

Article 135 of the Criminal Procedure Code regulates the determination, tapping and recording of communication. This results in the question of how to use the information acquired via article 135. Although it can be said that the decision to tap communication is lawful as long as it respects the conditions set forth in relevant the article, the use of this kind of evidence can be legitimate only if the accused could also have access to these records during the trial in terms of fair trial principles.

This article aims to review the decision of the Court of Cassation that evaluates the which steps should be followed in order to use the evidence acquired via the mentioned methods in criminal trials.

Keywords

The determination, tapping and recording of communication, lawful evidence, fair trial, equality of arms.

* İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

İncelenen Karar:

YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ E. 2011/86 K. 2011/4387 T. 5.5.2011

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan sanıklar (F), (V), (M), (Ç), (M.S) ve (Ç) hakkında ... Ağır Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonucu, 04.05.2010 tarihinde 2009/455 esas ve 2010/330 karar sayı ile kurulan mahkumiyet hükümlerinin sanıkların müdafileri ile sanıklar (F), (V), ve (Ç) tarafından temyiz edildiği, sanıklar (F) ve (V) müdafilerinin incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını istedikleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca sanıklar (M.), (M.S) ve (Ç) hakkındaki hükümlerinin onanması, sanıklar (F) ve (V) hakkındaki hükümlerin bozulması isteğini içeren tebliğname ekinde dava dosyasının 12.01.2011 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşıldı. Dosya sanık (F) hakkında duruşmalı, sanıklar (M), (M.S), (Ç) ve yöntemine uygun davetiye tebliğine rağmen müdafii duruşmaya gelmeyen sanık (V) yönünden duruşmasız olarak incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Hükme dayanak yapılan iletişim tespit tutanaklarının getirilerek sanıklara okunması ve gerektiğinde ses kayıtlarının dinletilerek diyetceklerinin sorulması, görüşmelerin kendilerine ait olmadığını belirtmeleri halinde ses örneklerinin alınması ve ses kayıtlarının sanıklara ait olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nde veya uzman bir kurum ya da kuruluşa ses analizi yaptırılarak rapor alınması; görüşmelerin sanıklara ait olduğunun belirlenmesi halinde ise her sanığın telefon konuşması ayrı ayrı irdelenip değerlendirilerek, hükme esas alınanların açıkça belirtilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı biçimde hüküm kurulması,

2- Sanıklar hakkında gün para cezası tayin edilirken, cezanın rakamla "6.000, yazı ile "dört bin" gün olarak belirlenmesi; yine TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması sırasında, sanıkların sadece kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından sınırlama getirildikten sonra ayrıca altsoy dışındakileri de kapsayacak biçimde koşullu salıverilme tarihine kadar TCK'nın 53/1-c maddesindeki haklardan yoksun bırakılmasına karar verilmesi suretiyle hükümün karıştırılması,

SONUÇ : Yasaya aykırı, sanıkların müdafileri ile sanıklar (F), (V) ve (Ç)'nin temyiz itirazları ile sanık (F) müdafinin duruşmadaki sözlü savunması bu nedenle yerinde olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin hükmün (BOZULMASINA), 05.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I- OLAYIN ÖZETİ

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2010/86 Esas ve 2011/4387 Karar sayılı ve 05.05.2011 tarihli kararına konu olan olayda yerel mahkeme sanıklar (F)., (V), ve (Ç)'nin 5237 sayılı TCK'nın 188. maddesinde düzenlenen uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkumiyetlerine karar vermiştir.

(...) Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 04.05.2010 tarihinde 2009/455 Esas 2010/330 Karar sayıları kurulan mahkumiyet hükmü sanıklar tarafından temyiz edilmiş ve 12.01.2011 tarihinde Yargıtay 10. Ceza Dairesinin önüne gelmiştir.

II- ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay 10. Ceza Dairesi yerel mahkeme tarafından “hükme dayanak yapılan iletişim tespit tutanaklarının getirtilerek sanıklara okunması ve gerektiğinde ses kayıtlarının dinletilerek diyeceklerinin sorulması, görüşmelerin kendilerine ait olmadığını belirtmeleri halinde ses örneklerinin alınması ve ses kayıtlarının sanıklara ait olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nde veya uzman bir kurum ya da kuruluşa ses analizi yaptırılarak rapor alınması; görüşmelerin sanıklara ait olduğunun belirlenmesi halinde ise her sanığın telefon konuşması ayrı ayrı irdelenip değerlendirilerek, hükme esas alınanların açıkça belirtilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı biçimde” hüküm kurulmuş olmasını usul ve yasaya aykırı bularak söz konusu mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Dolayısıyla olayda çözülmesi gereken hukuki sorun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması yolu ile elde edilen delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkindir.

III- MERCİLERİN ÇÖZÜMLERİ

Yerel mahkeme, hükmüne dayanak yaptığı iletişim tespit tutanaklarının sanıklara okunması, gerektiğinde ses kayıtlarının dinletilerek sanıklardan diyeceklerinin sorulması, sanıkların görüşmelerin kendilerine ait olmadıklarını beyan etmeleri karşısında ses örneklerinin alınması ve bu örneklerin Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi ya da başka uzman kurumlarca analiz edilmesi, kayıtların sanıklara ait çıkması halinde ise her sanığın telefon konuşmasının ayrı ayrı değerlendirilerek hükme esas alınanların açıkça belirtilmesi gibi hususları incelemeye almadan karar verme yoluna gitmiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise “Hükme dayanak yapılan iletişim tespit tutanaklarının getirtilerek sanıklara okunması ve gerektiğinde ses kayıtlarının dinletilerek diyeceklerinin sorulması, görüşmelerin kendilerine ait olmadığını belirtmeleri halinde ses örneklerinin alınması ve ses kayıtlarının sanıklara ait olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi’nde veya uzman bir kurum ya da kuruluşa ses analizi yaptırılarak rapor alınması; görüşmelerin sanıklara ait olduğunun belirlenmesi halinde ise her sanığın telefon konuşması ayrı ayrı irdelenip değerlendirilerek, hükme esas alınanların açıkça belirtilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı biçimde hüküm kurulması gerektiği görüşündedir.

IV- DEĞERLENDİRME

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümleri 135. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI

Madde 135 - (1) (Değişik cümle: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en

geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, ... mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, ... mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu Madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu Madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80),
 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),
 3. İşkence (Madde 94, 95),
 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (Madde 188),
7. Parada sahtecilik (Madde 197),
8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),
9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Fuhuş (Madde 227, fıkra 3),
10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235),
11. Rüşvet (Madde 252),
12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282),
13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315),
14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.

c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7) Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi Anayasa'nın 22. maddesi altında gizliliği güvence altına alınmış olan haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan bir ceza muhakemesi kurumudur.

Her ne kadar Anayasa'nın 22. maddesi haberleşmenin gizliliğini esas almakta ise de aynı maddenin ikinci fıkrası "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz." diyerek bir anlamda Ceza Muhakemesi Kanununda getirilen düzenlemenin habercisi konumuna geçmiştir.¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de haberleşme hakkına müdahale edilmesine yasayla öngörülmesi koşuluyla ve zorunlu olduğu ölçüde izin vermektedir.²

Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi düzenlenmiş olup aynı maddenin 4. fıkrasında da mobil telefonların yer tespiti amacıyla denetlemeye alınmış olması özel bir tedbir çeşidi olarak yer almaktadır.³

İletişimin denetlenmesi; kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesler veya diğer nitelikteki bilgileri kablo radyo veya diğer elektro manyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesini içermektedir.⁴

İletişimin tespiti; iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime yönelik arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade etmektedir.⁵

-
- 1 Köksal Bayraktar, Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2009, s. 85.
 - 2 Nur Centel, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, Cilt 1, s. 161.
 - 3 Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yorumu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2008, Cilt 1., s.539.
 - 4 Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 2007, s. 265. naklen Parlar/Hatipoğlu
 - 5 Parlar/Hatipoğlu, op.cit., s.540.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması; telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin işlemleri kapsamaktadır.⁶

Sinyal bilgisi ise; bir şebekede haberleşmenin iletimi ve faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir.⁷

Kaynağını Anayasada bulan bir özgürlüğe ilişkin bir müdahale teşkil etmesinin yanı sıra kişisel hak ve özgürlükleri de yakından etkileyen bir işlem olması sebebiyle iletişimin denetlenmesi, tespiti ve kayda alınması son derece sıkı şartlara bağlı tutulmuştur.

Bu şartlar irdelenecek olursa, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı, başka türlü delil elde etme olasılığının bulunmaması, dinleme kararının ancak şüpheli veya sanık hakkında verilebilir olması ve dinlemenin ancak belirli suçlar için mümkün olması gibi hallerin iletişimin denetlenmesi, tespiti ve kayda alınması için gerekli unsurlar olduğu görülecektir.

Kuvvetli şüphe, suçun işlenmesi ile ilgili olarak bir izlenimin varlığını, bu izlenimin basit bir şüpheden daha ağır bir nitelikte olmasını zorunlu kılmaktadır.⁸ Kovuşturma organlarının somut bir dayanak noktası olmayan varsayımları, genel yaşam deneyimlerin yanı sıra dedikodular, gerçekliği ortaya konulmamış söylentiler veya tahminler de denetleme kararının verilmesi için yeterli değildir.⁹

İletişimin denetlenmesi tedbirinin haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil eden niteliği, orantılılık ilkesinin somut bir görünümü olarak ikinci derecede uygulanabilirlik koşuluna yer verilmek suretiyle göz önüne alınmıştır. Bu koşul, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik sonralık ilişkisini ifade etmekte olup, bu tedbirler arasında bir karşılaştırma yapılmasını ve söz konusu tedbirlerden hangisi birey hak ve özgürlüklerine daha az müdahale ediyorsa o tedbirin uygulanmasını gerektirmektedir.¹⁰ Buradan da anlaşılacağı üzere iletişimi-

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Köksal Bayraktar, op.cit., s. 88.

9 Parlar/Hatipoğlu, loc.cit.

10 Bahri Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, 2008, s. 640.

min denetlenmesi tedbiri son çare (ultima ratio) olarak başvurulacak tedbirler arasında yer almaktadır.¹¹

Madde metninde yer alan şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir şeklindeki ifadelerden dinleme kararının ancak ve ancak sanık veya şüpheli için alınabileceği, bu yolla hukuka uygun olarak elde edilmiş olan delillerin muhakeme sürecinde kullanılabilmesi fakat hakkında dinleme kararı olmayan kişilerin konuşmalarının hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bir başka deyişle bir şüpheli veya sanık hakkında alınmış bulunan iletişimin denetlenmesi kararı sadece o kişinin iletişimin denetlenmesine imkan vermekte olup denetlenen kişinin konuştuğu kişi ya da kişilerin aynı soruşturma veya kovuşturmada dinlenmesi gerekirse ilk konuşmanın dışındaki konuşmalar için ayrıca karar alınmalıdır.¹²

Son olarak, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbirler Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan her suçla ilgili olarak kullanılamaz. Dolayısıyla 135. maddenin 6. fıkrasında belirtilen suçlarla sınırlı kalmak koşuluyla bu tedbirlerin uygulanması yolunu gidilebilir. Söz konusu suçlar; göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, fuhuş, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, Bankalar Kanununda tanımlandığı şekliyle zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

11 Bayraktar, loc.cit.

12 Hamdi Yaver Aktan, Yargıtay Kararları Işığında İletişimin İdari ve Adli Denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 3Yılı Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2009, s. 81.

Bu suçların genellikle örgütlü suçluluk kapsamında işlenmekte olan suçlar olduğu görülmektedir.¹³ Buna karşılık iletişimin tespitine yönelik tedbirlerin ise bütün suçlar açısından kullanılması mümkündür.¹⁴

İletişimin tespiti, denetlenmesi, kayda alınmasına ilişkin tedbir hükümlerinin uygulanabilmesi için zorunlu olan başka bir unsur da bu konuda öncelikle hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısının kararı gerekmektedir.

Soruşturma evresinde söz konusu tedbirlere cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi karar verebilir. Yetkili ve görevli hakim talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan sulh ceza hakimidir.¹⁵

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısının kararıyla da söz konusu tedbirlere başvurulabilir ancak bu hallerde savcının kararının geçerli olması kararın hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır.¹⁶ Cumhuriyet savcısı tedbire ilişkin kararını en geç 24 saat içerisinde hakime sunmalı ve hakim de en geç 24 saat içerisinde kararını vermek durumundadır. Sürenin dolması ya da hakimin aksi yönde karar vermesi halinde tedbir derhal kaldırılır.

Telekomünikasyonun denetlenmesi sonucunda ulaşılan bilgiler ancak hukuka uygun olarak elde edildiklerinde delil olarak kullanılabilirler; aksi takdirde delil yasağı kapsamına dahil olurlar.¹⁷

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin kararına konu olan olayda iletişimin tespiti, denetlenmesi, kayda alınması tedbirine ilişkin olarak yukarıda bahsedilen şartlara uygunluk söz konusu olmakla birlikte; bu yolla elde edilmiş olan delillerin nasıl değerlendirileceği hususunun açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Ceza muhakemesinde ulaşılabildiği amaçlanan temel hedef, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olup; yasa koyucu tarafından delillerin değerlendirilmesinde serbestlik ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle hakim, suçun varlığını ve sanığın sorumluluğunu kanunun ayrıca hüküm koy-

13 Centel, op.cit., s.170.

14 Parlar/Hatipoğlu, op.cit., s. 541.

15 Centel, op.cit., s. 172.

16 Ibid., s. 173.

17 Ibid., s. 187.

duğu haller dışında, her türlü delille saptayabilme imkanına sahiptir.¹⁸ İletişimin denetlenmesi, tespiti ve kayda alınmasına ilişkin tedbirlerin müdahale ettiği hak ve özgürlükler dikkate alındığında hakim vicdani kanaatini oluştururken son derece hassas ve özenli olması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde bu yöntemle hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerin tek başına mahkumiyet kararı için yeterli olabileceğine dair görüşler¹⁹ bulunmasına rağmen; Yargıtay'ın göre başkaca maddi delillerle desteklenmeyen telefon dinleme kayıtları, hukuka uygun olarak elde edilmiş olsalar bile tek başlarına mahkumiyet için yeterli olduğuna ilişkin kararları bulunmaktadır.²⁰

Yargıtay'ın bu saptamasının yanı sıra 10. Ceza Dairesinin yerel mahkemenin bozmaya konu olan gerekçelerinin önemi daha da belirgin hale gelmektedir. 10. Ceza Dairesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kararlarında sıklıkla vurguladığı demokratik toplum düzenine uygun bir yorum benimseyerek iletişimin tespitine ilişkin tutanakların hem mahkeme hem de sanıklar tarafından incelenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Bu yaklaşım söz konusu tedbirin şahsi haklara ve haberleşme özgürlüğüne olan ağır müdahalesi dikkate alındığında oldukça önemlidir. Öte yandan meseleye ceza muhakemesi hukuku açısından bakıldığında da, iletişimin denetlenmesi sonucunda kayda geçen konuşmalar sanıkların özgür irade beyanlarını yansıtmamaktadır; dolayısıyla beyan delilleri kapsamında ikrar olarak değerlendirilmeleri de mümkün değildir. Ayrıca iletişim tutanaklarını incelemekten mahrum bırakılmış olmaları nedeniyle de savunma haklarının kısıtlandığı ileri sürülebilir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen delillerin değerlendirilmesine yönelik içtihatları incelendiğinde Daire'nin hak ve özgürlüklerden yana olan tutumunu istikrarlı bir biçimde sürdürdüğü görülmektedir.

18 Parlar/Hatipoğlu, op.cit., s. 545.

19 Ersan Şen, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos-2007, s. 122.

20 Yargıtay 8. CD. 22.01.2009 – 13862/479 ve 15.09.2008 – 12115/95-13 sayılı kararları.

Nitekim Daire, 02.11.2010 tarihli ve 2009/13207 – 2010/23405 sayılı kararında telefon görüşmelerinin kendisine ait olmadığını, telefonunu kahvehanesine gelen kişilere verdiğini ve bunların görüşme yapmış olabileceğini ileri süren sanığa ses kayıtlarının dinletilmemesini ve sesin kendisine ait olup olmadığını sorulmamasını eksik araştırma olarak değerlendirerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

22.12.2010 tarihli ve 2010/34008-28762 sayılı başka bir kararında ise sanığın eyleme iştirak ettiğine dair somut olgu ve olaylarla ilgisi tespit edilemeyen telefon kayıtları dışında kuşku sınırlarını aşan başkaca delile dayanmaksızın yerel mahkemece mahkumiyet kararı verilmesini usul ve yasaya aykırı bularak bozma yoluna gitmiştir.

Sonuç olarak Yargıtay 10. Ceza Dairesinin kararı adil yargılanma hakkı, sanık hakları, hukuk devleti gibi demokratik bir toplum düzeninde olmazsa olmaz ilkeler ışığında değerlendirildiğinde olması gereken durumu yansıtmaktadır. İletişimin dinlenmesi sonucunda elde edilen kayıtların belirti niteliğinde olduğu ve tek başlarına ispat gücüne sahip olmadıkları dikkate alınırca kayıtlardaki bilgiler için ek araştırma yapılması gerektiği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenlerle Daire'nin müstakar içtihatları da dikkate alındığında inceleme-ye konu olan kararının isabetli olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN TESPİTİ İLE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN CEZA YARGILAMASINDA DELİL OLARAK KULLANILAMAMASINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Stj. Av. Dilan Işık*

Özet

Türk hukukuna 5397 sayılı “Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 2559 sayılı “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu”, 2803 sayılı “Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu” ve 2937 sayılı “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu”na getirilen düzenlemeler ile giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi neticesinde elde edilen bilgilerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada tartışmalara konu olmaktadır.

Çalışmamızda, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bilgilerin değerlendirilmesi hakkında güncel bir Yargıtay Ceza Genel Kururu kararı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Önleme amaçlı iletişimin tespiti, delillerin değerlendirilmesi, istihbarat, ceza yargılaması, Yargıtay.

Abstract

Turkish Law is acquainted with the measures for the pre-emptive control of communication via Laws on the Duties and Competence of the Police, Duties and Competence of the Gendermarie and law on the State's Intelligence Services and National Intelligence Agency. The evidential value of the information derived from measures is subject to an ongoing debate among the academia and the legal practice.

This article aims to review a recent decision of the General Council of the Court of Cassation on this matter which evaluates the legal value of the information deriving from the measures for pre-emptive control of communication.

Keywords

Pre-emptive control of communication, evaluation of evidence, intelligence, criminal procedure, Court of Cassation.

* İstanbul Barosu, Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

İncelenen Karar

T.C. YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2011/9-93 K. 2011/95 T. 17.5.2011

Silahlı terör örgütüne yardım suçundan sanık (N)'nin, 5237 sayılı TCY'nin 314/3 ve 220/7. maddeleri yollamasıyla, aynı Yasanın 314/2, 62, 53/1, 54, 63 ve 3713 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, zoralmaya ve mahsuba ilişkin, (... Ağır Ceza Mahkemesi)'nce verilen 12.06.2007 gün ve 113-183 sayılı hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi'nce 22.02.2011 gün ve 3411-1132 sayı ile onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 08.04.2011 gün ve 231143 sayı ile;

“... 15.01.2006-18.01.2006 tarihlerinde, silahlı terör örgütü üyesi olduğu iddia olunan (N) oğlu, 1972 doğumlu, (A) kod adlı (Y)'nin kullandığı 0538 ... numaralı telefondan, sanığa, ait 0532 ... numaralı telefonun aranması neticesinde; konuşma içeriği sonucu, sanığın silahlı terör örgütüne yardım ettiğinden bahisle açılan kamu davası sonucunda, ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.06.2007 tarih ve E. No: 2006/113, K. No: 2007/183 sayılı kararı uyarınca, 5237 sayılı TCK'nın 314/3, 220/7, 314/2, 62, 53/1 ve 3713 sayılı Yasanın 5. maddeleri uyarınca 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, karar Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi'nin ilgi sayılı kararı ile onanmıştır.

Sanık tüm aşamalarda; 'silahlı terör örgütü üyesi ile telefonda görüşmediğini, örgüte yardım etmediğini, örgüt üyeliğinden daha önce açılan davada beraat ettiğini, askeri ihaleler aldığından örgüt tarafından tehdit edildiğini, yakınlarının örgüt tarafından öldürüldüğünü, örgütün kendisine maddi ceza kestiğini, iletişimin tespitine ilişkin konuşmaların telefonunu emanet olarak verdiği kişiler tarafından yapılmış olabileceğini' savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgeler uyarınca;

Sanığın silahlı terör örgütüne yardım ettiği iletişimin tespitine dayanmakta olup, yardımın yapıldığına ilişkin maddi kanıt ve tespit bulunmamaktadır.

Sanığın telefonla görüştüğü örgüt mensubu yakalanamamış olup, hakkındaki evrak tefrik edilmiştir.

İletişimin tespiti sonucu elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesinde kuşku bulunmamaktadır. Ancak konuşmalar soyut olup, bunun maddi olarak gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır. Ceza hukukunda temel ilke olan maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Bu kapsamda;

1- Yakalanmadığı için dosyası ayrılan ve maddi yardım yapıldığı iddia olunan (Y)'nin Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan 2006/380 sayılı soruşturma evrakının karar aşamasından akıbeti araştırılmalı,

2- Sanığın suç tarihinden önce hakkında açılan kamu davasından beraat etmesi, dosya içerisindeki belge uyarınca örgüt tarafından kendisine ceza kesilmesi temyiz dilekçesine eklenen belgeler uyarınca sanığın araçlarının örgütçe yakılması gözetilip, kolluk güçlerinden sanığın örgütsel konumu hakkında güncel bilgi istenmesi,

3- Sanığın, iletişimin tespitine ilişkin konuşmaların kendisi tarafından yapılmadığını savunması karşısında; emanette bulunan ses kayıtları ve sanığın gerçek sesinin savunmayı doğrulayacak veya çürütecek şekilde analizi yönünde uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekmesi,

Hususları gözetilmediğinden, yerel mahkeme kararının eksik inceleme nedeniyle bozulması yerine, onanmasına karar verilmesi itiraz sebebi olarak görülmüştür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; itirazın kabulü ile,

1- Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesinin 22.02.2011 tarih, E No: 2009/ 3411, K. No: 2011/1132 sayılı onama kararının kaldırılması,

2- ... Ağır Ceza Mahkemesinin 12.06.2007 tarih ve E No: 2006/ 113, K. No: 2007/183 sayılı mahkumiyet hükmünün eksik inceleme nedeniyle bozulması...”,

İstemiyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır:

KARAR : Sanığın silahlı terör örgütüne yardım suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; eksik soruşturma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Ancak; 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yasasına eklenen ek 5. madde uyarınca verilen ve uygulamada “önleme dinlemesi” olarak isimlendirilen iletişimin tespiti ve denetlenmesi kararı üzerine elde edilen bulguların, ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu öncelikli olarak değerlendirilmelidir.

Amacı, maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak olan ceza yargılaması, şüphelinin bir suç işlediği yönünde, hakkında kamu davası açılmasını gerektirir yeterlilikte şüphe bulunup bulunmadığının tespit edildiği soruşturma evresi ile başlar ve yasada belirtilen hükümlerden birinin verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi ile sona erer. Bu aşamadan sonra infaz hükümleri devreye girer. Ancak ceza yargılamasında, suçlunun cezalandırılması kadar masum kişiler ile temel hak ve özgürlüklerin korunması da önemlidir. Bu nedenle ceza yargılamasının amacı her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak olmamalıdır.

5271 sayılı CYY'nin 170. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısı; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenlemekle yükümlüdür. Bu hüküm uyarınca iddianame düzenlenebilmesi yeterli delil elde edilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle soruşturmanın amacı, işlendiği iddia olunan eylem ve bu eylemi gerçekleştirdiği ileri sürülen fail hakkında delil araştırmaktır.

İletişimin denetlenmesi de, ceza yargılamasında delil elde etmek amacıyla başvuru koruma tedbirlerinden birisidir.

1412 sayılı Yasada, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak bu dönemde de aynı Yasanın 91 ve 92. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle iletişimin tespiti ve

denetlenmesi yoluna gidilebilmesine karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince; 06.12.2005 gün ve 27310/95 sayılı Ağaoğlu/Türkiye kararında; 1991 yılında, hakim kararına bağlı olarak dinlenen kişiden elde edilen telefon kayıtlarının, iç hukukta bu konuda yazılı hiçbir düzenleme bulunmaması nedeniyle ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağı, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

1412 sayılı Yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde yalnızca 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasının 2. maddesi çerçevesinde, bu Yasa kapsamında yer alan örgütlü suçlar bakımında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve tespiti düzenlemesine yer verilmişti.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında ise, bu konu; anılan Yasanın 135. maddesinde, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” başlığı altında, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” terimleri kullanılmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde, telekomünikasyon kavramının; “haber, yazı, resim sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması” şeklinde tanımlanmış olması karşısında, normal posta hizmetleri dışındaki her türlü mobil veya sabit telefon, elektronik posta, faks ve bunun gibi iletişim araçları, bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

5271 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme ve buna paralel olarak çıkarılan diğer yasa ve yönetmeliklerle gerçekleştirilen düzenlemeler göz önüne alındığında, hukukumuzda iletişimin tespiti ve denetlenmesi konusunda iki türlü düzenleme bulunduğu görülmektedir.

Bunlardan ilki; amacı, işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etmek olan 5271 sayılı CYY’de düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması,

Bir diğeri ise, 23.07.2005 gün ve 25884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5397 sayılı Yasayla 2559, 2803 ve 2937 sayılı Yasalarda yapılan değişiklikle gündeme gelen ve amacı suç işlenmesinin önlenmesi olan ve öğretici ve uygulamada “önleme dinlemesi” olarak adlandırılan iletişimin denetlenmesidir.

5397 sayılı Yasanın 2. maddesiyle, 2803 sayılı Yasaya eklenen ek 5. madde ile; jandarmanın, mülki görevlerini yerine getirirken, önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında, casusluk suçları hariç 5271 sayılı Yasanın 250. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceğini ve kayda alınabileceği,

Anılan Yasa maddesinin 6. fıkrası ile de; bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı hüküm altına alınmış,

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasasının ek 7. maddesinin 1 ve 7. fıkralarında da tamamen benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Usulüne uygun olarak yapılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların bir ceza soruşturması başlatılmasına dayanak oluşturabileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Duraksama, bu tedbir yoluyla elde edilen bulguların bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

5271 sayılı CYY’de düzenlenen koruma tedbirleri arasında yer alan ve işlenmiş ya da işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etme amacını güden iletişimin denetlenmesi ile 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti arasında her zaman kesin bir ayırımı varmak olanaksızdır. Her iki düzenleme arasındaki en önemli fark; 5271 sayılı Yasayla düzenlenen iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının amacının, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suça ilişkin delil elde etmek olmasına karşın, 5397 sayılı Yasayla getirilen önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulguların, 2803 sayılı Yasanın ek-5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, yalnızca bu Yasanın 7. maddesinde düzenlenen “emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak” şeklinde sayılan mülki görevlerin ifası amacıyla kullanılabilirliği ve delil niteliğidir.

5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır.

Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağından, anılan düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kolluk görevlilerince durum derhal adli birimlere bildirilmeli ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet Savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanılmalıdır.

Öğretide bu konuda;

“... Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinde şartlarına bağlı kalındığı müddetçe bir hukuka aykırılık olmayıp, sadece bunların delil olarak kullanılmasının engellenmesi söz konusudur. Bunun sebebi de belki önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yolunun tatbikinin, adli maksatlı olana nazaran daha kolay uygulanabilmesine dayandırılabilir...” şeklinde görüş bulunmaktadır. (Prof Dr. Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2011, Sayfa 70-77, Dr. Mehmet Murat Yardımcı, İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, Sayfa 262-263, Dr. Seydi Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, Sayfa 489-498)

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme tarafından, içeriği hükme esas alınan... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.12.2005 gün ve 553 sayılı iletişimin tespiti kararının, 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Yasaya eklenen ek 5. madde uyarınca verilen önleme dinlemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, yukarıdaki açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, yerel mahkemece; sanığın örgütsel konumu hakkında kolluktan güncel bilgiler alındıktan

ve silahlı terör örgütü adına faaliyette bulunduğu istihbari bilgisi üzerine, hakkında 5397 sayılı Yasaya dayalı olarak önleme dinlemesi kararı verilen Yılmaz ile ilgili soruşturma evrakı da getirtilip incelendikten sonra, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir.

Bu itibarla, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu ulaşılan kayıt ve bulgular esas alınarak kurulan yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün, eksik inceleme nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının (KABULÜNE),
2. Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi'nin 22.02.2011 gün ve 3411-1132 sayılı onama kararının (KALDIRILMASINA),
3. ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.06.2007 gün ve 113-183 sayılı hükmünün diğer yönlerinin incelenmeksizin (BOZULMASINA),
4. Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE), 17.05.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

I. KARARA KONU OLAN OLAY

Silahlı terör örgütü üyesi olduğu iddia edilen (A) kod adlı (Y) adlı kişinin telefonu 15.01.2006-18.01.2006 tarihleri arasında, 5397 sayılı kanunun¹ 2. maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununa² eklenen 5. madde ile sağlanan önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi yetkisine dayanılarak dinlenmiştir. Bu dinleme esnasında (Y), sanık (N) ile konuştuğu tespit edilmiş ve bu konuşma içeriğine dayanılarak sanık (N) silahlı terör örgütüne yardım ettiği iddia edilerek hakkında kamu davası açılmıştır.

1 Resmi Gazete Tarihi: 23.07.2005, Sayısı: 25884.

2 Resmi Gazete Tarihi: 12.03.1983, Sayısı: 17985.

II. HUKUKİ SORUN

Türk hukukuna 5397 sayılı “Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 2559 sayılı “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu³”, 2803 sayılı “Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu” ve 2937 sayılı “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu⁴”na getirilen düzenlemeler ile giren önleme dinlemesi olarak da adlandırılan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi neticesinde elde edilen bilgilerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağıdır.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ

1. İlk Derece Mahkemesi -

Silahlı terör örgütüne yardım etme suçu iddiası ile görülen davada Yerel Mahkeme, önleme dinlemesi ile elde edilen konuşma içeriklerine dayanarak sanığın suçu işlediğini sabit görmüş ve sanık hakkında mahkumiyet kararı vermiştir.

Sanık her ne kadar tüm aşamalarda savunmasında, “*silahlı terör örgütü üyesi ile telefonla konuşmadığını, örgüte yardım etmediğini, örgüt üyeliğinden daha önce açılan davada beraat ettiğini, askeri ibaleler aldığından örgüt tarafından tehdit edildiğini, yakınlarının örgüt tarafından öldürüldüğünü, örgütün kendisine maddi ceza kestiğini, iletişimin tespitine ilişkin konuşmaların telefonunu emanet olarak verdiği kişiler tarafından yapılmış olabileceğini*” belirtmişse de bunun aksini gösterir, sanığın suçu işlediğine dair önleme dinlemesi neticesinde elde edilen konuşma içerikleri dışında maddi kanıt tespit edilmemiştir.

Silahlı terör örgütü üyesi olduğu iddia edilen (Y), yakalanamadığından hakkındaki evrak tefrik edilmiş ve sanık (N) hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan mahkumiyet kararı verilmiştir.

2. Yargıtay Ceza Dairesi

Yerel Mahkeme tarafından sanık hakkında verilen mahkumiyet kararı sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş ve dosya Yargıtay Ceza Dairesinde incelenmiştir. Yargıtay Ceza Dairesi incelemesi neticesinde kararı hukuka uygun bularak onamıştır.

3 Resmi Gazete Tarihi: 14.07.1934, Sayısı: 2751.

4 Resmi Gazete Tarihi: 03.11.1983, Sayısı: 18210.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

Yargıtay Ceza Dairesinin vermiş olduğu onama kararına karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz yasa yolunu kullanmış ve tefrik edilen dosyanın araştırılmaması, sanığın tüm aşamalardaki savunmalarında iddia ettiği bilgilerin güncelliğinin kolluk güçlerinden sorulmadığı, sanığın iddiaları karşısında ses kayıtlarının sanığa ait olup olmadığına tespit edilmediği gerekçeleri ile eksik inceleme yapılmasından dolayı Dairenin verdiği onama kararına karşı itiraz etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında iletişimin tespiti sonucu elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesinde kuşku bulunmadığını; ancak bu konuşmaların soyut olduğunu ve maddi gerçeği kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması gerektiğini belirtmiştir.

4. Yargıtay Ceza Genel Kurulu

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, her ne kadar Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki çözülmesi gereken uyuşmazlık eksik soruşturma neticesinde hüküm kurulup kurulmadığına ilişkin olsa da öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken hususun önleme dinlemesi neticesinde elde edilen bulguların ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı olduğunu belirtmiştir.

Kurul, ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak olduğunu belirtmiş; fakat suçlunun cezalandırılması kadar masum kişiler ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasının da önemli olduğunu vurgulamıştır. Kurul, “ceza yargılamasının amacı her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak olmamalıdır” şeklinde bu görüşünü özetlemiştir.

5397 sayılı kanun ile 2803 sayılı yasaya eklenen ek 5. madde, jandarmaya önleme dinlemesi yapabilmesine ilişkin yetki sağlamıştır. Anılan hükmün 6. fıkrasında ise bu faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların birinci fıkrada belirtilen amaçların dışında kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir.

Kurul, bu hükümler çerçevesinde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen bulguların ceza soruşturması başlatıl-

masına dayanak olabileceğini; fakat bu faaliyet suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yapıldığından ve yasanın öngördüğü amaç dışında kullanılmayacağından bir ceza soruşturması ve kovuşturmasında delil olarak kullanılmayacağını belirtmiştir. Kurul, bu faaliyet neticesinde elde edilen bulguların derhal Cumhuriyet Savcısına bildirilmesi gerektiği ve Savcılık tarafından gerek görülürse soruşturmaya başlanabileceğini vurgulamıştır.

Kurul, açıkladığı bu gerekçeler ile somut olayda önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek hukuksal durumun belirlenmesi gerektiğinden diğer yönleri incelenmeksizin Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

1. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olan hukuki sorun, iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi sonucu elde edilen bulguların ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. Bu hususa ilişkin doktrindeki mevcut görüş ve çözümleri incelemeye başlamadan önce önleme dinlemesinin ve koşullarının neler olduğuna kısaca değinmek, tedbirin amacını anlamak bakımından faydalı olacaktır.

Önleme dinlemesi olarak da adlandırılan iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbiri Türk hukukunda 2005 yılında yapılan 5397 sayılı kanun ile 2803, 2559 ve 2937 sayılı kanunlara getirilen hükümlerle yasal temele dayandırılmıştır. Her ne kadar yapılan bu düzenleme öncesinde bu tedbir uygulanıyorsa da Anayasaya ve AİHM içtihatlarında kabul edilenin⁵ aksine haberleşme özgürlüğüne müdahale, açık ve yasal norm olmaksızın yapılmaktaydı. 5397 sayılı kanun ile önleme dinlemesi yasal bir temel kazanmıştır⁶.

5 AİHM kararlarına göre iletişimin denetlenmesi ile haberleşme özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için meşru bir amacın olması; ulaşılabilir, öngörülebilir ve açık bir kanun ile düzenlenmiş olması, demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olması ve müdahalede kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amacın orantılı olması gerekir. (Ayrıntılı bilgi için bkz: Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin yay, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 253 vd.).

6 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 38.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁷ 135. maddesinde iletişimin adli amaçlı olarak denetlenmesi tedbiri düzenlenmiştir. Bu koruma tedbiri ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında, şüpheli veya sanığın suç işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesi mevcutsa ve başka suretle de delil elde etme imkanı bulunmuyorsa hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile iletişimin denetlenmesi mümkündür. Bu tedbir, koşullarından da anlaşıldığı üzere suçun işlenmesinden sonra uygulanabilen bir tedbirdir. Bu nedenle soruşturma veya kovuşturma aşamasında olunması gerekir. Ancak henüz daha suç işlenmeden kolluk kuvvetlerine, suçun işlenmesinin önlenmesine yönelik veya istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi verilmektedir. Bu yetki, kamu düzeninin suç işlenmesi ile daha bozulmadan, bozulmasının önüne geçilmesi amaçlıdır. Ancak özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne oldukça ağır müdahale içeren bu tedbirin koşullarının ve güvencelerinin yasalarla gerekli şekilde düzenlenmesi gerekir.

Önleme amaçlı iletişimin tedbiri 5397 sayılı kanun ile 2559 sayılı Polis ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesine eklenmiştir. Benzer yönde düzenleme 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. maddesinde de yapılmıştır. Bu hükümlerde polis bakımından önleme dinlemesine başvurulmasının amacı; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, anayasal düzenine, genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirler almak ve emniyet ve asayiş sağlamaktır. Jandarma bakımından ise bunlara ek olarak kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmaktır. Bu amaçlar doğrultusunda kanunda sayılmış olan suçlar açısından önleme amaçlı iletişimin tespiti yapılabilir. Polis ve jandarma açısından oldukça benzer düzenlemeler getirilmiştir. Ancak aralarındaki fark; polis bu görevlerini yerine getirirken ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunabilirken, jandarma sadece kendi sorumluluk alanında bu tedbirlere başvurabilir⁸.

7 Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Sayısı: 25673.

8 TAŞKIN, s.207; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin yay, Ankara, 2006,s.178; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 6. Bası, İstanbul, 2008, s. 399.

Bu tedbir, haberleşme hürriyetine ciddi bir müdahale teşkil ettiği için belli suçlar açısından uygulanması öngörülmüştür. Bu suçlar, 5271 sayılı CMK'nun, casusluk suçları hariç olmak üzere, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılmış olan suçlardır⁹. Yani özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçların önlenmesi amacıyla bu tedbir uygulanabilir. Kanun koyucu haberleşme özgürlüğüne ciddi müdahale söz konusu olduğundan bu tedbirin uygulanması için belli ağırlığa sahip suçların önlenmesi için başvurulabilmesini öngörmüştür. Ancak sayılan suçlar arasında haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş örgüt faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçların olması bu korumanın sınırını oldukça genişletmekte ve yetersiz güvence sağlamaktadır¹⁰.

Önleme dinlemesinin haberleşme özgürlüğüne müdahale sınırını genişleten bir diğer husus da 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan düzenlemedir. Bu düzenleme ile MİT, Kanununun 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırlarının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla bu tedbire başvurulmasını talep edebilecektir. Görülmektedir ki, kanun koyucu bu tedbire başvurulması açısından oldukça geniş sınırlar çizmiştir¹¹.

Önleme dinlemesinin düzenlendiği 5397 sayılı kanunda bu tedbire başvurulması için herhangi bir şüphe kavramından bahsedilmemiş ve hakkında tedbir uygulanacak kişiler hakkında bir sınırlama ya da belir-

9 Türk Ceza Kanunu'nda yer alan

"a. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,
b. Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,
c. İkinci kitap Dördüncü kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'inci maddeler hariç)"
açısından önleme tedbirine başvurulabilir.

10 Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin yay, 2. Baskı, Ankara, 2011, s.500.

11 Mehmet Murat Yardımcı, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin yay, Ankara, 2009, s. 246.

leme öngörülmemiştir¹². Kanunun kolluk kuvvetlerine verdiği geniş yetki de dikkate alındığında herkesin, hatta ülke genelinde bir müdahaleye maruz kalması sorunu ortaya çıkabilir. Ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin verdiği bir kararında¹³ da belirtildiği üzere ülke genelinde bir dinleme yapılması söz konusu değildir. Tedbirin alınabilmesi için belirli bir olay, işleneceği tahmin edilen bir suçla veya bu suçu işleyeceği öngörülen bir ya da birkaç kişiyle ilgili olmak ve somut veriler içermek zorundadır¹⁴.

5397 sayılı kanun ile iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbirinde dört tür işlemin uygulanmasını öngörmüştür. Bunlar; iletişimin tespiti, iletişimin dinlenilmesi, iletişimin kaydedilmesi ve iletişimin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesidir¹⁵.

Önleme dinlemesi tedbirine başvurulabilmesi için hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Daire Başkanı ve Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı'nın yazılı emri gerekmektedir. Yazılı emir verilmesi halinde bu emrin yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulması gerekmektedir. Yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesidir. Onayına sunulan hakimin de yirmi dört saat içinde karar vermesi gerekir. Hakim, bu emri onaylamaz veya yirmi dört saat içinde bir karar vermezse onaylamadığı anlamına geldiğinde tedbire derhal son verilir. Bu durumda kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir ve bu husus tutanakla tespit olunur.

Önleme dinlemesine, kural olarak üç aylık süre için karar verilebilir. Bu sürenin yeterli olmaması durumunda hakim, üç aylık süreler ile en fazla üç kez uzatılmasına karar verebilir. Ancak hakim, terör örgütü fa-

12 KAYMAZ, s. 499,500; TAŞKIN, s. 214, 223; YARDIMCI, s.251.

13 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 4.6.2008 tarihli, 2008/874 Esas, 2008/160 Karar nolu kararında, Özel yetkili Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin jandarmaya üç ay süre ile ülke genelinde sabit ve mobil iletişim araçlarına ilişkin denetleme kararını kanun yararına bozmuştur.

14 Nur Centel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2011, s. 185; TAŞKIN, s.207.

15 Çalışmanın kapsamını sınırı nedeniyle bu işlemlerin niteliği hakkından değerlendirme yapılmamacaktır. (Ayrıntılı bilgi için bkz:TAŞKIN, s. 210 vd.).

aliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin yapılan önleme dinlemelerinde gerekli görüldüğü takdirde üç aylık süreyi geçmemek üzere müteaddit defalar uzatma kararı verebilir. Bu koşulda süre bakımından sınır olmaması tedbirin çerçevesini oldukça genişletmekte ve haberleşme özgürlüğüne müdahale oldukça ciddi boyutlarda gerçekleşmektedir¹⁶.

Önleme dinlemesi tedbiri çerçevesinde elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik esası geçerlidir.

2. Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Sonucu Elde Edilen Bulguların Delil Olarak Kullanılması Sorunu

İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi tedbiri, suçların işlenmeden önce tespit edilerek kamu düzeninin bozulmasının önleme amacına hizmet eden bir tedbirdir¹⁷. Bu tedbir neticesinde suçların önlenmesi ile ceza yargılamasını gerektirir bir netice ortaya çıkmamakta ve bu nedenle önleme dinlemesi ile elde edilen kayıtların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Fakat önlemeye çalışılan suçun işlenmesi ya da hazırlık hareketleri aşıp teşebbüs aşamasında kalması halinde bu eylemler için gerçekleştirilecek olan ceza yargılamasında kayıtların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin oldukça önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır¹⁸.

Suçun işlenmesi ya da teşebbüs aşamasında kalması halinde gerçekleştirilecek soruşturma ve kovuşturma için, yapılan bu önleme dinlemesi ile elde edilen bulgular oldukça önem taşımaktadır. Nitekim bu kayıtlarda suçun kim ya da kimler tarafından işlendiği, delillerin nerede saklandığı gibi soruşturma ve kovuşturma açısından oldukça önem arz eden bilgiler yer alabilir¹⁹. Bu noktada bozulan kamu düzeninin onarılması, suçluların cezalandırılması gibi bir kamusal menfaat ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması çatışma haline girmekte, çözümü bir hayli zor bir sorun ortaya çıkmaktadır.

16 CENTEL, s. 185.

17 KAYMAZ, s. 64.

18 ÖZBEK, s. 412; KAYMAZ, s. 501; YARDIMCI, s. 262; TAŞKIN, s. 245.

19 TAŞKIN, s. 245.

Önleme dinlemesi ile elde edilen bilgi ve bulguların ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağı, bu incelemeye konu olan Yargıtay kararında da görüldüğü üzere ve doktrinde birçok yazar tarafından kabul edilmiştir. Nitekim bu husus 5397 sayılı kanun ile 2559, 2803 ve 2937 sayılı kanunlara eklenen hükümlerinde de açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre önleme amaçlı denetim sonucu elde edilen delillerin bu kanunlarda yazılı olan amaç dışında kullanılması mümkün değildir. Bu kanunların amacı da özet olarak suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunmasıdır. Bu nedenle yapılan bir yargılamada delil olarak kullanılması mümkün değildir²⁰. Elde edilen bilgiler amacı dışında kullanılamayacağından sadece ceza yargılamasında değil, aynı zamanda hukuk davasında ya da idari bir işlemde kullanılması da mümkün değildir²¹.

Elde edilen kayıtların kovuşturma aşamasında kullanılamayacağı ve hükme esas teşkil edemeyeceği yönünde bir tartışma bulunmamakla birlikte, bu bilgilerin ceza soruşturmasına esas alınabileceğini savunanlar da bulunmaktadır²². Bu noktada kullanılan bilgilerin delil olarak kullanılamayacağı, bunların delile götüren bilgi olarak kabul edildiği görülmektedir²³. Bu görüşü savunanlar, önleme dinlemesi ile bir suç işlendiği ve bu suça ilişkin bilgilere ulaşılması bilgisine sahip olduktan sonra suçluların cezalandırılması için kayıtsız kalmanın mümkün olmadığını savunmaktadırlar. 5397 sayılı kanunun 2. maddesinin gerekçesinde²⁴ *“bir suçun oluşmasına vakıf olunması veya kuvvetli belirtinin tespiti durumunda keyfiyetin Cumburiyet savcılarına bildirilmesi suretiyle idari tedbirin sona erdirilmesi ve adli işlemlerin başlatılmasının sağlanacağı açıktır”* şeklindeki ifade ile bu bilgiler iletilerek soruşturmanın başlatılabileceği işaret edilmiştir. Bunun yanı sıra TİB Kuruluş,

20 Faruk Turhan, Muharrem Aksu, “İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, s. 6,7, <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi27.pdf>, [ziyaret tarihi: 10.03.2012]; TAŞKIN, s. 243; KAYMAZ, s. 504; YARDIMCI, s. 262.

21 YARDIMCI, s. 262, 263; TAŞKIN, s. 245.

22 Ersan ŞEN, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhibir, 5. Baskı, Seçkin yay., Ankara, 2011, s. 69; ÖZBEK, s.413; YARDIMCI, s. 263.

23 TAŞKIN, s. 245.

24 5397 sayılı kanunun 2. maddesinin gerekçesi için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasa-yi/donem22/yil01/ss962m.htm> [ziyaret tarihi:10.03.2012].

Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin²⁵ 17. maddesindeki hükme göre gerek önleme gerek adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri neticesinde elde edilen veri ve kayıtların talep edilmeleri halinde mahkemeye veya Cumhuriyet başsavcılıklarına iletme görevi yer almaktadır. Bu durumda talep etme nedenlerinin soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanmak olduğunu söylemek mümkündür. Kanunun açık hükmü gereği bu bilgilerin amacı dışında kullanılmaları mümkün olmadığından bu hüküm de soruşturma başlatılmasına esas alma olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun²⁶ 279. maddesi uyarınca tüm kamu görevlilerinin, görevleriyle bağlantılı olarak işlendiğini öğrendikleri kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır.

TCK'nin 279. maddesinde yer alan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu sadece kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü suç niteliğindedir. Bu durumda söz konusu suçun faili iletişimi önleme amaçlı denetlemeye yetkili kamu görevlisidir. Dinlemeye yetkili olan kişi bu dinleme neticesinde bir suç işlendiğini öğrenirse, görevi ile bağlantılı olarak suç işlendiğini öğrenmiş olacaktır ve bu durumda söz konusu öğrenmiş olduğu suçu yetkili makamlara bildirmese, bu bildirmeme ile TCK 279'da yer alan suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiş olacaktır. Suçun unsurlarından hukuka aykırılık unsurunu kaldıracak nitelikte, görevlilerin suçu bildirmemelerine ilişkin bir kanun hükmü bulunmadığından hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olacak ve dinlemeye yetkili kamu görevlisi TCK'nin 279. maddesinde yer alan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu işlemiş olacaktır.

Belirtilen gerekçeler ve kanun hükümleri, bu bilgilerin soruşturma için esas alınabileceği ve delile götüren bilgi olarak kabul edilebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Fakat uzun süreli devam eden ve özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne ciddi müdahale ettiği halde oldukça geniş sınırlar çizerek düzenlenmiş bu tedbir neticesinde elde edilen bilgilerin kullanılması suiistimallere yol açacak ve her ne kadar delil olarak kullanılmasa da kanaat oluşturmaktadır. Bu da elde edilen bu kayıtların amacı dışında kullanılması anlamına gelecektir.

25 Resmi Gazete Tarihi: 10.11.2005, Sayısı: 25989.

26 Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Sayısı: 25611.

Görülmektedir ki önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri neticesinde elde edilen kayıtlar, bilgi ve bulguların yargılamada delil olarak kullanılması mümkün değildir. Ancak bu bilgi ve belgelerin soruşturma başlatılması için kullanılmasının kabul edilmesi durumunda, bu bilgilerin tesadüfi delil olması, CMK 135/6 hükmünde sayılmış olan suçlardan birine ilişkin olup olmayacağı ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Önleme dinlemesi, adli amaçlı dinlemeye nazaran sınırları oldukça geniş çizilerek düzenlenmiş bir tedbirdir. Bu bilgilerin sayılan suçlardan olmasına gerek olmadığı kanaatinde bulunulduğunda adli amaçlı denetlemeye ilişkin koşul ve güvencelerin anlamsız kalacağı sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu noktada doktrinde kabul edilen CMK 135/6'da sayılan suçlardan olmasa dahi bu bilgilerin soruşturmanın başlatılması için kullanılabilmesidir²⁷. Zira delil olarak kullanılması kanun hükmü gereği amaç dışı kullanım olacağından mümkün değildir. Bu nedenle sayılan suçlardan olmasa da soruşturma başlatılması için kullanılması kabul edilebilecektir. Aynı husus, hakkında tedbir olan üçüncü bir kişi için de geçerli kabul edilebilir²⁸. Bu noktada da sadece soruşturma başlatılmasında dikkate alınabileceğinden kamu görevlisinin suçu bildirme yükümlülüğü de dikkate alındığında kabul edilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Elde edilen bilgi ve bulguların soruşturma başlatma amaçlı olarak kullanılmasında bu bilgilerin CMK m.135/6 hükmünde sayılmış olan suçlara ilişkin olup olmaması hususunda, savcının soruşturma başlatırken sahip olması gereken başlangıç şüphesinin oluşumu bakımından bağımsız bir değerlendirme yapması önem arz etmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde "suç işlendiği izlenimi veren" bir halin varlığında savcı tarafından soruşturma başlatılacağını öngörmüştür. Bu durumda görevli ve yetkili²⁹, dolayısıyla suç işlendiği izlenimi edinecek olan savcıdır. Diğer bir deyişle, soruşturmayı başlatacak derecede basit şüphenin varlığının tespitinde takdir yetkisi savcıdadır³⁰. Bu durumda savcı bağımsız değerlendirme yaparken, savcıya bildirilecek olan önleme dinlemesi neticesinde elde edilen bulgu-

27 KAYMAZ, s. 505,506.

28 KAYMAZ, s. 506.

29 Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet yay., Ankara, 2010, s. 487.

30 CENTEL/ZAFER, s. 76.

ların, CMK m.135/6'da sayılan suçlar kapsamında olması gerekip gerekmediği konusu uygulamada farklı açılardan sorun yaratmaktadır. Söz konusu bulguların kapsamda yer alması, dolayısıyla kapsamda yer alan suça ilişkin olmazsa bildirim yapılmaması gerektiği kabul edildiği takdirde, bir suç işlendiğini öğrenen kolluğun kayıtsız kalması pratik hayatta pek mümkün olmadığından, uygulamada mevcut olan "isimsiz ihbarların" ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Ancak bu isimsiz ihbarlar, bir ihbarın sahip olması gereken niteliklere sahip olmamakta ve somut bulgulara dayanmayan, yoktan ihbar yaratılarak, dürüstlük ilkesine ve adil yargılanma prensiplerine aykırı olarak soruşturma sonucunu ortaya çıkarmaktadır³¹. Diğer taraftan savcının katalog kapsamındaki suçlar açısından bulguları dikkate alması, diğerlerini dikkate almasını teorik olarak beklemek mümkünse de uygulamada somut bir anlam taşımayacak ve savcının bir kanaat sahibi olmasına neden olacaktır. Bu durumda da savcının soruşturmasını bu yönde ilerleteceği ve soruşturma başlamasında etkili olacağı kaçınılmazdır.

Daha önce açıklandığı üzere önleme dinlemesi neticesinde elde edilen bulguların CMK m. 135/6'da sayılan suç kapsamında olması gerekmediği, sadece soruşturma başlatılması amacıyla bildirilmesi gerektiğinin kabulü halinde ise adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri için öngörülen teminatların bertaraf edilmesi ortaya çıkacaktır. Uygulamada görüldüğü üzere, soruşturma başlatma süreleri uzayacak ve CMK'nin 135. maddesinde öngörülen teminatlar ve koşullar dikkate alınmaksızın, kolluğun tekelinde önleme dinlemeleri yapılacak, adeta soruşturma aşaması bu şekilde işletilerek kişiler hakkında, daimi bir haberleşme hürriyeti müdahalesi ile tüm suçlara ilişkin incelemeler yapılacaktır.

Görülmektedir ki tüm bu hususlar mevzuattaki düzenleme eksikliği nedeniyle her açıdan sorun yaratmakta ve uygulamada hukuk güvenliğini hiçe saymaktadır. Bu nedenle bu hususun da düzenlenerek çözüme ulaştırılması gerekmektedir.

31 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin yay., Ankara, 2010, s. 486.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri neticesinde elde edilen bilgilerin kullanılması sorununa ilişkin doktrinde yer alan tüm bu görüşler çerçevesinde incelemeye konu olan Yargıtay Ceza Genel Kurul kararının yerinde olduğu görülmektedir. Kurul kararında da doktrindeki görüşlere paralel olarak önleme dinlemesi ile elde edilen bilgi ve bulguların amacı dışında kullanılamayacağı ve bu amacın da suç işlenmesini önlemek, kamu düzenini korumak olduğu belirtilmiştir. Suç işleyenin cezalandırılması, bozulan kamu düzeninin tekrar sağlanması için gerekli olduğunu; ancak bunun yegane amaç olmadığı ve kişi hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiği vurgulanmıştır. Kararda da belirtildiği üzere önleme dinlemesi özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine oldukça ağır uzun süreli bir müdahale teşkil etmektedir. Amacı suç işlenmesinin önlenmesi olduğundan ve ortada kuvvetli bir şüphe, şüphenin yoğun olarak yöneldiği bir kişi olmadığından koşulları daha gevşek bırakılan bu tedbir olması gerekenin aksine sui-istimale açık bir şekilde çerçevesi çok geniş bırakılmıştır. Her ne kadar hakim kararı ile gerçekleştiriliyor olsa da uygulamada yerindelik denetiminin çok sıkı yapılmaması nedeniyle idarenin tekelinde denilebilecek bu tedbir sonucunda kişilerin hürriyeti kısıtlanmaktadır. Bunun neticesinde elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması güvenceleri anlamsız kılacak ve hukuk güvenliğini tehlikeye sokacaktır. Her ne kadar mevzuattaki hükümler soruşturma başlatılabileceğini işaret eder nitelikte olsa da bu bilgilerin kişilerin hürriyetine müdahale ederek suç önlenmesi amacıyla elde edildiği dikkate alındığında, soruşturma başlatılması da amaç dışı kullanım teşkil edecektir. Bu sorunu çözer nitelikte açık kanuni düzenlemenin yapılması uygulamadaki usulsüz neticeleri ortadan kaldıracığından yerinde olacaktır.

GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Stj. Av. Melike Ezgi Yetimoğlu*

Özet

Gönüllü vazgeçme 5237 sayılı TCK'nin 36. maddesinde düzenlenen ve failin kendi iradesi ile suçu gerçekleştirmeyi yarıda bırakmasını, diğer bir deyişle girmiş olduğu suç yolunda (iter criminis) ilerlemekten vazgeçmesini ifade etmektedir. Etkin pişmanlık ise suç konusu eylemin tamamlanmasından sonra bu eylemin etkilerini ortadan kaldırma çabalarını içermektedir. Her ne kadar bu iki kurum birbirinden farklı olarak düzenlenmiş olsa da hangi hükümlerin uygulanacağı uygulamada karışıklık yaratabilmektedir.

İncelemeye konu olan kararda Yargıtay sanığın eylemlerinin gönüllü vazgeçmenin konusu oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Gönüllü vazgeçme, Etkin Pişmanlık, Teşebbüs.

Abstract

Voluntary Renunciation is an institution regulated in the 36th article of the Turkish Criminal Code that expresses the desistance of the perpetrator from committing the crime. In other words it means that the perpetrator renounces to follow the iter criminis.

As to effective repentance that is the effort of the accused to suppress the effects of the crime. Although these two institutions are differently regulated from each other their application can sometimes cause problems in the legal practice.

This article aims to review the decision the Court of Cassation that evaluates whether the actions of the perpetrator falls within the scope of voluntary renunciation or not.

Keywords

Voluntary renunciation, effective repentance, attempt.

* İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

İncelenen Karar

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ E. 2009/6725 K. 2010/6815 T. 20.10.2010

(Ü)'yü kasten öldürmeye teşebbüsten sanık (S)'nin yapılan yargılanması sonunda, hükümlülüğüne ilişkin (...) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 21.04.2009 gün ve 81/109 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, takdire ilişkin cezayı azaltıcı sebeplerin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin tahrike, teşdide vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Oluşa ve dosya içeriğine göre; amcasının oğlu olan mağdur ile kendine ait evde sohbet ederek meyve yiyen sanığın, çıkan tartışmada mağdurun konuşmalarına sinirlenerek bıçakla mağdurun göğüs ve batın bölgesine 7 kez vurarak, batına ve toraksa nafiz olan bıçak darbeleri nedeniyle mağduru hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı, ancak; etkin pişmanlık göstererek tedavisinin yapılması amacıyla arabasıyla hastaneye götürüp acil servise bıraktığı olayda;

Sanığın eylemini tamamlamasına rağmen, kendi çabası ile neticenin gerçekleşmesini önlemeye çalışması ve ölüm sonucunun meydana gelmemesi karşısında; Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre, sanık icra hareketlerini tamamlayıp neticenin meydana gelmesini engellediğinden, sanığın eyleminin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekmele beraber, 5237 sayılı TCK.'nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü gözönünde tutularak yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde öldürmeye teşebbüs suçundan karar verilmesi,

SONUÇ : Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 20.10.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

I. OLAYIN ÖZETİ

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 20.10.2010 tarih 2009/6725 E. ve 2010/6815 K. sayılı kararına konu olan olayda sanık (S), amcasının oğlu olan mağdur (Ü) ile kendi evinde meyve yiyerek sohbet etmektedir. Bu esnada aralarında çıkan tartışmada sanık mağdurun konuşmalarına sinirlenmiş, elindeki bıçakla mağdurun göğüs ve batın bölgesine 7 defa saldırmıştır. Vücudunun batın ve toraks bölgelerine isabet eden bıçak darbeleri nedeniyle hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanan mağdur, sanık tarafından arabayla hastaneye götürülmüş ve acil serviste mağdura ilk müdahalenin yapılmasıyla birlikte mağdur hayatta kalmıştır.

Olay hakkında açılan ceza davası (...) Ağır Ceza Mahkemesi önünde görülmeye başlanmış, yapılan yargılama sonucunda 21.04.2009 gün ve 81/109 sayılı karar ile sanık (S) hakkında öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm verilmiştir. Mahal Mahkemesi'nin bu kararına karşı temyiz yoluna başvurulması ile dosya Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından incelenerek sanık hakkında verilen karar bozulmuştur.

II. HUKUKİ SORUN

İncelenen karara konu olan olayda sanığın, mağduru 7 defa bıçaklamasından ibaret eylemini takiben, mağduru hastaneye ulaştırmak suretiyle ölüm neticesinin gerçekleşmesini engellemesinin kasten öldürmeye teşebbüs suçu bakımından gönüllü vazgeçme hali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu temel hukuki sorunu oluşturmaktadır. Bu sorun çerçevesinde sanığın atılı suça konu eyleminin Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü kapsamında olup olmadığı ve bu eylemin Yargıtay'ca bir etkin pişmanlık hali olarak nitelendirilmesi meseleleri de tartışma konusu edilmiştir.

III. HUKUK KAYNAKLARI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 35: Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Madde 36: Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ilişkin ceza ile cezalandırılır.

Madde 81: Bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk bölümde özetlenen olay Mahal Mahkemesi önünde incelenerek karara bağlanmış, bu karar sanık tarafından temyiz edilerek Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin önüne gelmiştir. Böylece suça konu edilen olay Mahal Mahkemesi ve Yargıtay'ın ilgili dairesi olmak üzere iki ayrı mercide tetkik edilmiş olmaktadır. Mercilerin olaya ilişkin değerlendirme ve çözüm şekilleri birbirinden ayrılmaktadır.

Mahal Mahkemesi

Karar metninden anlaşıldığı üzere, Mahal Mahkemesi olan (...) Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylemini kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirmiş ve teşebbüste gönüllü vazgeçmenin varlığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmayarak sanığın teşebbüs hükmü doğrultusunda cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu bakımdan Mahal Mahkemesi mağdurun suç teşkil eden eylemi takiben sanık tarafından derhal hastaneye kaldırılmasını bir gönüllü vazgeçme hali olarak dikkate almamıştır. Neticede sanık (S) hakkında 5237 sayılı TCK'nin 81. ve 35. maddeleri doğrultusunda ve takdiri cezayı azaltıcı sebepler de uygulanarak cezaya hükmedilmesi yoluna gidilmiştir.

Yargıtay Ceza Dairesi

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin ise sanığın yaralanan mağdurun tedavisinin yapılması amacıyla hastaneye taşımaktan ibaret eylemini kasten öldürme suçuna teşebbüs halinde bir "etkin pişmanlık" olarak nitelendiği anlaşılmaktadır. Burada Yargıtay etkin pişmanlık olarak nitelendirdiği bu eylemin, TCK'nin gönüllü vazgeçme başlıklı 36. maddesi gereğince, sanığın teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını önleyeceğini, ancak teşebbüs aşamasına kadar olan kısmın ayrı bir suç oluşturması

halinde yalnızca bu cezaya hükmedileceğini belirtmektedir. Sonuç olarak Yargıtay olayda sanığın iradi olarak neticenin gerçekleşmesini önlemesi nedeniyle kasten öldürmeye teşebbüsten ceza verilemeyeceğine, yalnızca teşebbüse kadar geçen süreçte tamamlanan yaralama suçundan cezaya hükmedilmesi gerektiğini ifade ederek, Mahal Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

V. DEĞERLENDİRME

Karara konu olayda Mahal Mahkemesi ile Yargıtay arasında ortaya çıkan hukuki sorunun sanığın kasten öldürmeye teşebbüs eyleminde gönüllü vazgeçmenin varlığına ilişkin olduğu görülmektedir. Sanık (S) tarafından gerçekleştirilen eylemin kasten öldürme suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu hususunda Mahal Mahkemesi ile Yargıtay arasında herhangi bir ihtilaf yoktur. Sanığın mağdurun vücudunu hayati tehlikeye maruz bırakacak kısımlarını hedef alarak saldırması ve bıçaklama hareketini 7 defa tekrarlaması ortada öldürme kastının varlığını açıkça ortaya koymaktadır. Tamamlanan bu hareketin ölüm ile neticelenmesi ise kasten öldürme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını işaret etmektedir. Ne var ki bir suçun tamamlanamamasında failin iradesi etkin olduğunda suçun teşebbüs halinde kaldığından söz edilemeyecek, failin suçtan gönüllü olarak vazgeçmiş olması göz önünde bulundurularak teşebbüsten dolayı ceza verilemeyecektir. 5237 sayılı TCK'nin 36. maddesinde "gönüllü vazgeçme" başlığı altında düzenlenen bu kurala göre failin suçun tamamlanmasını önleyen müspet eylemi teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun varlığını kabulü engelleyecektir. Bu nedenle karara konu olayda öncelikle sanığın işlemekte olduğu suçun tamamlanmamasının kendi çabasıyla gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Sanık (S)'nin mağduru ölüme sebebiyet verecek biçimde yaralamakla birlikte bu hareketini takiben onu hastaneye yetiştirmesi ölüm neticesinin failin kendi çabasıyla engellendiğini, dolayısıyla teşebbüsün bulunmadığını göstermektedir.

Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme 5237 sayılı TCK'nin 36. maddesinde düzenlenen ve failin kendi iradesi ile suçu gerçekleştirmeyi yarıda bırakmasını, diğer bir deyişle girmiş olduğu suç yolunda (iter criminis) ilerlemekten

vazgeçmesini ifade etmektedir. Gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması için suçun icrasına başlanması, vazgeçmenin tamamen failin kendi iradesi ile gerçekleştirilmesi ve suçun tamamlanmaması koşullarının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsten ayıran unsur failin, elinde olmayan bir sebepten değil bizatihi kendi iradesi ile suç eyleminden geri dönmesidir. Ancak burada failin iradesinin serbest bir ortamda sağlıklı şekilde tezahür etmesi gerekmektedir¹. Failin vazgeçme iradesi bakımından önemli bir diğer husus da bu iradenin ardındaki saikin önemsiz oluşudur. Failin kendi özgür iradesiyle suçu tamamlamaktan geri dönmesi pişmanlık hissine dayalı olmak zorunda olmayıp, cezada indirim yapılmasının sağlanması, nefret, utanma ve sair iyi veya kötü niyetten ileri gelebilir.

Gönüllü vazgeçmenin hukuki sonucu sanığın yarıda kalan eylemi nedeniyle teşebbüsten dolayı cezalandırılmamasıdır. Ancak icra hareketlerinin kesildiği ana kadarki eylemleri ayrıca bir suç teşkil ediyorsa fail yalnızca bu suçtan dolayı ceza alacaktır.

Karara konu olan olayda sanık (S)'nin mağduru bıçakladıktan sonra hastaneye taşıyarak tedavi görmesini sağlaması “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemek” mahiyetinde olmakla gönüllü vazgeçme tanımı içerisinde değerlendirilmelidir. Zira sanığın bıçaklaması ile kasten öldürme suçunda maddi unsurun hareket aşaması tamamlanmış ancak mağdurun ölümü neticesi gerçekleşmemiştir. Ölüm neticesinin gerçekleşmemesi failin müdahalesiyle sağlandığı için kasten öldürme suçunun tamamlanmamış olması teşebbüs hali yerine gönüllü vazgeçme hali olarak ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay tarafından olayda gönüllü vazgeçmenin varlığı tespit edilerek TCK'nin 36. maddesinin uygulanması yoluna gidilmesinde failin “etkin pişmanlık göstererek tedavisinin yapılması amacıyla arabasıyla hastaneye götürmesi” eylemi esas alınmıştır. Dolayısıyla Yargıtay'ın failin “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemek” mahiyetindeki bu eylemini bir etkin pişmanlık hali olarak nitelendirdiği görülmektedir. Böylelikle karara ilişkin incelenmesi gereken bir diğer hususun da “suçun tamamlanmasını veya neti-

1 Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Yayınevi, 2007, s. 746.

cenin gerçekleşmesini önlemek” eyleminin etkin pişmanlık mı yoksa gönüllü vazgeçme mi teşkil ettiği sorundur. Bu noktada Yargıtay’ın karardaki yaklaşımını etkin pişmanlık müessesesinin tanımını ve hukuki sonucunu ortaya koyarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık suç konusu eylemin tamamlanmasından sonra bu eylemin etkilerini ortadan kaldırma çabasını ifade eder. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeden farklı olarak suçun tüm unsurlarıyla tamam olmasından sonra ortaya çıkmaktadır. Gerek etkin pişmanlıkta gerekse gönüllü vazgeçmede failin suç oluşturan eyleme yönelik iradesinden geri dönmesi söz konusudur. Etkin pişmanlıkta eylem tamamlanarak suç oluştuğundan sonra, gönüllü vazgeçmede ise eylem tamamlanana kadar geçen süreçte geri dönülmektedir. Bu nedenle kanun koyucu etkin pişmanlık halinde failin suça yönelik iradesinin suçun etkilerini ortadan kaldırmayı sağlayacak biçimde geri alınmasını aramaktayken, gönüllü vazgeçmede suçun tamamlanmasının engellenmesine elverişli herhangi bir müdahalede bulunmasını yeterli görmüştür. Bu doğrultuda TCK’de gönüllü vazgeçme genel hüküm olarak düzenlenmekteyken, etkin pişmanlık yalnızca belirli suç tipleri bakımından belirli davranışlarla sınırlı olarak öngörülmüştür².

Kanun koyucunun iki müessese arasında bu yönde bir ayırım yapmayı tercih etmiş olduğu 36. maddenin Gerekeç’inde de izah olunmuştur³. Kanun koyucu 765 sayılı TCK’nin getirdiği düzenleme ve dönemin öğretisinde geliştirilen etkin pişmanlık müessesesinden farklı bir tutum sergilemektedir. Gerçekten 765 sayılı TCK’nin 61. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme, yalnızca failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesini ifade etmekteydi. Failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin gerçekleşmesini önlemesi veya neticenin etkilerini ortadan kaldırmaya çalışması halleri ise öğretinin tarafından

2 5237 sayılı TCK’de etkin pişmanlık 93, 192, 201, 221, 316. maddelerde bir cezasızlık nedeni, 110, 168, 269, 293. maddelerde ise cezadan indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.

3 “Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.”

“faal nedamet” olarak adlandırılmakta⁴, ancak “faal nedamet” 765 sayılı TCK’de tanımlanmamakta idi. Bu son iki halde kanun koyucu suç tiplerine ilişkin hükümlerde özel bir pişmanlık haline yer verme yolunu tercih etmişti. Öğretide faal nedamet olarak adlandırılan bu özel pişmanlık halinin⁵ neticesi teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının engellenmesi değil, yalnızca takdiri indirim nedeni kabul edilmesiydi⁶. Bunun yanı sıra faal nedamet hali öngörülmemiş suç tipleri bakımından da 765 sayılı TCK’nin 59. maddesinde sanığın suçu işledikten sonra gösterdiği iyi niyetli davranışlara karşılık cezadan indirim yapılmasını öngören bir hükme yer verilmekteydi⁷.

Görüldüğü üzere 765 sayılı TCK döneminde gerek öğreti gerekse içtihat etkin pişmanlık halini suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin önlenmesi veya gerçekleşen neticenin etkilerinin ortadan kaldırılması olarak değerlendirmekteydi. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme yalnızca eksik teşebbüs halinde yani icra hareketlerinin yarıda kesilmesine failin çabasıyla neden olunması halinde söz konusu olmaktaydı. 5237 sayılı TCK ise gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemede failin “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi” halini de içeren bir tanım getirerek tam teşebbüs halinde de gönüllü vazgeçmenin varlığını açıkça ortaya koymaktadır. Gönüllü vazgeçme başlıklı 36. maddenin Gerekçesinde etkin pişmanlığın da tanımı verilerek bu husus vurgulanmaktadır:

“Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.”⁸

4 Etkin pişmanlık veya faal nedamet icranın bitmesinden sonra failin kendi iradesiyle neticenin gerçekleşmesine engel olmasıdır. Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 1976, s. 451.

5 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s. 466.

6 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 377.

7 Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 13, Ağustos 2010, s. 94.

8 Yasar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, s. 1061.

Gerekçe’de değinildiği üzere 2001 TCK Tasarısı metninde 39. madde altında etkin pişmanlığı düzenleyen bir genel hükme yer verilmişti⁹. 1989, 1997 ve 2000 yıllarında hazırlanan ön tasarılar da ise icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticenin önlenmesi veya gerçekleşen neticenin etkilerinin tamamen giderilmesi hallerinde cezadan indirim yapılacağına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. 2004 yılında kabul edilen 5237 sayılı TCK kapsamında ise etkin pişmanlık bağımsız bir genel hüküm altında düzenlenmekten çıkarılmıştır. 5237 sayılı TCK’nin 36. maddesinde yer verilen gönüllü vazgeçme tanımı ve Gerekçe’de vurgulanan etkin pişmanlık kavramını “tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme”den ayırma kaygısına karşılık öğretinin ve Yargıtay içtihadınının 765 sayılı TCK döneminden beri yerleşik uygulamasında bu iki kavramın birlikte değerlendirildiği görülmektedir.

Nitekim Demirbaş’a göre TCK’nin 36. maddesinde gönüllü vazgeçme adı altında etkin pişmanlığa da yer verilerek oldukça isabetsiz bir düzenleme ortaya çıkarılmıştır¹⁰. Dolayısıyla etkin pişmanlık yalnızca TCK 36. madde kapsamında ele alınmakla kalmamış, TCK’deki bazı suç tipleri bakımından özel olarak da düzenlenmiştir. 36. maddenin yanı sıra organ veya doku ticareti suçu (m. 93), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (m. 110), malvarlığına karşı suçlar (m. 168), zimmet suçu (m. 248) gibi suçlarda failin suç gerçekleştikten sonra suçun etkilerini bertaraf etmeye yönelik eylemlerde bulunması etkin pişmanlık halleri olmakla birer cezasızlık sebebi veya cezada indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir.

Bu görüşe göre 5237 sayılı TCK’de etkin pişmanlık müessesesi iki ayrı biçimde ele alınmıştır. İlk olarak icra hareketleri gerçekleştirilip tamamlandıktan sonra neticenin oluşmasının engellenmesi veya suçun tamamlanmasının önlenmesi ikinci olarak ise suçun icra hareketleri ve neticesi ile birlikte tamam olmasından sonra bu suçun gerçekleşmesiyle oluşan etkinin, diğer bir deyişle suçun yarattığı zararın, giderilmesine yönelik çaba sarfedilmesini ihtiva etmektedir. Dolayısıyla yeni TCK sisteminde etkin pişmanlık bazen suçtan gönüllü vazgeçme halinin bir parçası olarak ele alınırken, bazen suçta cezanın ortadan kaldırılmasını veya cezada indirimi sağlayan özel bir hal olarak değerlendirilmiştir¹¹.

9 Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 442-443.

10 Demirbaş, a.g.e., s. 442-443.

11 Köksal Bayraktar, “Teşebbüs, İştirak, İçtima”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, TCHD Yayınları, İstanbul, 2008, s. 140.

Bu durum etkin pişmanlık müessesesinin davaya konu olayda ele alınış biçimini önemli surette etkilemektedir. Zira Yargıtay da karar metninde gönüllü vazgeçme hükmünün “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse” kısmını etkin pişmanlık olarak nitelendirmektedir. Sonuç olarak ise “sanığın eylemini tamamlamasına rağmen, kendi çabası ile neticenin gerçekleşmesini önlemeye çalışması”nı kasten öldürme suçu bakımından bir gönüllü vazgeçme hali olarak değerlendirmiş, bu nedenle TCK'nin 36. maddesi uyarınca teşebbüsten dolayı ceza almaması yönünde karar vermiştir. Yine 36. maddeden olarak teşebbüs aşamasına kadar gerçekleştirilen eylemlerin başkaca bir suç teşkil ettiğini gözeterek sanık hakkında yaralama suçundan hüküm verilmesine karar vermiştir.

Olayda sanığın bıçak vasıtası ile mağduru 7 defa hayati tehlike taşıyan bölgelerden yaralaması eylemi kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirildiğinde sanığın iradi olarak hareketlerine bağlı oluşacak neticeyi engellemeye çalışması TCK'nin 36. maddesinde ifade edilen “neticenin gerçekleşmesini önleme” hareketi mahiyetindedir. Bu bakımdan sanığın 7 defa bıçakladığı mağduru arabasıyla hastaneye götürmesi eylemi de 36. madde kapsamında bir “gönüllü vazgeçme” hali oluşturmaktadır. Ne var ki Yargıtay sanığın bu eylemini bir “etkin pişmanlık” hali olarak nitelendirmiş, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükmün uygulanmasında etkin pişmanlıktan yola çıkmıştır. Bu bakımdan Yargıtay'ın yaklaşımının 765 sayılı TCK dönemindeki etkin pişmanlık tanımına binaen şekillendirildiği görülmektedir. Bu nedenle her ne kadar sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması yerinde ve hukuka uygun olsa da, eylemin TCK'nin açıkça gönüllü vazgeçme kavramından hariç tutmayı tercih ettiği anlaşılan “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilmesi isabetli görünmemektedir.

Yargıtay'ın sanığın mağduru hastaneye taşımaması konu alan eylemini nitelendirmedeki bu isabetsizlik hem öğretilerde hem de Yargıtay içtihadında sıklıkla karşılaşılan bir kavramsal tartışmanın neticesi olarak değerlendirilebilir. Öğretilerde de kimi yazarlar gönüllü vazgeçmenin 36. maddede, etkin pişmanlığın ise belirli suçlarla ilgili maddelerde tanımlanarak sınırlandırıldığını ifade etmektedir. Öztürk/Erdem'e göre “gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK madde 36 tüm suçlar bakımından uygulanabilecek genel bir hükümken; etkin pişmanlık yalnızca ilgili olduğu

suç bakımından uygulama alanı bulur”¹². Aynı doğrultuda Zafer¹³, etkin pişmanlığın ancak ve ancak bir suç tüm unsurlarıyla tamam olduktan sonra bu suçtan doğan zararın bertaraf edilmesine yönelik eylemleri içerdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle suç neticesiyle birlikte tamamlanmadan önce gerçekleştirilen her müspet eylem gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilecektir. Bu nedenledir ki etkin pişmanlık konusu hareketler suçun yarıda kalmasına etki etmemekle teşebbüse ilişkin bir sonuç da doğurmamaktadır. Yalnızca öngörüldüğü suçun cezasında bir indirim veya bir cezasızlık sebebi teşkil etmektedir.

Sonuç olarak karara konu olayda sanığın kasten öldürmeye teşebbüs ederek yaraladığı mağduru hastaneye taşımak suretiyle hayatta kalmasını sağlaması eyleminin 5237 sayılı TCK’nin 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünden faydalanması ve teşebbüsten dolayı cezalandırılmaması gerektiği açıktır. Bu bakımdan teşebbüs aşamasına kadar olan eylemlerinin ayrıca yaralama suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın TCK’nin 86. maddesi uyarınca cezalandırılmasını öngören Yargıtay’ın kararının isabetli olduğu söylenmelidir. Buna mukabil Mahal Mahkemesi tarafından olayda sanığın mağduru hastaneye taşımış olduğu hususunun dikkate alınmamış olması ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükmün uygulanmaması eksik bir değerlendirmenin varlığını ortaya koymaktadır.

12 Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011, s. 301-302.

13 Zafer, a.g.e., s. 379.

GÖREVİ YAPTIRMAMAK İÇİN DİRENME SUÇUNUN KASTEN YARALAMA SUÇUNUN İÇİNDE ERİYİP ERİMEYECEĞİNİ KONU ALAN BİR YARGITAY KARARI İNCELEMESİ

Stj. Av. Gizem Dönmezer*

Özet

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 265. maddesinin 1. fıkrası 'Görevi yaptırmamak için direnme' suçu düzenlenmektedir. Bu maddeye göre kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesi ise kasten yaralama suçunu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

İncelemenin konusunu oluşturan olayda Yargıtay görevli memura direnme suçunun içinde kasten yaralamanın eriyip eriyemeyeceği sorunu ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Görevi yaptırmamak için direnme, kasten yaralama, zincirleme suç.

Abstract

Turkish Criminal Code regulates the resistance against public officials as a crime in its 265th article. According to this article, anyone who uses violence or threatens public official in order to stop them from accomplishing their duties is subjected to prison sentence of 6 months up to 3 years. As to article 86, which regulates the voluntary wounding, anyone who causes the other bodily harm or injures one's health and/or perception capacity; is subject to prison sentence of 1 up to 3 years.

This article aims to review the decision of the Court of Cassation that evaluates whether the crime of voluntary wounding shall be fused in the resistance against public officials or not.

Keywords

Resistance against public officials, voluntary wounding, successive offence.

* İstanbul Barosu.

**T.C. YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 2009/4923 K. 2011/9262
T. 11.7.2011**

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: 1- Sanığın takip sırasında teslim olmamak ve görevli polis memurlarının yakalamalarını önlemek için aracını polis memurlarının kullandığı motosiklete çarpması neticesi müşteki polis memurları H. Ziya ile Tuncer'in basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasının, görevli memura mukavemet suçu içinde eriyeyeceği gözetilmeden ayrıca kasten yaralama suçlarından da mahkûmiyet kararı verilmesi,

2- Sanığın tek fiille birden fazla kişiye karşı işlediği görevli memura mukavemet suçunda 5237 sayılı TCK'nın 43/2. maddesi ile cezanın artırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

3- Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi hükümleri nazara alınarak sanığın geçmişteki hali ve suç işleme eğilimi gibi hususlar irdelenmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

SONUÇ: Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı (BOZULMASINA), 11.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I. OLAY

İlk Derece Mahkemesi'nden sonra temyize gidilerek Yargıtay huzuruna sunulmuş olan olay, sanığın görevli polis memurlarından kaçarken, yakalama eyleminin gerçekleşmesini önlemek amacıyla aracını polis memurları olan H.Ziya ile Tuncer'in motosiklete üzerine sürmesidir. Bunun sonucunda da polis memurlarının motosikletine çarparak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermiştir.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

İlk olarak kaşımıza çıkan sorun görevli memura mukavemet suçunun içinde kasten yaralamasının eriyip eriyemeyeceğidir. Yerel Mahkeme ile Yargıtay'ın ihtilafa düştüğü ilk hukuki sorun budur. 5237 Sayılı Türk

Ceza Kanunu md 265/1 da ‘Görevi yaptırmamak için direnme’ suçu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. TCK md 86 da ise ‘Kasten Yaralama düzenlenmiştir’. Bu maddeye göre kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Eğer Türk Ceza Kanunu madde 265’te düzenlenmiş olan ‘Görevi yaptırmamak için direnme’ suçunun içinde, Türk Ceza Kanunu madde 86 da düzenlenen ‘Kasten yaralama’ erimez ise, sanığa 2 farklı suç sebebiyle ceza verilmesi gerekecektir. Fakat ‘Görevi Yaptırmamak İçin Direnme’ suçu içinde Kasten Yaralama erimez ise o zaman sanık sadece Görevi yaptırmamak için direnme suçundan cezalandırılacaktır. Yani buradaki hukuki sorun TCK madde 86’nın, TCK madde 265 içinde eriyip eriyemeyeceğidir.

İkinci olarak çözümlenmesi gereken hukuki sorun ise sanığın tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlediği ‘Görevli Memura Mukavemet’ suçunda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 43/2. maddesi ile cezanın arttırılması gerekip gerekmediğidir. Bu da olayda, zincirleme suç konusunda İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay 9. Ceza dairesini görüş ayrılığına düşürmüştür. Maddeye göre, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda tek bir cezaya hükmedilir fakat bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır. Olayda sanık hakkında bu konuda bir hukuki ihtilaf söz konusudur.

Üçüncü ve son olarak ise suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 23. maddesi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesi nazara alınarak sanığın geçmişteki durumu ve suç işleme eğilimi gibi hususlar irdelenmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesidir. Çözülmesi gereken hukuki sorun, yeterli ve yasal gerekçelerlerin mevcut olup olmadığı ve bunun sonucunda ‘hükmün açıklanmasının geri bırakılması’ hakkında verilen kararın mahiyeti olacaktır.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜMLERİ

A- İlk derece mahkemesi

İlk derece mahkemesi sanık hakkında, kendisinin takip sırasında yakalanmasını önlemek için 2 polis memurunun kullandığı motosiklete çarpması ve polis memurlarını görevlerinin icrası sırasında yaralaması sebebiyle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 265/1 maddesinde 'Görevi yaptırmamak için direnme' suçundan, ayrıca da bu 2 memura arabasıyla çarpması ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanması sebebiyle, Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinde düzenlenmiş olan 'Kasten Yaralama' suçundan mahkûmiyetine karar vermiştir.

Ayrıca Sanığın tek fiille 2 polis memuruna karşı işlediği 'Görevli Memura Mukavemet' suçunda, Türk Ceza Kanunu'nun Kanunu madde 43/2 deki 'Zincirleme Suç' hükmü kapsamına sokmayarak cezasında arttırmaya gitmemiştir.

Son olarak ilk derece mahkemesi suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi hükümleri nazara alınarak gerekli hususlar incelenmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

B- Yargıtay 9. Ceza Dairesi Başkanlığı

Yargıtay 9. Dairesi Başkanlığı, dosyayı inceleyerek, İlk Derece Mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.

Sanığın takip sırasında yakalanmamak amacı ile kendisini takip eden 2 polis memurunun motosikletlerine arabasıyla çarpması sebebi ile İlk Derece Mahkemesinin hem TCK madde 265/1, hem de TCK madde 86 uygulanarak hakkında 2 farklı suçtan mahkûmiyet kararı verilmesine karşı çıkmış ve kasten yaralamanın, görevi yaptırmamak için direnme suçu içinde erimesi gerektiğini savunarak kişi hakkında sadece TCK md 265/1 uyarınca mahkûmiyet kararı kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Ayrıca Yargıtay 9. Ceza Dairesi Başkanlığı, İlk Derece Mahkemesinin TCK madde 43/2 yani zincirleme suçu uygulamamış olmasının aksi görüşü benimseyerek, tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenen bir

suçun varlığından söz etmiş ve cezanın zincirleme suç hükümleri uyarınca arttırılması yönünde karar vererek, İlk Derece Mahkemesinin zincirleme suça dayandırmadığı mahkûmiyet kararını hatalı bulmuş, kararı bu yönden de bozmuştur.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi hükümleri göz önünde bulundurulmadan, yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiş olması konusunda da Yargıtay, Mahal Mahkemesinin verdiği karara katılmamış, yasal ve yeterli olmayan bir gerekçe ile yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşünü savunmuş ve bu yönden de kararı bozmuştur.

IV. DEĞERLENDİRME

Değerlendirme yapmaya başlamadan önce Yargıtay kararına konu olan hukuki sorunlar hakkında genel bir bilgi vermenin, doktrinde bu konuda neler olduğunu incelemenin, kendi görüşümü de belirtirken daha sağlıklı olacağı kanısındayım.

Öncelikle TCK md 265' in düzenleniş şekli:

MADDE 265: (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

(4) Suçun, silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır

Olayda sanık, 2 polis memuru tarafından takip edilmektedir. Takip sırasında sanık arabasıyla kaçmakta, polis memurları ise kendisini mo-

tosiklet ile yakalamaya çalışmaktadırlar. Polis memurları mesleklerinin gerektirdiği bir şekilde görevlerini icra etmekte, sanığı yakalamaya çalışmaktadırlar. Fakat sanık ise polis memurlarının kendisini yakalayamaması için arabasını, polis memurlarının motosikleti üzerine sürerek basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermiştir.

Bu olay TCK MD 245/1: Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hükümüne dâhil edilebilir bir suçtur. Bu hükme dayanarak kişinin cezalandırılması yerinde bir karardır. TCK md 245/5'e baktığımızda ise 'Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır' şeklinde kaleme alındığını görmekteyiz. Maddenin kaleme alınış şekli uyarınca anlaşılan eğer bir kimse, görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlemesi sırasında eğer kasten yaralamanın NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ de gerçekleşir ise o zaman ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanırdı.

Bu maddeye göre direnme sırasında kasten yaralama suçunun çehrede sabit iz, hayati tehlike gibi neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şekli irtikap edilmesi halinde ayrıca bu suça ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir (1)

Olayda polis memurları basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmışlardır yani neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama, TCK madde 87 de kaleme alınan durumlardan herhangi biri mevcut değildir. Eğer böyle bir durum mevcut olsa idi o zaman gerçek içtima uygulanarak faile hem kasten yaralama suçundan hem de görevi yaptırmamak için direnme suçundan ceza verilecekti. (2) Gelelim ki, olayda sanığın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunu işlemedi açıktır, bu sebeple de TCK md 265 in kaleme alınış şekline de anlaşıldığı üzere kanımca Yargıtay'ın sadece görevi yaptırmamak için direnme suçundan ceza verilmesi gerektiği sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozması yerinde bir bozma sebebidir. Çünkü maddenin kendisi ancak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinde ayrıca bu suçtan cezalandırılabilceğini söylemekte fakat basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralama sonucunda ne yapılması gerektiği kaleme alınmamıştır.

Buradan çıkan sonuç da kişiye sadece görevi yaptırmamak için direnme suçundan ceza verilmesi gerektiğidir. TCK madde 265 deki suçun doğası gereği kişi kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek için karşındakine bazı fiillerde bulunacaktır. Yoksa örneğin arabaya binmemek için kişinin yere yatması veya götürülmeye çalışılırken demirlere tutunup gelmemekte ısrar etmesi TCK md 265 i oluşturmayacaktır. Bu maddenin oluşabilmesi için cebir veya tehdit mevcut olmalıdır. Fakat örneğin kasten yaralamanın basit tıbbi bir müdahale ile giderilebilecek sonuçlardan daha ciddi bir sonucu doğarsa işte o zaman ayrıca kasten yaralamadan ceza verilmesi daha doğru olacaktır. Bu sebeple de Yargıtay 9. Ceza dairesinin bu yöndeki görüşüne katılmaktayım.

Olayda İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay'ın görüş ayrılığına düştüğü konu ise zincirleme suç maddesinin olayda kullanılıp kullanılmayacağıdır. İlk derece mahkemesi TCK 43/2 ye dayanamamış ve cezada arttırmaya gitmemiştir. Fakat Yargıtay bu görüşe katılmayarak tek bir fiile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlendiği hallerde 43/2 uyarınca cezanın arttırılması gerektiğini yönünde fikir beyan ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Zincirleme suç:

MADDE 43. - (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

TCK 43/2 her ne kadar zincirleme suç başlığı altında kaleme alınmış olsa da aslında burada bahsedilen durum (tek bir fiille aynı birden fazla kişiye karşı işlenmesi) aynı neviden fikri içtimadır. Doktrinde KOCA/ÜZÜLMEZ (3):

Aynı neviden fikri içtima 43. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Esasında böyle bir düzenlemenin 43. maddede değil de, farklı neviden fikri içtimanın düzenlendiği 44. maddede yer alması daha isabetli olurdu.(KOCA, Fikri İçtima, s 215) Gerçekten de aynı neviden fikri içtima ile zincirleme suç arasında yapısal bir benzerlik yoktur. Bu iki hukuki kurum arasındaki tek ortak yönü cezaların arttırılmasına ilişkin oranların aynı olmasından ibarettir (ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, (2), s.518)

Fakat bu durum 43/2 de düzenlendiği için başvurulması gereken TCK maddesi de o olacaktır. Olayda sanık arabasını motosikletinin üzerine sürerek çarpmış ve 2 polis memurunu tek bir fiil bunun sonucunda da tek bir suç ile yani görevlerini yaptırmamak için direnme suçunu işleyerek 2 polis memuruna karşı haksız bir fiilde bulunmuştur. Bu çerçevede değerlendirildiğinde olay, TCK md 43/2 ye dâhil edilebilecek bir durum olup bu sebeple sanığa verilen cezanın arttırılması yerinde bir karar olacaktır. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin bu konudaki görüşüne de katılarak yerinde ve doğru bir bozma sebebi olduğunu kanıslındayım.

Son olarak da değerlendirilmesi gereken konu gerekli ve yeterli gerekçe ile yazılı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiş olmasıdır.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi:

(1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.

Ceza Muhakemesi kanunu bu konuda:

Madde 231 - (1) Duruşma sonunda, 232'nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

Gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir

Soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

Objektif ve sübjektif koşulların gerçekleşmesi halinde, mahkemece, sabit olan suçun niteliğine göre önce sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmelidir. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen

hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez (CMK md 231 f.7). Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmasını ifade eder. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süre ile denetime tabi tutulur. Bu süre çocuk sanıklar bakımından 5395 sayılı ÇKK'nun 5560 sayılı kanunla değişik 23.maddesi uyarınca üç yıldır. 5395 sayılı ÇKK'nun 5560 sayılı Kanununla yapılan değişiklikten önceki 23. maddesi hükmü lehe olduğundan 3.7.2005–19.12.2006 tarihleri arasında işlenen suçlar bakımından uygulanacaktır. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak

aa) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

bb) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanat icra eden bir başkasının gözetim altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

cc) Belirli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

Karar verilebilir.(4)

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması veya uygulanmaması mahkemenin takdirindedir. Maddenin kaleme alınışı da 'hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir' şeklindedir yani bu hâkimin takdirine kalmış bir karardır. Fakat hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verildiği zaman, bunun gerekli ve yeterli gerekçe ile yazılı şekilde açıklanması gerekmektedir. Eğer gerekli ve yeterli gerekçe sunulmaksızın hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilirse bu durumda hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bu bakımdan eğer İlk Derece Mahkemesi bahsedildiği üzere yeterli ve gerekli bir gerekçe sunmamış ve suç tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi'ni göz önünde bulundurmamış ise hukuka aykırı bir durum oluşmuş olacak ve bu sebeple de Yargıtay 9. Ceza Dairesinin bozma kararı yerinde ve hukuka uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

<http://www.online-hukuk.org/makale/kamu-gorevlisine-direnme-sucu-hakkinda-genel-bilgiler.html>)

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt

Doç. Dr. Mahmut Koca- Doç. Dr. İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara, 2008, s.420)

Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, c.2, 2008, Ankara, s.231–232)