

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
2011

SAYI

3

TOHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Genel Yayın Yönetmeni

Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat/Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Prof. Dr. Durmuş Tezcan/Prof. Dr. Yener Ünver

Doç. Dr. Ümit Kocasakal/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Pınar Memiş/Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt Yücekul

Av. Fikret İlkiz/Av. Elif Yarsuvat/Av. Mustafa Tırtır

Av. Aysun Dalkılıç/Av. İlkan Koyuncu

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.meral@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

Aralık 2011

İçindekiler

Ar. Hülya Dinçer	1	Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme (Hakemli Makale)
Av. İ. Güneş Gürseler	35	"Hayali İhbarcı"nın Gücü
Dr. Güçlü Akyürek	43	Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı
Av. H. Gürbüz Sarı	61	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Devletin Müsadere Yetkisi
Av. Candaş Gürol	75	AIHM Bayatyan Ermenistan'a Karşı Karar Çevirisi
Dr. Alke Glet Çev. Ar. Gör. Merve Turanlı	125	Almanyadan Nefret Suçları: Önyargı Saikli Suçların Sınıflandırılması ve Kayıt Altına Alınması Çerçevesinde Nefret Suçlarının Alman Hukuku'nda Uygulanma Sistemi
Prof. Susan Marks Çev. Stj. Av. Işıl Aral	147	İşkence Savunması
Stj. Av. Ceren Yakışır	173	Hazırlık Hareketi - İcra Hareketi Ayrımının Önemine İlişkin Bir Yargıtay Ceza Genel Kararının İncelenmesi

KAYIPLARI GÖRÜNÜR KILMAK: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ZORLA KAYBEDİLMEMEYE KARŞI HERKESİN KORUNMASINA DAİR SÖZLEŞME

(Hakemli Makale)

Hülya Dinçer*

Özet

Zorla kaybetme, Türkiye’de ve dünyanın pek çok bölgesinde siyasi muhaliflere yönelik uygulanan sistematik bir baskı ve yok etme yöntemidir; kavram tutuklama, gözaltına alma, alkoyma veya kaçırma olgusunun ve kayıp kişinin akıbetinin gizlendiğinin reddedilmesini ifade eder.

BM Zorla Kayıplarla İlgili Çalışma Grubu’nun öncülüğünde hazırlanan, konuyla ilgili ilk uluslararası bağlayıcı hukuki mekanizma niteliğindeki BM Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunması için Uluslararası Sözleşme’nin 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte zorla kaybetme, bireysel cezai sorumluluk doğuran, devletlere soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü getiren uluslararası bir suç olarak düzenlenmiş ve bağımsız bir insan hakkı ihlali olarak tanımlanmıştır.

Bundan önce, BM İnsan Hakları Komitesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi insan hakları denetim organları tarafından yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilen zorla kaybetme suçuna karşı Sözleşme, hiç bir koşulda kısıtlanamayacak, mutlak ve özerk bir insan hakkı tesis ederek uluslararası insan hakları hukuku açısından bir dönüm noktası oluşturmuştur. Sözleşme’nin bir diğer getirisi de mağdur statüsünü genişleterek, kayıp kişinin yakınları ve ailesi için tazminat hakkı, kayıp naaşlarının iadesi ve gerçeği bilme hakkını kabul etmesidir. Sözleşme aynı zamanda zorla kaybetmelerle ilgili yarı-yargısal yetkilerle donatılmış bir izleme mekanizmasının da kurulmasını öngörerek etkili bir denetim sistemini hayata geçirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kaybetme, insan hakları, uluslararası suç.

Abstract

Enforced Disappearance is a systematic method of oppression and abolition towards the opponents in Turkey as well as in many other places in the world. The notion itself stands for the refusal of a person’s detention, retention or custody status and the fact that his whereabouts are being kept in secret. Prepared under the initiative of The Working Group on Enforced Disappearance, and entered into force on 23 December 2010, the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, established an international crime of Enforced Disappearance raising personal criminal responsibility and charging the States to investigate, to judge and to penalise that crime and therefore defined it as an independent human right violation.

Before the Convention, the human rights protection mechanisms such as United Nations Human Rights Committee, the Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights used to consider enforced disappearance under the terms of right to life, right to liberty and security of person and the prohibition of torture and ill-treatment. That’s the reason why the Convention became a milestone in respect of international human rights law while making of enforced disappearance an absolute human right that cannot be restrained. Another advantage is that the Convention expanded the status of victims to the relatives and family of the missing persons according them the right to compensation, the right to rebate of missing bodies and right to know the truth. The Convention aims to create a more efficient control system while projecting the establishment of a semi-judiciary control mechanism.

Keywords

Missing persons, enforced disappearance, human rights, international crime.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Giriş

Zorla kaybetme bir insana karşı işlenebilecek en ağır suçlardan ve insan hakkı ihlallerinden biridir. Genellikle bir siyasi muhalife yönelik, devlet güçleri tarafından veya devlet tarafından açık ya da gizli biçimde desteklenen güçlerce gerçekleştirilen gözaltı, tutuklama ve yakalama fiillerini ifade eder. Zorla kaybetme suçu kaybedilen kişinin tutuklandığının, gözaltına alındığının veya başına gelen olayların devlet güçleri tarafından sistematik ve bilinçli bir biçimde inkar edilmesiyle ayırt edilir. Zorla kaybedilme, acının iki kez felç ettiği bir kayıptır. Suçun mağduru hem akıbetinden haber alınamadığı ve bir hukuk öznesi olarak varlığı ispat edilemediği için yasal korumadan mahrum bırakılmış, hem de çoğunlukla işkence görmüş ve yasadışı bir biçimde ortadan kaldırılmıştır.

Kişileri zorla kaybetme suçunun en önemli sonucu birden fazla mağdur yaratmasıdır. Ölenin ya da akıbetinden haber alınmayan kişinin yakınları ve ailesi de kaybedilen kişinin gözaltına alınma ya da tutuklanma koşullarına ilişkin bilgidен mahrum bırakılarak, bu belirsizlik içinde yavaş ve süresiz bir ruhsal acıya maruz bırakılır.

Bu çalışma kapsamında öncelikle, bugüne kadar sistematik bir devlet terörü olarak dünyanın pek çok yerinde uygulanmış olan kişileri zorla kaybetme suçunu teşhis etmeye yarayan unsurlar ele alınacak ve uluslararası hukukun kişileri zorla kaybetmeyle mücadele için bugüne kadar hayata geçirdiği araçlara değinilecektir. İkinci bölümde ise yeni yürürlüğe giren ve bu alanda ilk uluslararası bağlayıcı hukuki metin olan Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Sözleşme'nin taşıdığı imkanlar ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

I- DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE KİŞİLERİN ZORLA KAYBEDİLMESİ

A- Dünyada Zorla Kaybetme ve Mücadele Araçları

Zorla kaybetme ilk kez 2. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası'nda yaygın olarak kullanılan bir devlet şiddeti olarak ortaya çıkmıştır. İnkârın da suçun ayrılmaz bir unsuru haline geldiği zorla kaybetme sistem muhaliflerini, yahudileri ve diğer azınlıkları hedef almıştır. Bu yöntem 1960 ve 1970'lerde pek çok Latin Amerika ülkesinde de devlet terörünün yıkıcı bir biçimi olarak uygulanmıştır.

Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Sözleşme'nin kabulüne kadar zorla kaybetme suçunun tanımını, devletlere getirilen cezalandırma ve önleme yükümlülüklerini içeren özel, uluslararası bir düzenleme mevcut değildi. Dolayısıyla zorla kaybetme suçunun faillerinin bireysel sorumluluğuna gidilebilmesi imkanları da sınırlı kalmıştır.

Zorla kaybetme tekniğinin kullanımına ilişkin ilk tarihe geçen uygulama Nazi rejiminin 1941'de kabul ettiği *Nacht und Nebel Decree* (Gece ve Sis Kararnamesi)' dir; bu politikaya göre işgal edilmiş ülkelerde yaşayan, özellikle de Fransa, Belçika ve Hollanda'daki direnişçiler gece geç vakitlerde tutuklanıp Almanya'ya gönderilmişler, burada özel mahkemelerde yargılanarak ölüme ya da hapse mahkum edilmişlerdir. İnsanların gece karanlığında kaçırıldığı ve bir daha akıbetlerinden hiç bir şekilde haber alınmadığı dikkate alındığında seçilen ismin tesadüfi olmadığı anlaşılmaktadır. Kullanılan tekniğe göre, kayıpların yargılaması ve infazı tam bir gizlilik içinde yapılmakta, kendi ülkelerindeki ailelerine ve yakınlarına hiçbir şekilde bilgi ulaştırılmamaktadır. Böylece kaybedilen kişilerin yakınlarında ve kamuoyunda yaygın panik ve korku yaratarak direniş eylemlerinin engellenmesi amaçlanmıştır.¹ Nuremberg Mahkemesi'nin tespitlerine göre, kayıp kişiler olağanüstü ağır, insanlıkdışı koşullarda tutulmuş, yargılama yapılmaksızın çoğunlukla ölüme mahkum edilerek, hüküm kimseye haber verilmeksizin infaz edilmişlerdir. Nacht und Nebel Kararnamesi'yle kaçırılan kurbanların sayısı hiç bir zaman tam olarak belirlenememiştir. Ancak 1 Kasım 1943 tarihi itibarıyla 5200'den fazla tutuklunun Almanya'nın değişik bölgelerinde Adalet Bakanlığı tarafından bu amaca yönelik kurulmuş özel mahkemelerde yargılanmayı beklediği bilinmektedir.²

Kişileri zorla kaybetme uygulaması, daha sonra devletin kullandığı sistematik bir yok etme yöntemi olarak Guatemala ve Brezilya'da 1960 ve 70'lerde uygulanmıştır. 70'lerden 80'lere gelindiğinde neredeyse tüm

1 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No:10, Nuremberg, 19 Ekim 1946-Nisan 1949 (1951) vol. 3, s. 75, aktaran K. Anderson, "How effective is the international convention for the protection of all persons from enforced disappearance likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, <http://mjil.law.unimelb.edu.au/index.cfm?objectid=9668927E-5056-B405-519EE03084ADE2B5> (28/05/2011).

2 *Ibid.*, s. 76.

Latin Amerika'da yaygın ve yoğun bir şekilde uygulanan bir politika haline almış ve on binlerce insanı etkilemiştir. Kişileri zorla kaybetme politikasının Latin Amerika'daki uygulaması, suçun neredeyse her seferinde görülen tipik unsurlarını yansıtacak biçimde Nazi Almanyası'ndaki yöntemle benzeşmektedir. Öldürülen kişilerin bedenleri çoğunlukla saklanmakta ve geride hiçbir kanıt bırakmamak ve sorumlulara tam bir yargı bağımsızlığı sağlamak adına ortadan kaldırılmaktadır. Özellikle Arjantin'de sistematik bir devlet terörü haline gelen zorla kaybetmeler, 1983 yılında kurulan Zorla Kaybetmelerle ilgili Ulusal Arjantin Komisyonu'na göre, 8960 kişiyi hedef almıştır; ancak Komisyon gerçek sayının resmi olarak açıklanandan çok daha yüksek olabileceğini tahmin etmektedir.³ Kişileri zorla kaybetme yöntemi Arjantin ve Guatemala dışında aynı zamanda Şili, Peru, Salvador, Kolombiya, Uruguay ve Honduras'ta⁴ da uygulanmıştır.

Kayıplar Latin Amerika'yla sınırlı kalmayıp 1980'li yıllarda dünyada çatışmaların yaşandığı pek çok bölgesine yayılmıştır. Irak'taki kayıplarla ilgili olarak, BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun raporuna göre, bugüne kadar gruba bildirilen kayıp sayısı 16.545 olup, bunlardan 16.408'i henüz aydınlatılmamıştır. Aynı şekilde İran, Cezayir gibi islam ülkelerinde de zorla kaybetme vakaları görülmektedir.

Kayıp vakaları aynı zamanda Sri Lanka'da dehşet verici boyutlara ulaşmış durumdadır. Ayrılıkçı Tamil Kaplanları Örgütü üyesi olmak suçlamasıyla her yıl binlerce insan gözaltına alınmakta ve kaybedilmektedir. Ülkede uygulanmakta olan terörizmle mücadele yasasının acil önlemleri kapsamında gözaltı ve tutukluluk kayıtları tutulmadığı için, yakınları göz altına alınan ve yıllarca yargılanmayı bekleyen kişiler açısından belirsizlik devam etmektedir. 2000 yılında BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu Sri Lanka hükümetine, Terörizmle Mücadele Yasası'nın

3 Amnesty International, Argentina : Investigation into Disappearances- A Step towards settling Outstanding Dept from « Dirty War », 13.10.1998, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR13/010/1998/en/d7c93f6a-da97-11dd-80bc-797022e51902/amr130101998en.html>. (25/07/2011).

4 Un Working Group on Enforced Disappearances, Working Group Report 2011, A/HRC/16/48. BM Zorla Kaybetmelerle ilgili Çalışma Grubu kurulduğundan beri Şili'de 907 zorla kaybetme vakasını hükümete bildirmiş olup, bunlardan 806'sı ise hâlâ aydınlatılmayı beklemektedir. Peru'da ise 2371 kayıptan hiç birisinin henüz akıbeti aydınlatılmamıştır. El Salvador'da bildirilen 2662 kayıp vakasından 2271 tanesi aydınlatılmayı beklemektedir. Kolombiya'da ise rapor edilen 1236 zorla kaybetmeden 957'si henüz sonuçlanmamıştır. Uruguay'da 31 vakadan 11'i aydınlatılmış, Honduras'ta da 207 zorla kaybetme mağdurunun 127'sinden haber alınmamıştır.

kaldırılması ya da uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu hale getirilmesi yönünde acil çağrıda bulunmuştur.⁵ Sri Lanka'dan BM İnsan Hakları Komisyonu'na bugüne kadar bildirilen kayıp sayısı 122.302'a ulaşmış, bunlardan 56.532'ü henüz çözüme ulaştırılmamıştır.

Kişileri zorla kaybetme uygulaması 1980'lerden itibaren hızla artış göstererek dünyanın pek çok bölgesine yayılmıştır. Birleşmiş Milletler Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun yıllık raporlarına göre, iç çatışmaların ve sivil savaşların yoğun olduğu bölgelerde zorla kaybetme, ayrılıkçı ve muhalif güçlere uygulanan sistematik bir bastırma yöntemi haline gelmiştir. 1980-2010 yılları arasında yapılan istatistiklere göre, bazılarında kitlesel boyutlara ulaşmış olmak üzere, en çok kayıp vakasının görüldüğü Sri Lanka, Filipinler, Peru, Nepal, Irak, İran, Guatemala, El Salvador, Guatemala, Şili, Arjantin, Cezayir gibi ülkelerde kayıp olaylarının büyük çoğunluğu aydınlatılabildiği değildir.⁶ Yapılan istatistikler göstermektedir ki kişileri zorla kaybetme suçunun en ayırt edici özelliği, aydınlatılması neredeyse imkansız olduğu için, yıllar geçmesine rağmen sorumluların karanlıkta kalması ve dokunulmazlıklarını korumasıdır.

Kayıpların son yıllarda en sık gündeme geldiği alan ise terörizme karşı savaş politikasıdır. Amnesty International ve Human Rights Watch'un raporlarına göre Amerika Birleşik Devletleri'nin elindeki 39 tutuklunun akıbeti belirsizdir. 2007 yılında 6 insan hakları örgütü ortak bir rapor yayınlarak ABD'nin elinde bulunan Mısır, Kenya, Libya, Fas, Pakistan ve İspanya uyruklu kayıp tutukluların isimlerini yayınlamıştır.⁷

Kayıplarla ilgili uluslararası düzeyde raporlama, istatistik, izleme ve tavsiyede bulunma faaliyetlerini yürüten BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu 1980'de kurulmuş, BM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde çalışan, bağımsız uzmanlardan oluşan ilk özel mekanizmadır. Ancak Çalışma Grubu'nun yetkisi, kayıp vakalarını raporlama ve devletlere tavsiyede bulunmayla sınırlıdır.

5 Amnesty International, "Sri Lanka: Forgotten Prisoners: Sri Lanka uses Anti Terrorism Laws to Detain Thousands", ASA 37/001/2011, <http://amnesty.org/en/library/asset/ASA37/001/2011/en/64530ad7-76a6-4fb1-8f46-996c8543daf8/asa370012011en.pdf>. (29/05/2011).

6 UN Working Group on Enforced disappearances, Annex III to the Report of the Working Group on Enforced or Involuntary disappearances: statistical summary: cases of enforced disappearances reported to the Working Group between 1980 and 2010.

7 Amnesty International, Human Rights Watch, "Off the record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror", www.amnesty.org. (29/05/2011).

BM bünyesinde ilk uluslararası bağlayıcı hukuki mekanizma olan Herkesin Zorla Kaybedilmelere Karşı Korunması için Uluslararası Sözleşme'nin (Kayıplar Sözleşmesi) yürürlüğe girmesine kadar, uluslararası ölçekte hukuken bağlayıcı bir denetim mekanizması kabul edilmediği. Bölgesel düzeyde ise, 29 Mart 1996'da yürürlüğe giren Zorla Kaybedilmelere karşı Amerikan Sözleşmesi, özel olarak kayıplar ile ilgili bağlayıcı yükümlülükler getiren ilk hukuki metindir. BM Genel Kurulu da 18 Aralık 1999'da Zorla Kaybedilmelere Karşı Herkesin Korunmasına İlişkin Bildirge'yi kabul etmiştir. Bildirge kişileri zorla kaybetmenin tanımından, suçun önlenmesi ve cezalandırılmasına kadar kapsamlı gözlemler içermesine rağmen bağlayıcı güçten yoksundur; ancak Kayıplar Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden önce önemli bir işlev yerine getirerek, içerdiği tanım ve yeni hükümlerle zorla kaybetme uygulamasının teşhis edilebilmesini sağlamış ve devletlere ihlallerin sona erdirilmesi için yol gösterici olmuştur.⁸

B- Türkiye'de Kayıplar

Kişileri zorla kaybetme Türkiye'de sadece 12 Eylül 1980 darbesinin ertesinde değil, olağanüstü halin damgasını vurduğu 90'lı yıllarda da sistematik bir devlet şiddeti olarak uygulanmıştır. Gözaltında kayıp vakaları 1990 yılından itibaren, çoğu OHAL bölgesinde olmak üzere her yıl artış göstermiştir. 1980 darbesi ertesinde ilk kayıplardan olan Hayrettin Eren'in gözaltına alındığı güvenlik güçleri tarafından sistematik bir şekilde inkar edilmiştir. Gözaltına alma olgusunun inkarının yanı sıra kayıp kişilerin gözaltında oldukları sırada kaçtıkları ya da kaçırıldıkları iddiası da kolluk güçleri tarafından sıkça başvurulan bir açıklama olmuştur.⁹

Türkiye'de kayıplara ilişkin veriler İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı gibi insan hakları örgütleri tarafından kayıt altına alınmaktadır; ancak gözaltında kaybedilen kişilerin gerçek sayısına ulaşmaya imkan verecek resmi veriler mevcut değildir. Tatil için gittiği İğneada'da şüpheli bir şekilde kaybolan ve dört yıldır haber alınamayan

8 G. Alpkaya, "Kayıplar Sorunu ve Türkiye", *AÜSBFD*, 1995, Cilt 50, Sayı 3-4, s. 32.

9 Türkiye'de kişileri zorla kaybetme uygulamasıyla ilgili çarpıcı bir dosya için bkz. : İnsan Hakları Ortak Platformu, "Dosya : Kayıplar", *Dialog*, Eylül-ekim 2009, http://e-kutuphane.ihop.org.tr/pdf/kutuphane/22_81_0000-00-00.pdf. (02/06/2011).

Tolga Baykal Ceylan'ın durumunun açığa çıkması üzerine¹⁰, Şubat 2011'de TBMM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde Gözaltında Kaybolan Kişilerin Akıbetini Araştırma Alt Komisyonu kurulmuştur.¹¹ Bu ana kadar devlet nezdinde kayıp iddialarına dair veri toplamak ve soruşturma yürütmekle yükümlü bir birim oluşturulmuş değildir.

İnsan Hakları Derneği'nin 1999 yılına kadar kayıt altına aldığı kayıp sayısı 543' e ulaşmıştır. Ancak özellikle OHAL bölgesinde kayıp yakınlarının tamamının resmi başvuruda bulunamamaları nedeniyle bu sayının gerçek kayıp sayısını yansıtmadığı ifade edilmektedir.¹² Tek tek ya da toplu olarak infaz edilen bazı kayıpların cenazelerine ulaşılmış olmakla birlikte Türk Tabipler Birliği'nin kurduğu inceleme heyetinin gözlemlerine göre: *“Şu ana kadar 1.469 kişiye ait kemiklerin bulunduğu 114 toplu mezarın tespit edildiği; açılan 26 toplu mezarda 171 kişinin kemiklerine rastlandığı bildirilmekle birlikte olayın gerçek boyutları çok daha büyüktür. Hakkari'den Tunceli'ye kadar çok geniş bir coğrafya'da yüzlerce toplu mezarda gömülü kimliği belirsiz binlerce ceset söz konusudur.”*¹³

Hayatına son verilenlerin cenazelerinin ailelerine verilmemesi, kayıpların kendilerine ait bir mezarının bulunmaması, ailelerin yakınlarının akıbetine ilişkin hiç bir bilgiye ulaşamaması büyük bir travma yaratmaktadır. Türkiye'de kayıp yakınları 1995'den beri, Cumartesi Anneleri ve Cumartesi İnsanları olarak her hafta bir gün Galatasaray Meydanı'nda nöbet tutarak kayıp yakınlarının bulunması çağrısında bulunmaktadır.

10 Radikal Gazetesi, “Kayıp Yakınları için Umut Komisyonu”, 10/02/2011.

11 Komisyon kuruluşundan itibaren şu ana kadar Tolga Baykal Ceylan ve Cemil Kırkbayır'ın durumunu incelemiştir. Komisyon aynı şekilde göz altına alınan kişilerin tanıklıklarını dinledikten ve kamu görevlilerinin ifadelerine başvurduktan sonra Cemil Kırkbayır'la ilgili raporunda şu sonuca varmıştır: *“... sorgu esnasında kötü muameleye tabi tutulduklarını ifade eden arkadaşlarının tanıklığı ile Cemil KIRBAYIR'a sorgu sırasında kaba dayak uygulandığına, falaka ile dövüldüğüne ve elektrik şoku verilmek suretiyle işkence gördüğüne dair ifadeleri yeterli delil olarak kabul etmiş ve KIRKBAYIR'ın bu işkence sonucu yaşamını yitirmiş olduğuna kanaat getirmiştir.(..) Komisyonumuz; Cemil KIRBAYIR'ın gözaltında iken işkence gördüğüne, bu işkence sonucunda hayatını kaybettiğine ve cesedinin ölümüne sebebiyet veren sorgulamaları yapan kamu görevlilerince ortadan kaldırıldığına inanmaktadır.”* Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2011/cemil_kirbayir_raporu.pdf. (18/10/2011).

12 Bianet, “Türkiye'de Gözaltında Kayıplar”, 25/01/ 2005.

13 Türk Tabipler Birliği, Basın Açıklaması, 21/02/2011.

Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na bağlı Kayıplar Alt Komisyonu'nun kurulmasıyla birlikte, aynı zamanda Türkiye'nin pek çok yerinde toplu mezar kazılarına başlanmıştır. Ancak bu mezar açma işlemlerinde Birleşmiş Milletler'in kabul ettiği Minnesota Otopsi Protokolü'nün öngördüğü arkeolojik kazı yöntemleri ve bilimsel teknikler kullanılmamakta; Türk Tabipler Birliği'nin de dikkat çektiği üzere kepçe, dozer kullanılarak daha çok mezarların ve kalıtların tahrip edilmesine sebep olmaktadır.

Kişileri zorla kaybetme suçunun bilhassa 1990'lı yıllarda sistematik bir devlet terörü olarak uygulandığı bir ülke olarak Türkiye'nin, Birleşmiş Milletler Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olması ve yakın tarihindeki kayıp vakalarını, tarihi bir vicdan hesaplaşmasıyla soruşturmaya başlaması, yüzlerce ailenin en azından kaybedilen yakınlarıyla vedalaşma hakkını tanımış ve acılarını bir ölçüde hafifletmiş olacaktır; en önemlisi de sorumluların ortaya çıkarılması ve yargılanması için bir başlangıç yaratabilecektir.

II- EVRENSEL BİR MÜCADELEYE DOĞRU: ZORLA KAYBEDİLMEMEYE KARŞI HERKESİN KORUNMASI İÇİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME

BM nezdinde özel bir çalışma grubu kurulana kadar kayıplar olgusunun hukuki olarak ele alınması yönünde pek çok evrensel ya da bölgesel hükümetlerarası organ çaba sarf etmiştir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına ise 2002 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu liderliğinde başlanmıştır. Kayıplarla uluslararası ölçekte mücadele etmek amacıyla uluslararası bir sözleşme taslağı çalışmaları yürüten ilk organ Paris Barosu İnsan Hakları Enstitüsü olmuş¹⁴; süreç 1981 yılında gerçekleştirilen bir kolokyum ile başlamıştır. BM Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'nin ilan edildiği 1992 yılına kadar birçok uluslararası toplantı ve çalışma yürütülmüştür. Nihayet 2005 yılında, büyük ölçüde Latin Amerika'daki kayıp yakınlarının oluşturduğu

14 C. Callejon, "Une immense lacune du droit international comblée avec le nouvel instrument des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, 2006/66, s. 339.

derneklerin çabalarıyla¹⁵, Birleşmiş Milletler bünyesinde Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kabul edilmiş ve 23 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁶ Sözleşme'nin kabulünde dört kuruluş önemli rol oynamıştır. Bunlar İnsan Hakları Komisyonu bünyesindeki Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu, BM İnsan Hakları Komitesi ve Komisyonu ile Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'dir.¹⁷

Sözleşme'nin getirdiği yenilik, kişileri zorla kaybetmenin uluslararası düzeyde bir suç olarak tanımlanmasıdır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesine kadar kayıp vakaları değişik uluslararası organ ve kuruluşlar tarafından farklı şekilde ele alınmaktaydı. Ortak bir tanım olmayışının yarattığı boşluk uygulamada kişileri zorla kaybetmenin, farklı hak ihlalleri kapsamında değerlendirilmesine sebep oluyordu. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde ya da bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer alan birden fazla hakkın ihlalinin birden içeren zorla kaybetme suçuna karşı devletlerin ihlalin yöneldiği her bir hakkın korunması için pozitif yükümlülükler altına sokulduğu, parçalı ve dağınık bir koruma sistemi mevcuttu. BM İnsan Hakları Komitesi¹⁸, Amerikalılararası İnsan Hakları

15 Bu derneklerin başında Latin Amerika Kayıp Tutsak Aileleri Federasyonu (FEDEFAM) gelmektedir. FEDEFAM Latin Amerika'da kişileri zorla kaybetme sorununun kamusal bir tartışma haline gelmesinde büyük rol oynamıştır. Latin Amerika ve Karayip ülkelerinde gözaltında kaybedilenlerin yakınlarının kurduğu dernekler tarafından 1981 yılında oluşturulan FEDEFAM, aynı yıl Venezüella'da yapılan ikinci kongresinde resmi statü kazanmıştır. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC)'de danışman statüsüne sahip olan FEDEFAM, her türlü siyasi ve dinsel öğreti ve kurumdan bağımsız, kâr amacı gütmeyen bir insani yardım örgütüdür. Arjantin, Bolivya, Brezilya, Kolombiya, Şili, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Nikaragua, Paraguay, Peru ve Uruguay'da çalışmalarını sürdürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.desaparecidos.org/fedefam/>.

16 BM Genel Kurulu'nun 61. oturumu sırasında, A/RES/61/177 sayılı kararlar, 20 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen Kayıplar Sözleşmesi 6 Şubat 2007'de imzaya açılmıştır. Bugüne kadar 90 devlet Sözleşme'yi imzalamış, bunlardan 30'u Sözleşme'yi onaylamıştır. Sözleşme'nin imza ve onay durumu için bkz. : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidg_no=IV16&chapter=4&lang=en. (18/10/2001).

17 O. Frouville, « La Convention des Nations-Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : Les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire », *Droits fondamentaux*, no. 6, janvier, décembre 2006, www.droits-fondamentaux.org. (05/06/2011).

18 Bkz. Bleier - Uruguay, İnsan Hakları Komitesi (HRC), Başvuru No. 30/1978, Sanjuan Arevalo - Kolombiya, HRC , Başvuru No. 181/1984, Mojica - Dominik Cumhuriyeti, HRC, Başvuru No. 449/1991.

Mahkemesi¹⁹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²⁰ zorla kaybetmenin, kişi özgürlüğü ve güvenliğini, insani tutukluluk koşullarını, işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağını çiğnediğini kabul etmişti.

Zorla kaybetmenin diğer suç tiplerinden bağımsız, özgün bir ihlal olarak tanımlanması, uluslararası hukukta failleri kaybetme eylemlerinden bireysel olarak sorumlu tutabilme arayışında büyük bir açıklık sağlamıştır.²¹ Öte yandan, bu tür eylemlerin uluslararası suç olarak tanımlanmasını da kolaylaştırmıştır. Ancak kayıplar sorununu bireysel sorumluluk temelinde ele alma eğilimi, giderek devletlerin sorumluluğunu geri plana atacağı gerekçesiyle eleştiriye de konu olmuştur.

2010 yılında yürürlüğe giren Sözleşme kişileri zorla kaybetmeyi uluslararası bir suç olarak yasaklamakta ve uluslararası hukuk önünde bireysel cezai sorumluluk esasını ve yargılanabilirliği kabul etmektedir. Aynı zamanda konunun, suçun özgün niteliği nedeniyle, mevcut insan hakları koruma sistemleri kapsamında ya da iç hukuktaki “alıkoyma, kaçırma” gibi suç kalıplarıyla tüm yönleriyle ele alınamamasının yarattığı sorunları da ortadan kaldırmaktadır. Sözleşme bu haliyle, 1992 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Bildirisi”nde yer alan temel ilkeler ekseninde oluşturulmuş, kaybetme fiilinin tanımlanmasına, ulusal ve uluslararası düzeyde suç olarak düzenlenmesine, önlenmesine ve cezalandırılmasına yönelik tamamlayıcı ve daha açık, geliştirilmiş bir metin niteliğindedir. Sözleşme metninin devletlerin görüşüne sunulduğu iki yıllık süreçte pek çok devlet kaybetme suçuna karşı iç hukuklarında yeterince etkili ve kapsayıcı hükümlerin zaten yer aldığı ve yeni bir sözleşmeye ihtiyaç olmadığı yönünde çekinceler iletilmişlerdir.²² Bazı devletler kabul edilecek yeni metnin bir sözleşme şeklinde değil de, hukuken bağlayıcı nite-

19 Bkz. Velasquez Rodriguez (1988), Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-Am Court HR) (c serisi) No. 4; Godinez Cruz - Honduras (1989) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 8; Blake - Guatemala (1998) Inter-Am Court No. 36; Caballero Delgado ve Santana - Kolombiya (1995) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 22; Castillo Paez - Peru (1997) Inter-Am Court HR (c serisi) No. 34 .

20 Bkz. AİHM Kaya-Türkiye (2000); Kıbrıs-Türkiye (2001) ; Şeker-Turkey, (2006), Çakıcı-Turkey (1999), Bozorkina -Rusya (2006) kararları.

21 K. Anderson, “How effective is the international convention for the protection of all persons from enforced disappearance likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance”, Melbourne Journal of International Law, vol. 7, <http://mjil.law.unimelb.edu.au/index.cfm?objectid=9668927E-5056-B405-519EE03084ADE2B5>. (18/05/2011).

22 O. Frouville, *art. cit.*

lik taşıyacak, İşkenceye Karşı Sözleşme'ye ya da Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne ek bir protokol olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Nihayet, ilk kez 2003 yılında toplanan Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun ve özellikle kayıp yakınları derneklerinin çabaları sonucunda, oldukça kapsamlı, mevcut standartların üzerinde ve özellikle uluslararası teamül hukukundan beslenen bir sözleşme kabul edilmiştir.

A- Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunma: Otonom ve Özgün Bir İnsan Hakkı

Sözleşme'nin 1. maddesi ne göre²³:

1. *Hiç kimse zorla kaybedilmeye maruz bırakılamaz.*
2. *Fiili savaş durumu, savaş tehdidi, ülke içinde siyasal istikrarsızlık veya başka herhangi bir kamusal acil durum dahil olmak üzere, hangi istisnai koşullar söz konusu olursa olsun, bunlar zorla kaybedilme olayları için gerekçe olarak ileri sürülemez.*

1. maddenin 2. fıkrası, hiç bir koşul ve bağlamın zorla kaybetme eylemlerini meşrulaştıramayacağını, kişileri zorla kaybetme yasağının hem uluslararası hem de uluslararası olmayan çatışmalar için geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin, zorla kaybedilmeye karşı korunmayı, hiç bir koşul ve gerekçeyle sınırlandırmayacak mutlak bir insan hakkı olarak kabul ettiği görülmektedir. Hiç bir istisnai koşul, Sözleşme'ye göre, zorla kaybetmeyi meşru kılamaz. Hiç bir sınırlandırma sebebinin meşru kabul edilmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. 1 (2). maddeden anlaşılacağı gibi kişileri zorla kaybetme savaş zamanında da yasaklanmıştır. Bu yasak Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 3. Protokol çerçevesinde savaş esirlerini de kapsamaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesi, Zorla Kaybetmeye Karşı Bildiri ile İşkenceye Karşı Sözleşme'de yer alan koruma maddesini²⁴, kapsamını genişleterek tekrar ele almaktadır. Zorla kaybetmenin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'ne

23 Sözleşme'nin Türkçe'ye çevirisinde, birebir olmamakla birlikte İnsan Hakları Ortak Platformu'nun (İHOP) yapmış olduğu gayresmî çeviriden yararlanılmıştır. Sözleşme metni için bkz.: www.ihop.org.tr

24 Maddenin 2. bendi, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendini aynen tekrar etmektedir.

göre insanlığa karşı suçlar listesinde yer aldığı düşünüldüğünde, zorla kaybedilmeye karşı korunma hakkının bir insan hakkı olarak tanınması doğal bir sürecin devamı olarak görülebilir.

Bu yeni koruma hükmü, müdahale edilemeyecek yeni bir otonom hak ihdas etmesi sebebiyle uluslararası insan hakları hukukunda tarihi bir noktayı işaret etmektedir; dolayısıyla, zorlayıcı olmayan uluslararası hukuki metinlerin, içtihat hukukunun ve en önemlisi bu alandaki tek mevcut bölgesel koruma mekanizması olan Amerikan Sözleşmesi'nin geliştirdiği evrimci bir sürecin ürünü, tamamlanma noktası olarak görülebilir.²⁵ Zorla kaybedilmeye maruz kalmama hakkının önemi Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarıyla güçlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre “zorla kaybetme yasağı ve buna bağlı olarak sorumluları soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü *jus cogens* niteliği kazanmıştır²⁶.”

1- Kişileri zorla kaybetmenin yeni bir uluslararası suç tipi olarak kabulü

Zorla kaybetme oldukça ağır ve karmaşık bir suç tipidir; hem birden fazla mağduru olması nedeniyle, hem de bünyesinde birden fazla ihlal/saldırı barındırması sebebiyle *sui generis* bir suç olarak tanımlanabilir.²⁷ Soykırım ya da işkencenin aksine uluslararası hukuk enstrümanlarıyla daha önce öngörülmediği ve tanımlanmadığı için Sözleşme büyük bir yenilik getirmektedir.

Zorla kaybetme, bir dizi insan hakkı ihlali içermesi sebebiyle karmaşık yapılı bir suçtur. Özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, hukuki kişiliğe sahip olma hakkını belirli koşulların varlığında ihlal edebilmektedir. Hiçbir bölgesel insan hakları sözleşmesinde açıkça yer almayan kişileri zorla kaybetme suçu, mahkemelerin, sözleşmelerle güvenceye alınmış mevcut haklar bağlamında devletlere

25 T. Scovazzi, G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 284.

26 Inter-Am Court HR, *Goiburú ve diğerleri / Paraguay*, 22 Eylül 2006, para. 84., aktaran T. Scovatti, G. Citroni, *op. cit.*, s. 284.

27 F. Andreu-Guzman, “El Proyecto de convencion internacional para la proteccion de todas las personas contra la desapariciones forzadas” in Impunidad Crimen de lesa humanidad y desapariciones forzadas”, ss. 75-108'den aktaran C. Callejon, *art. cit.*, s. 340.

soruşturma, önleme, cezalandırma yükümlülüğü getirdiği kararlarında somutlaşmaktadır.²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle Türkiye'yle ilgili verdiği kararlarda öne çıkan gözaltında kayıplarla ilgili Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi son derece ayrıntılı ve titiz bir metodoloji oluşturmuştur.²⁹ Mahkeme zorla kaybetme suçunu sistematik biçimde “*çoklu insan hakları ihlali*” olarak değerlendirmiştir.

İnsan Hakları Komitesi'nin 1982 yılında yaşam hakkıyla ilgili kabul ettiği Genel Gözlem'de “*Devletlerin bireylerin kaybedilmesini önlemek için özel ve etkili önlemler almasının gerektiği*” ifade edilmiş; ayrıca “*yaşam hakkının ihlali ihtimalini ortaya koyabilecek koşullarda, kaybolmuş kişilerin durumlarını derinlemesine soruşturmak için Devletin gerekli araç ve usulleri uygulamaya koyması gerektiği*” vurgulanmıştır.

a) Kişileri zorla kaybetmenin tanımı

Zorla kaybetmenin tanımı Sözleşme'nin 2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre:

“Bu Sözleşme'nin amaçları açısından “zorla kaybetme”, kişilerin, Devlet adına görev yapan veya Devletin yetkilendirmesi, desteği veya bilgisi dahilinde hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını takiben kaybolan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığıнын veya bulunduğu yerin ya da akıbetinin gizlendiğinin reddedilmesini ve böylece yasa koruması dışında bırakılmasını ifade etmektedir.”

BM'nin 1992 tarihli Bildirisi, giriş bölümünde zorla kaybedilmenin olgusal tarifini yapmakla birlikte zorla kaybetmenin tanımını içermiyordu; yine de bu madde Zorla Kaybedilmeye Karşı Amerikan Sözleşmesi'nin 2. maddesinin, BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ve Roma Statüsü'nün 7 &2 i) maddesinin esin kaynağı olmuştur.

28 Bkz. özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kurt -Türkiye ve Timurtaş - Türkiye kararları.

29 Ayrıntılı bilgi için bkz.: J. Benzimra-Hazan, “Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme”, *RTDH*, 2001, ss. 765-796.

Zorla kaybetmenin tanımlanması Çalışma Grubu'nun hazırlık çalışmaları sırasında bir dizi tartışmaya neden olmuştur. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında tartışma yaratan önemli noktalardan biri “*bukuki koruma dışında bırakma*” ifadesidir. Bu unsurun zorla kaybedilme tanımının maddi unsurlarından biri mi olduğu, yoksa fiilin kaçınılmaz bir sonucu mu olduğu tartışılmıştır. Bazı delegasyonlar bunun ihlalin dördüncü unsuru olduğu iddiasını dile getirmişlerdir. Birleşik Krallık delegasyonu bu unsurun, bir iç hukuktaki kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen özgürlüğünden yoksun bırakılma veya tutuklama durumunu ya da iç hukuktaki kuralların uluslararası hukuka aykırı olması durumunu karşıladığını ileri sürmüştür.³⁰ Arjantin delegasyonu ise hukuki koruma dışında bırakma olgusunun dördüncü bir unsur olamayacağını, bir araya gelen diğer üç unsurun kümülatif etkisinin bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür.³¹ Gerçekten de hukukun korumasından mahrum bırakma zorla kaybetmenin yapısına içkindir; zorla kaybedilen bir kişinin hukukun koruması dışında bırakılmadığı bir durum tasavvur edilemez; bu unsur özgürlüğünden yoksun bırakılma olgusunun inkarının kaçınılmaz bir sonucudur.³²

Kabul edilen tanıma göre zorla kaybetme suçunun üç temel unsuru vardır. Bunlardan birincisi devlet görevlilerinin veya devletin desteği, yardımı veya bilgisi dahilinde hareket eden kişi ve grupların varlığı, ikincisi özgürlüğünden yoksun bırakma olgusu, üçüncüsü de bu özgürlükten yoksun bırakma durumunun inkarıdır. Suçun tanımına kasıt unsurunun dahil edilmesi yönündeki talepler ise reddedilmiştir. Kastın kanıtlanmasının zorluğu ve genellikle zorla kaybetme sürecine suçun farklı safhalarında katılan kişilerin her zaman için kaybedilen kişiyi hukuk koruması dışında bırakmaya yönelik özel bir kast taşımaması karşısında subjektif unsura yer verilmesi yerinde görülmemiştir.³³

30 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (UN Commission on Human Rights), Report of the Intersessional Open-Ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN ESCOR, 62. session, UN Doc E/CN.4/2006/57, 2 şubat 2006.

31 *Ibid.*

32 Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 275.

33 K. Anderson, *art.cit.*

Özgürlüğünden yoksun bırakma unsuruyla ilgili olarak, “zorla kaybedilme” ifadesine anlamını veren, kişinin rızası hilafına özgürlüğünün elinden alınmasıdır. Kişinin güvenlik, istihbarat gibi sebeplerle kendi rızasıyla ortadan kaybolması ya da suçla mücadelede misillemeden korunmak amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılmaya rıza göstermesi halinde zorla kaybedilmeden bahsedilemeyecektir.³⁴

Zorla kaybetme tanımlanırken üzerinde çokça tartışılan bir diğer nokta, suçun failinin sadece devlet görevlileri veya devlet himayesindeki kişilerle sınırlandırılmasıdır.³⁵ Sözleşme doğrudan devlet güçlerini olduğu kadar “dolaylı devlet güçlerini” de kapsamına almıştır.³⁶ Fakat suçun tanımı, bütün devlet-dışı aktörleri kapsayacak kadar geniş tutulmamıştır. Zorla kaybetme bu özelliğiyle fidye, hürriyeti tahdit gibi suçlardan ayrılmaktadır. Bu çekinceye karşı, Sözleşme’nin sadece devlet odaklı bir zemini esas almaması gerektiği, uluslararası hukukun süjesinin sadece devletlerden ibaret olmadığı eleştirisi ileri sürülmüştür.³⁷

Suçun muhtemel failleri konusunda yaşanan bu uyuşmazlık daha genel olarak, uluslararası ceza hukukuyla uluslararası insan hakları hukuku arasında sıklıkla karşılaşılan uzlaşmazlığa işaret etmektedir. Uluslararası ceza hukukunda aslen bireylerin sorumluluğu esas iken, insan hakları mekanizmalarında ise devletlerin sorumluluğu temel alınmaktadır.³⁸

Zorla kaybetme suçunun oluşması için kaybedilen kişinin mutlaka öldürülmesi gerekmemektedir. Kişi göz altına alındığında ya da tutuklandığında hemen öldürülmüş, canlı bir biçimde bir yerden bir yere sevk edilmiş ya da gizli olarak alıkoymakta olabilir.

34 Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 272.

35 Belirtmek gerekir ki her ne kadar Latin Amerika’da kişilerin zorla kaybedilmesi temel olarak Devlet güçlerince gerçekleştirilse de, Asya’da yaşanan deneyim daha farklıdır. Endonezya, Filipinler ya da Çin’de zorla kaybetmeler devlet eliyle gerçekleştiriliyorken, Sri Lanka ya da Kaşmir’de, çatışmanın her iki tarafı da bu suçu işlemektedir. BM Çalışma Grubu bünyesinde yaşanan uzun tartışmalardan sonra Kayıp Aileleri Asya Federasyonu, FEDEFAM’la birlikte devlet eliyle kaybedilenlerle sınırlı bir düzenlemede uzlaşmıştır. Bkz. O. Frouville, *op. cit.*, s. 21.

36 K. Anderson, *art. cit.*

37 BM İnsan Hakları Komisyonu, (UN Commission on Human Rights), Report of the Intersessional Open-Ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance, UN ESCOR, 62. SESSION, UN Doc E/CN.4/2006/57, 2 şubat 2006.

38 K. Anderson, *art. cit.*

Zorla kaybetme suçunun en önemli unsuru devlet otoritelerinin kayıp kişiye ne olduğunu gizlemesi ve özgürlüğünden mahrum bırakılma olgusunu inkar etmesidir. Bu inkar farklı şekillerde olabilir; inkarın biçimi suçun oluşmasını etkilemez. Örneğin Devlet kaybolan kişinin varlığından ya da kayıp olduğundan habersiz olduğunu veya kayıp kişinin gerilla güçlerine katıldığını ya da ulaşılması mümkün olmayan başka güçler tarafından kaçırıldığını ileri sürebilir. Gerçeği söylemeyi red, zorla kaybedilmenin tipik unsuru olan belirsizliğin süregitmesine sebep olmaktadır. Kayıp kişinin akıbetine ilişkin bu belirsizlik devam ettiği sürece zorla kaybetme suçu da işlenmeye devam etmektedir.³⁹

Suçun zamansal unsuruna bakıldığında, Sözleşme'nin 2. maddesinin zorla kaybedilmenin belirli ya da uzunca bir süre boyunca devam etmesi gerektiği yönünde bir şart getirmediği görülmektedir. Bu noktada Sözleşme'nin zorla kaybetmeyi zamansal bir şartla tanımlayan Roma Statüsü'nden de ayrıldığı görülmektedir. Roma Statüsü'nün 7 (2). maddesi “ *kişilerin uzun bir süre (pour une période prolongée) Kanun korumasından mahrum bırakılması amacıyla bu kişilerin nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi (...) reddetme*” tanımını getirmektedir. Sözleşme'de ise “ *uzun bir süredir kayıp olma*” şartı aranmamaktadır. Zaten bu sürenin ne kadar uzun olması gerektiğini belirlemek de mümkün değildir. Roma Statüsü'nde ayrıca “ *kanun koruması dışında bırakma*” kastının özel olarak aranması gerektiği ifade edilmiştir. Statü'ye göre bir kişinin zorla kaybetme suçunu işlediğinin sabit olması için sadece bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması değil, aynı zamanda kaybedilen kişiyi uzun bir süre kanun koruması dışında bırakmayı da özel olarak istemiş olması gerekir.⁴⁰ Sözleşme'de ise buna benzer bir zaman sınırlamasına gidilmemesi ve özel kastın aranmaması, kanıtlamayı kolaylaştırdığı için yerinde olmuştur. Bununla birlikte Hindistan ve ABD, İnsan Hakları Komisyonu'na sözlü bir not ileterek, kabul edilen son metnin tüm delegasyonların ortak mutabakatını yansıtmadığını bildirmiş ve tanıma açıkça özel kastın eklenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Zorla kaybetme suçunun oluşması için bir kişiyi hukukun koruması dışında bırakmaya yönelik özel kastın aranmasını savunan görüş ikna edici değildir; zira bu tür bir sınırlama, zorla kaybedilmenin iç hukukta bir

39 *Ibid.*

40 O. Frouville, *art. cit.*, s. 17.

ihlal oluşturmadığı durumlarda ya da devlet görevlisinin bir emir ya da talimatı yerine getirdiği hallerde veya devletin güvenlik gibi sebeplerle bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığına dair bilgi vermemesine iç hukukun izin verdiği durumlarda devletlere bir meşrulaştırma aracı sunacaktır.⁴¹

b) İnsanlığa karşı suç olarak kişileri zorla kaybetme

Roma Statüsü'nün aksine Sözleşme'ye göre, zorla kaybetme nedeniyle uluslararası hukuk önünde sorumluluk doğması için insanlığa karşı suçun koşullarının oluşmasına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde işkence ya da kötü muamele de uygulanmış olması gerekmez. Ancak Sözleşme, zorla kaybetmenin insanlığa karşı suçlar kapsamında uygulanmasını göz ardı etmemiş ve bunu ayrı bir hukuki rejime tâbi kılmıştır.⁴²

Sözleşme'nin 5. maddesi zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olarak işlenmesi halinde yürürlükteki uluslararası hukukun uygulanacağını belirterek, açıkça ifade etmese de, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini güçlendirmiştir. Sözleşme şüphesiz aynı zamanda gelecekte kabul edilmesi muhtemel uluslararası mekanizmalara da işaret etmektedir. 5. maddeye göre:

“Zorla kaybedilmelerin yaygın veya sistematik biçimde uygulanması, yürürlükteki uluslararası hukukun tanımladığı şekliyle, insanlığa karşı işlenmiş suç teşkil eder ve bu mahiyetiyle fil yürürlükteki uluslararası hukukun yaptırımlarına tabidir.”

Zorla kaybetmenin Sözleşme kapsamında insanlığa karşı suç olarak düzenlenmesi, Roma Statüsü'ne taraf olmayan ülkeler için önem taşımaktadır. Devletler insanlığa karşı suç olarak zorla kaybetmeyi uygulayan kişileri Sözleşme'nin yarattığı hukuki zemin temelinde yargılayabileceklerdir. Suçun insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenmesinin sonucu olarak, evrensel yargı yetkisi, af ve muafiyetlerin uygulanmaması, devletlerin soruşturma, yargılama ve cezalandırma safhasında uluslararası düzeyde işbirliği yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır.⁴³ İnsanlığa karşı suçun tespitinde, uygulamadaki yaygınlık ve sistematiklik, zorla kaybetmenin yöneldiği kitle ve insan onurunu ihlal etme düze-

41 Scovazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 284.

42 K. Anderson, *art. cit.*

43 Scavazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 285.

yi dikkate alınacaktır.⁴⁴ Ancak bu sistematik uygulamanın kapsamına ilişkin belirleyici hükümler ne 1992 tarihli Bildiri’de, ne 1994 tarihli Amerikan Kayıplar Sözleşmesi’nde, ne de BM Kayıplar Sözleşmesi’nde yer almaktadır.⁴⁵

Sözleşme’den önce, bölgesel insan hakları mahkemesi kararlarında da kişileri zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç oluşturduğu kabul edilmiştir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi 2004 yılında verdiği bir kararında⁴⁶ hiç bir koşul belirlemeksizin zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olduğunu ifade etmiş; 2006’da verdiği, dört kayıp vakasıyla ilgili bir kararında⁴⁷ ise zorla kaybetmenin sistematik bir devlet terörü oluşturduğunu ve devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunu doğurduğunu vurgulamıştır. Zorla kaybetmenin 1998 tarihli Roma Statüsü’ne dahil edilmesinde ise yaşanan korkunç deneyimin izi nedeniyle, Latin Amerika ülkelerinin, Kosta Rika, Şili ve Meksika’nın desteği büyüktür.⁴⁸

2) Mağdur haklarının kapsamının genişletilmesi

Zorla Kaybedilmeye karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme’nin en önemli getirilerinden biri, mağdur tanımını genişletmesi ve kayıp kişinin yanı sıra, ailesi ve yakınlarının da bu kapsama alınmasıdır. Sözleşme’nin 24. maddesine göre “ *Bu Sözleşme’nin amaçları açısından “mağdur” kaybedilen kişi ve zorla kaybedilme nedeniyle doğrudan zarar gören tüm diğer özel kişileri ifade eder.*” Bu madde zorla kaybetmenin tek mağdurunun zorla kaybedilen kişi olmadığını düzenleyerek devletlere kayıp yakınlarının da haklarının korunması için yükümlülükler getirmektedir.

44 Zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olarak tanınması yönünde kayıp yakınlarının oluşturduğu deneklerin, özellikle FEDEFAM’ın büyük çabası rol oynamıştır.

45 İnsanlığa karşı suçların “yaygın ve sistematik uygulama” koşuluna ilişkin kıstaslar uluslararası ceza mahkemelerinin verdiği kararlarla somutlaşmaktadır. Örneğin Eski-Yugoslavya için Ceza Mahkemesi’nin verdiği Tadic kararına göre, sivil bir nüfusa yönelik sistematik ya da yaygın bir saldırıyla ilişkili ise, tek bir eylem dahi insanlığa karşı suç oluşturabilir. Eğer eylemler bu özgün bağlam içinde kalıyorsa, bir tek ya da sınırlı sayıda kurbanı yönelik eylem de insanlığa karşı suç sayılır.” Bkz. Eski-Yugoslavya için Ceza Mahkemesi (ICTY), *Tadic*, No IT-94-1, 15 Temmuz 1999, parag. 248, dipnot 311.

46 Inter-Am. Court HR, *19 Comerciantes - Kolombiya*, 5 Temmuz 2004, para. 142.

47 Inter-Am. Court HR, *Goiburú ve diğerleri - Paraguay*, 22 Eylül 2006, C Serisi, no. 153., aktaran Scavazzi, Citroni, *op. cit.*, s. 180.

48 Latin Amerika ülkelerinin yanı sıra Fransa, Yemen, Birleşik Krallık, Hindistan gibi ülkeler de zorla kaybedilmenin Statü’ye girmesini desteklemişlerdir.

Uluslararası organların kararlarında zorla kaybedilmenin etkisinin mağdur aileleri için de bir işkence biçimini aldığı kabul edilmiştir.⁴⁹ Fakat özellikle belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutumu daha katıdır; kayıp yakını kendi çektiği sürekli acı ve ızdırabın Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında insanlık dışı bir muameleye dönüştüğünü kanıtlamak zorundadır. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumuna tezat olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kayıp yakınları için bir karine kabul etmiş değildir.⁵⁰ Kayıplar Sözleşmesi ise, bir görüşe göre sadece kayıp yakınlarını değil, onlara destek veren ve yardım eden kişileri, örneğin insan hakları savunucularını ya da avukatları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaya müsaittir.⁵¹

a) Tazminat hakkı

Kayıp ailelerinin mağdur statüsünün kabul edilmesi, özellikle tazminat hakkı ve diğer giderim hakları açısından önem taşımaktadır. 24. (4). madde kayıp aileleri için tazminat hakkını düzenlemektedir.⁵² Tazminat hakkı, maddi ve manevi tazminatın yanı sıra, ailelerin yaşadığı acıyı teskin etmek için farklı giderim yöntemlerini de içermektedir. 24. maddede maddi ve manevi tazminatın yanı sıra kayıpların iadesi, rehabilitasyon, kişinin onurunun ve saygınlığının yeniden iadesi dahil, hakkın teslimi ve olayın bir daha tekrarlanmayacağına ilişkin güvenceler de hakkın kapsamında sayılmıştır. Sözleşme mağdur tanımını ve tanınan hakların kapsamını genişleterek dünyanın dört bir yanındaki kayıp yakınlarının mağduriyetlerini giderme yönünde önemli bir adım atmıştır.

Sözleşme'nin düzenlediği bir diğer konu da çoğunlukla göz ardı edilen, kaybedilen anne-babaların çocuklarının kaçırılmasıdır. Hamile kadınların kaçırılıp gizlice doğum yaptırılarak çocuklarına el koyulması Latin Amerika'da yaşanan kayıp olaylarının en korkunç yüzlerinden biri-

49 İnsan Hakları Komitesi, kaybedilmelerin aileler açısından Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ihlalini oluşturduğunu ifade etmiştir. Bkz. Celis Laureano - Peru, başvuru no. 540/1993, Mojica - Dominik Cumhuriyeti, başvuru no. 449/1991. Inter-Am. Court HR, Blake - Guatemala; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kurt - Türkiye kararı.

50 Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 344.

51 *Ibid.*, s. 345

52 Md. 24 (4): "Taraf Devletlerden her biri, zorla kaybedilme olayı mağdurlarının durumlarının düzeltilmesi ve adil ve yeterli bir tazminat alma haklarının yaşama geçirilmesi için kendi bukkuk sisteminde gerekli düzenlemeleri yapacaktır."

ni oluşturmuştur. Sözleşme'nin 25. maddesi devletlere bu suçu önlemek, cezalandırmak ve özellikle de kaçırılan çocukların kimliklerinin tespit edilerek ailelerine iade etmek için gereken önlemleri almayı emretmektedir. Bu husus daha önce Zorla Kaybedilmeye karşı BM Bildirisi ve Zorla Kaybedilmeye karşı Amerikan Sözleşmesi'nde de yer almasına rağmen, ilk kez uluslararası düzeyde bağlayıcı bir hükme konu olmuştur.

Tazminat hakkının yanı sıra Sözleşme'nin 24. maddesi ailelere, yakınlarının zorla kaybedilmesi nedeniyle uğradıkları ekonomik kayıpları ve destekten mahrumiyeti gidermek için sosyal güvence, mülkiyet hakkı, ekonomik destek gibi konularda da devletlere düzenleme yapma yükümlülüğü getirmektedir.

b) Gerçeği bilme hakkı

Sözleşme'nin uluslararası insan hakları hukuku açısından kaydettiği en önemli ilerlemelerden biri kayıp yakınlarının “gerçeği bilme hakkının/hakikat hakkının” kabul edilmiş olmasıdır. Buna göre “*Her mağdurun, zorla kaybetme olayının cereyan ettiği koşulları, yapılan soruşturmanın ilerlemesini ve sonuçlarını ve kaybolmuş kişinin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf Devletlerden her biri bunların sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır.*” Böylece ilk olarak insancıl hukukta kaynağını bulan hakikat hakkı⁵³, özellikle Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkisiyle kayıplar bakımından uluslararası insan hakları hukukunda yerini almış ve BM Sözleşmesi'yle de bağlayıcı bir niteliğe kavuşmuştur.⁵⁴ Uluslararası Kızılhaç Örgütü, kayıpların ve ailelerinin haklarıyla ilgili devletlerin iç hukuklarında yapmaları gereken düzenlemelere ilişkin hazırladığı tavsiyede, uluslararası insancıl hukukun bir zorunluluğu olarak, aile fertlerinin kayıp yakınlarının akıbeti ve yürütülen soruşturmanın seyri hakkında bilgi edinme hakkının iç hukuk mevzuatlarında düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁵ Gerçeği bilme hakkı uluslararası teamül hukukunda da kabul edilmiştir.

53 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1 numaralı Protokol'ün 32. maddesi mağdurların yakınlarının akıbetiyle ilgili gerçeği öğrenme hakkını kabul eder.

54 C. Callejon, *art. cit.*, s. 348.

55 Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (CICR), “Les Personnes portées disparues et leurs familles: Recommandation pour l'élaboration d'une législation nationale”, 10/2003, www.cicr.org. (06/07/2011). Kızılhaç Komitesi, “aile”nin geniş yorumlanması gerektiğini belirtmekte ve kayıp yakınları bakımından, aile fertlerine bilgi verilmesinin sistematik ve bilinçli biçimde reddedilmesinin bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Kişileri zorla kaybetme olayları, kayıp yakınlarının ötesinde toplumun bütünü ve onun geçmişle ilişkisini de etkilemekte; çatışma ve savaşa son vererek kalıcı bir barışın yaratılmasını engellemektedir.⁵⁶ Toplumsal uzlaşmayı ve barışmayı sağlamanın tek yolu, kayıpların akibetini ve nerede olduklarını tespit ederek kamuoyuyla paylaşmaktır. Gerçeği bilme hakkı ilk kez BM Ayrımcılığı Önleme ve Azınlıkların Korunması Alt-Komisyonu'nun insan hakları ihlalleri sorumlularıyla ilgili yayınladığı sonuç raporunda, “*dokunulmazlıkla mücadele için büyük önem taşıyan, sadece kayıp yakınlarını değil, tüm insanlığı ilgilendiren kolektif bir hak*” olarak tanımlanmıştır.⁵⁷ Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de, Amerikan Sözleşmesi'nde gerçeği bilme hakkı açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, pek çok kararında adil yargılanma hakkı ve yargısal korunma hakkı temelinde kayıp yakınlarının gerçeği bilme hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.⁵⁸ Bosna Hersek'te yaşanan insan hakları ihlalleri için harekete geçen Bosna Hersek için İnsan Hakları Dairesi de, aynı karara ulaşmak için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesi ile özel yaşama ve aile yaşamına saygıyı düzenleyen 8. maddesini hukuki temel olarak kullanmıştır.⁵⁹

Kayıplar Sözleşmesi'nin müzakereleri sırasında ABD delegasyonu, Sözleşme'de yer alan gerçeği bilme hakkı yerine “*araştırma, bilgi alma ve iletme özgürlüğü*” ifadesinin daha tercih edilir olduğunu, gerçeğe ulaşma hakkının yeni bir uluslararası hak ya da yükümlülük olarak kabul edilemeyeceğini iletmiştir. Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1 Numaralı Protokol'e de taraf olmayan ABD böylece hukuki bir gerçeği söyleme yükümlülüğünü kabul etmemektedir.⁶⁰

56 M. Crettol, A.-M. La Rosa, «Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle: le droit de savoir et la lutte contre l'impunité», *Revue Internationale de Croix-Rouge (RICR)*, vol. 88, no. 862, Haziran 2006, s. 356.

57 BM İnsan Hakları Komisyonu, *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations*, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 Haziran 1997, parag. 17.

58 Bkz. Inter Am. Cour HR, Castillo Paez - Peru, 3 Kasım 1997, Velasquez - Guatemala, 25 Kasım 2000.

59 Bosna Hersek için İnsan Hakları Dairesi (HRCBH), Palic - Sırp Cumhuriyeti, 11 Ocak 2001, no. CH/99/3196. Bosna Hersek 2004'te kayıplarla ilgili bir yasa kabul etmiş ve ailelerin kayıp yakınlarının akibetlerini bilme hakkını güvenceye almıştır. Bkz. Kayıplar Yasası, Bosna Hersek Resmi Gazetesi 50/04.A, aktaran Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 353, dipnot no. 253.

60 Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 360.

Kayıp ailelerinin gerçeği öğrenme hakkının, kişi kaybedildikten sonra hangi safhalarda ve nasıl kullanılacağı sorusu ortaya çıkabilir. Kayıp olayının soruşturulması ve delillerin toplanması sırasında bu hak kayıp yakınlarına önemli imkanlar verebilir; olayla ilgili bilgiler yetkili makamlardan istenebilir; aileler dava süreci için gerekli delil ve bilgilerin toplanması için soruşturma safhasında sürece müdahil olabilirler. Yine kayıp mezarlarının açılması ve kazıların yapılmasıyla ailelere önemli bilgiler sağlanabilir. Uluslararası ceza mahkemelerinin önüne gelen pek çok olayda, yapılan kazılarda ölüm sebebi tespit edilmesine rağmen, incelemenin çok uzun zaman aldığı ve gerekli teknoloji bulunmadığı gerekçesiyle kimlik tespiti yapılmadan kalıtlar tekrar gömüldüğü için, ailelerin hem gerçeği bilme hakkı hem de yakınlarının naaşını geri alma hakkı ihlal edilmiştir.⁶¹

Kayıp aileleri yargılama safhasında da davaya müdahil olabilir, tanık olarak dinlenebilirler. Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski-Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarında mağdurlar sadece tanık sıfatıyla dinlenerek yargısal süreçte çok kısıtlı yer almışlardır⁶²; Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde ise mağdurlara, yargılamanın her aşamasında görüşlerini ve taleplerini dile getirme hakkı tanınmaktadır.⁶³

c) Kayıp naaşlarının iadesi

İlk defa Kayıplar Sözleşmesi'yle birlikte, insan kalıntılarının iadesi, hukuken bağlayıcı uluslararası bir metinle, tazminat hakkından bağımsız biçimde, özerk bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 24 (3). maddesi, kayıp kişilerin ölmüş olması halinde, naaşının bulunduğu yerin tespit edilmesini, naaşa saygı gösterilmesini ve naaşın ölen kişinin yakınlarına iade edilmesini bir yükümlülük olarak düzenlemektedir.

Kaybedilip öldürülenlerin bedenlerinin uçaklardan atılarak, dinamitlenerek, yakılarak yok edildiği ya da toplu mezarlara gömülerek izinin kaybedilmeye çalışıldığı bilinen bir gerçektir. Arjantin Hakikat Komisyonu'na göre, bedenlerin yok edilmesi kaybetme metodolojisinin

61 M. Crettol, A.-M. Rosa, *art. cit.*, s. 358

62 *Ibid.*

63 Roma Statüsü, md. 75.

bir parçasıdır⁶⁴; bu yöntem geride kalanları sürekli umut içinde tutarak belirsizliği uzatmayı, belge ve delilleri yok ederek sorumlulara yargısal bağımsızlık sağlamayı, yakınların suskunluğunu sürdürmeyi ve ölüleri isimsiz, kimliksiz, mezarsız bırakmak suretiyle korkunç bir dönemi belleklerden silerek kamusal tepkiyi önlemeyi amaçlamaktadır.

Bazı durumlarda bedenlerin yok edilmesi kültürel değerlerin ve geleneklerin çiğnenmesi amacıyla, kitlesel bir aşağılama ve baskıyı da hedefleyebilir. Guatemala Tarihi Aydınlatma Komisyonu, ülkedeki kayıp vakalarında bedenlerin ortadan kaldırılmasının ülkede yaşayan toplulukların, özellikle Mayaların dini inanışlarını, kültürel değerlerini çiğnediğini ifade etmiştir. Ölenlerin hatırasına ve onuruna yapılan bu büyük saldırının ülkede açtığı büyük yara, ancak gizli toplu mezarların kazılmasıyla ve ölenlerin kimliklerinin tespit edilmesiyle kapanacaktır. Kurbanların bedenleri ve kalıntıları, kendi kültürlerine göre saygın bir cenaze töreni yapabilmeleri için yakınlarına teslim edilmelidir.⁶⁵ Kayıpların naaşlarına ulaşmak için yapılacak kazılar sadece hukuki bir prosedür olarak değil, her şeyden önce bireysel ve kolektif onarımın bir aracı olarak görülmelidir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de, ölenlerin naaşının iadesinin bizatihi bir tazminat biçimi olduğunu, mağdurların haysiyetini, hatıralarını onurlandırmayı amaçladığını belirterek, devleti mahkum ettiği pek çok kararında, tazminat olarak ölenin kalıntılarının ailenin istediği bir yere, ücret istenmeksizin gömülmesine hükmetmiştir.⁶⁶

64 CONADEP, *Nunca Más – Never Again*, Buenos Aires, 1984, Part I “The Repression”: Why did the bodies disappear?, http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/neveragain/neveragain_169.htm.

65 The Commission for Historical Clarification (CEH), *Guatemala: Memory of Silence*, “Conclusions – Altered Mourning and Clandestine Cemeteries”, parag. 53–54, s. 17.

66 Ör. bkz. Juan Humberto Sanchez - Honduras, 7 temmuz 2003, C Serisi, no. 99, dipnot 286.

B) Kişileri Zorla Kaybetmeyle Uluslararası Mücadele İçin Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

1) Zorla kaybetmeyi suç olarak düzenleme, yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü

Kişileri zorla kaybetmenin siyasi bir silah olarak bu denli yaygın bir biçimde kullanılabilmesi, suçun faillerinin cezalandırılmayacaklarını neredeyse kesin olarak bilmeleri sayesinde. Kayıplar Sözleşmesi uluslararası düzeyde ilk defa devletlere zorla kaybetmeyi ceza hukuklarında suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Üstelik devlet zorla kaybetmeyi bağımsız bir suç olarak düzenleme yükümlülüğü altındadır. Suçun yarattığı ihlalin ağırlığı ve mütemadi bir suç olma vasfı nedeniyle bağımsız bir düzenlemeye konu olması önemlidir.⁶⁷ Sözleşme'nin 7. maddesine göre tüm devletler kişileri zorla kaybetme suçunun ağırlığını göz önüne alarak bu suçu uygun araçlarla cezalandırmak zorundadırlar. Devletler suçun ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerini öngörebilirler.

Sözleşme'nin 8. maddesi ise zorla kaybetme suçu için farklı bir zamanasını süresi getirmektedir. Buna göre, normal şartlarda suçun işlendiği andan itibaren başlayacak olan zamanasını süresi, zorla kaybetmenin sürekli suç vasfı dikkate alınarak suçun sona erdiği, bir diğer deyişle kayıp kişinin bulunduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu açıdan bir "askıda zaman" söz konusudur. Düzenlemenin amacı yargısal bağımsızlığın önüne geçmektir. 8 (2). madde ayrıca devletlere suçun mağdurlarına zamanasını süresi içinde etkili bir başvuru yolu tanıma zorunluluğu da getirmiştir. Belirtmek gerekir ki zorla kaybetmenin sistematik ya da yaygın bir biçimde, insanlığa karşı suç kapsamında işlenmesi durumunda, uluslararası teamül hukukuna göre zamanasına uğraması mümkün olmayacaktır.

Sözleşme'nin 11. maddesi devletlere, uluslararası yükümlülükler uyarınca, suçlanan kişinin sınır dışı edilmemesi, başka bir devlete ya da yetkisi tanınan bir uluslararası ceza mahkemesine teslim edilmemesi durumunda bu kişiyi takip etme, soruşturma ve yargılama yükümlülüğü

67 Bölgesel düzeyde sadece Zorla Kaybedilmeye Karşı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, evrensel ölçekte de BM Zorla Kaybetmeye Karşı 1992 Bildirgesi bu yükümlülüğü öngörmüştür. Ancak bildirgenin hukuken zorlayıcılığı yoktur.

getirmektedir. Sözleşme'nin böylece devletlere evrensel yargılama yetkisini kullanma zorunluluğu getirdiği görülmektedir. Diğer bir deyişle devlet, zorla kaybetme suçunun faillerini sınırdışı etmemesi ya da uluslararası bir mahkemeye teslim etmemesi durumunda yargılama yetkisini kullanmak zorundadır. Burada yer verilen uluslararası ceza mahkemesi tabiri, bir anlaşmayla ya da BM Güvenlik Konseyi kararıyla ileride kurulabilecek *ad hoc* bir ceza mahkemesini de kapsamakla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisine de dolaylı bir atıfta bulunmaktadır.⁶⁸

6. madde devletin yargılama zorunluluğu bulunan zorla kaybetme suçunun faillerinin kimler olduğunu ayrıntılı bir şekilde belirtmiştir.⁶⁹ Düzenlemede dikkat çeken en önemli nokta, emre itaatın zorla kaybetme suçunu meşrulaştırmayacağına yönelik hükümdür.

Kişileri zorla kaybetmenin cezalandırılmasıyla ilgili, sözleşmenin hazırlık sürecinde tartışılmış olan bir diğer önemli konu da, zorla kaybetme suçunun faillerinin iç hukukta uygulanacak af ve muafiyetlerin dışında tutulmasıdır.⁷⁰ Bu konuda insan hakları örgütleri ve kayıp aileleri derneklerinin ısrarlarına rağmen delegasyonlar arasında bir mutabakat

68 Scavazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 303.

69 1. Taraf Devletlerden her biri, en azından aşağıdaki fiilleri gerçekleştiren kişileri yargı önüne çıkarmak üzere gerekli önlemleri alacaktır:

(a) Zorla kaybedilme konusunda fiili bir eylemde bulunan, ilgili mercileri buna çağıran veya yönlendiren, böyle bir fiile teşebbüste bulunan, suç ortaklığı eden veya katılan kişi;

(b) Kendisi amir durumunda olup;

(i) Kendi maiyetinde veya yetki ve denetimi altında görev yapan kişilerin gözetiminde kayıpla ilgili fiil veya teşebbüslerini ortaya koyan bilgilerden haberdar olan veya bu bilgileri kasten görmezden gelen kişi;

(ii) Zorla kaybetme suçu ile ilgili işlerde sorumluluk ve denetim sahibi olan kişi; ve

(iii) Zorla kaybedilme fiilinin gerçekleşmesini önlemek veya böyle bir fiili cezalandırmak için kendi yetkisi dahilindeki gerekli ve makul bütün önlemleri almayan veya konuyu araştırma ve soruşturma için yetkili mercilere aktarmayan kişi;

(c) Yukarıdaki (b) paragrafı, ilgili uluslararası hukuk çerçevesinde askeri bir komutan veya fiilen askeri komutan konumundaki kişi için geçerli daha üst düzeydeki sorumluluk standartlarını saklı tutar;

2. Kamusal, sivil veya askeri herhangi mercinin emri veya talimatı, zorla kaybedilme fiilini haklı gösteren bir mazeret olarak kullanılamaz.

70 Bu konuda bkz. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1463 sayılı kararı (2005): "Gelecekte kabul edilecek Zorla Kaybetmeye Dair Sözleşme'nin dokunulmazlığa karşı, zorla kaybetme faillerinin her tür af ya da benzeri uygulamaların, dokunulmazlık ve ayrıcalıkların ve infazdan özel muafiyetlerin dışında bırakılmasını düzenlemesi gerekir.

sağlanamaması nedeniyle BM Zorla Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu sessiz kalmış ve Sözleşme’de bu yönde bir düzenlemeye gidilmemiştir. Oysa 1992 tarihli Kayıplar Bildirgesi’nde, zorla kaybetme suçunu işleyen kişilerin hiç bir özel af yasasından ya da yargılamadan veya infazdan bağışık tutulamayacağına ilişkin açık düzenlemeye yer verilmiştir.⁷¹ Aynı şekilde, zorla kaybetmenin sürekli suç niteliği taşıdığı gerekçesiyle Sözleşme’nin geriye dönük olarak, yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara da uygulanması yönündeki öneri de kabul edilmemiştir.

2) Kayıpları soruşturma yükümlülüğü

Devletin zorla kaybetme olayından herhangi bir şekilde haberdar olması halinde suçun soruşturulmasına dair taşıdığı yükümlülükler de sözleşmede düzenlenmiştir. Zorla kaybetmenin sistematik bir şekilde uygulandığı ülkelerde, bütün engellemelere rağmen bir soruşturma açıl- sa ve kişilerin zorla kaybetme eylemine katıldığı doğrulansa bile, yürürlükteki yasal sistem çoğu kez bu kişiler hakkında etkin bir soruşturma ve yargılama yapılmasını ve cezalandırılmalarını önlemektedir. Hatta bazı ülkelerde toplumsal uzlaşma adına, uygulamaların toplumun hafızasından silinmek istendiği, af ve benzeri yollarla faillerin korunmaya çalışıldığı görülmektedir.⁷²

Devletin öncelikle bir kimsenin zorla kaybedilme mağduru olduğunu iddia eden her kişiye, yetkili ve tarafsız bir merci önünde olayları bildirme, şikayette bulunma hakkı tanınması gerektiği ve bu mercilerin iddiayı hızlıca ve tarafsız bir şekilde derinlemesine araştırmaları, gerektiğinde vakit kaybetmeden ayrıntılı ve tarafsız bir soruşturma başlatmaları gerektiği düzenlenmiştir. (md. 12) Maddede zorla kaybetmenin aydınlatılması için büyük önem taşıyan bir diğer husus; şikayette bulunanın, tanıkların, kayıp kişinin yakınlarının, avukatlarının ve soruşturmaya katılan tüm diğer kişilerin her tür kötü muamele, baskı, sindirme ve misillemelere karşı korunması için devlete önlem alma yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır.⁷³ Yine maddenin 2. fıkrası bir kişinin zorla kaybedildiğine inanmak için makul gerekçeler olması halinde, resmi bir şikayete konu olmasa bile, yetkili makamların soruşturma açma yükümlülüğü ol-

71 BM Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri md. 18/1.

72 G. Alpkaya, “Kayıplar Sorunu ve Türkiye”, *art. cit.*, s. 38.

73 Md. 12 (4).

duğunu hükme bağlanmıştır. Sözleşme'nin bağımsız ve yetkili bir mercinin bulunması gerekliliğine ve bu mercinin soruşturmayı iyi yürütebilmesi için gereken tüm yetki ve kaynaklara sahip olması için devletin sorumluluğuna yaptığı vurgu, etkili bir soruşturmanın zorla kaybedilmekten korunma hakkının somutlaştırılması için ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

Sözleşme'nin bu maddesinin, herkese kayıp olayını bildirme hakkı tanıyarak bir tür *actio popularis* tanıdığı iddia edilmiştir; çünkü hiç bir sınırlandırıcı menfaat şartı ya da mağdurla yakınlık ilişkisi aranmamaktadır.⁷⁴ Sözleşme bu açıdan, söz konusu hakkı sadece “*elinde bilgiler bulunan ya da meşru bir ilgi ileri sürebilen her kişiye*” tanımış olan Bildirge'den ayrılmaktadır.

3) Kişilerin zorla kaybedilmesini önlemek için özgürlüğünden yoksun bırakılmanın hukukla düzenlenmesi

Sözleşme'nin esasa ilişkin merkezi hükümlerini oluşturan maddeler gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuken düzenlenmesine ilişkindir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirlerin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri temelinde açıkça kurallara bağlanması zorla kaybedilmenin önlenmesi için büyük önem taşımaktadır. Özgürlükten yoksun bırakma emrini vermeye yetkili kişilerin açıkça belirlenmiş olmaması, özgürlükten yoksun bırakmanın koşullarının esnek ve belirsiz olması, kişilerin tutulacağı yerlerin belirsiz olması, gözaltı ve salıverilmelerin kaydının tutulmaması kaybedilmeyi kolaylaştıran eksikliklerdir.⁷⁵

Sözleşme'nin 17, 18, 19, 20, 21 ve 22. maddeleri temelde “özgürlüğünden yoksun bırakma olgusunun inkarını” ya da “kayıp kişinin akıbetinin veya bulunduğu yerin gizli tutulmasını” engellemek amacıyla bir dizi güvence tanıyarak kaybedilmeyi önlemeyi amaçlamaktadır.⁷⁶ Böylece hukuki güvence sağlayan usûl kurallarıyla kişinin hukukun korunması dışına çıkarılması zorlaşacaktır.

Sözleşme'nin 17. maddesine göre, özgürlüğünden yoksun bırakma emrini vermeye yetkili makamlar ve özgürlüğünden yoksun bırakılma-

74 O. Frouville, *art. cit.*, s. 54.

75 G. Alpkaya, *art. cit.*, s. 37.

76 O. Frouville, *art. cit.*, s. 62.

nın koşulları açıkça belirlenmelidir. Yine gizli gözaltıyı önlemek amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin tutulduğu yerlerin resmen tanınmış ve denetime açık yerler olması gerektiği düzenlenmiştir. Göz altında tutulan kişinin ailesiyle ve avukatıyla görüşme hakkının tanınmasının yanı sıra, özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirin yargısal denetiminin yapılabilmesi için, kaybolan kişinin ailesi, akrabası, avukatı gibi yakınlarının karara karşı yargıya başvurma hakkı da tanınmıştır. Bununla amaçlanan, özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirin hukuka uygunluğunun vakit kaybetmeden denetlenmesi ve gerekli koşulların bulunmaması halinde kişinin serbest bırakılmasıdır. Sözleşme'nin bu maddesi *habeas corpus* güvencesini somutlaştırmaktadır.

17. maddenin son fıkrasında, gözaltının hukukiliği ilkesi temelinde, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bilgilerini içeren güncellenmiş resmi kayıtların tutulması gerekliliği ve bu kayıtlarda yer alacak hususlar düzenlenmiştir.⁷⁷

Sözleşme'nin 18, 19 ve 20. maddeleri kayıp yakınlarının ve meşru bir ilgisi olan kişilerin bilme hakkını düzenlemektedir. Oldukça ayrıntılı düzenlenen bu hükümler özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin sağlığına ilişkin bilgilere ulaşma ve kişinin ölmesi halinde naaşının yakınlarına teslim edilmesi hakkını da kapsamaktadır. İç hukuklarında gözaltı ya da tutukluluk durumuna ilişkin bilgi alma hakkının ulusal güvenlik gerekçesiyle kısıtlanabileceğini öngören devletler bu sınırlandırma amacının Sözleşme'ye girmesi yönünde çaba göstermiştir. Her ne kadar "ulusal güvenlik" ifadesi Sözleşme'de yer almasa da, 20. maddede bilgi alma

77 Md. 17 (3) (a) Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişinin kimliği;
 (b) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarih, zaman ve yer ve özgürlüğünden yoksun bırakma kararını veren merci;
 (c) Özgürlükten yoksun bırakma emrini veren merci ve bunun gerekçeleri;
 (d) Özgürlükten yoksun bırakılma durumunu denetlemekten sorumlu merci;
 (e) Özgürlükten yoksun bırakılan kişinin tutulduğu yer, kişinin bu yere alındığı tarih ve zaman ve bu yerin belirlenmesinden sorumlu merci;
 (f) Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sağlık durumu ile ilgili bilgiler;
 (g) Kişinin özgürlüğünden yoksun kaldığı süre içinde ölmesi durumunda ölüm nedenleri ve koşulları ve ölmüş kişiye daha sonra ne yapıldığı;
 (h) Serbest bırakılma veya başka bir gözetim yerine nakil işlemlerinin tarih ve zamanı, gönderildiği yer ve nakil işleminden sorumlu merci.

hakkının kısıtlanabileceği istisnai durumlar sıralanırken⁷⁸ “*kişinin özel yaşamını ve güvenliğini olumsuz yönde etkileyecek*”, “*bir ceza soruşturmasını engelleyecek*” ifadelerinin ardından yer verilen “*yasayla öngörülen benzer diğer gerekçelerle*” ifadesi de ulusal güvenliğe ilişkin kaygılarla hakkın sınırlandırılması tehlikesini taşımaktadır. Buna göre, iç hukukta yasayla düzenlendiği her durumda, kişinin tutulduğu yere ilişkin bilgi yakınlarından gizlenebilecektir.⁷⁹ Böylesi bir yorum her halükarda zorla kaybedilmenin önlenmesi amacına aykırı olacağı gibi, Sözleşme’nin amaçlarını da göz ardı etmiş olur.⁸⁰

Sözleşme’nin 22. maddesi ise özgürlüğünden yoksun bırakma tedbirlerinin hukuka ve sözleşmeye aykırı olması, bunlara karşı etkili bir itiraz mercii olmaması, hukuk yollarının geciktirilmesi, engellenmesi, kayıtların tutulmaması ve bilgi verilmesinin reddedilmesi halinde devletlerin bu ihlalleri yaptırma bağlama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

4) Kayıplarla ilgili uluslararası nitelikte bir izleme mekanizmasının kurulması

Sözleşme’nin 26.-36. maddeleri Sözleşme’yle kurulan yeni kayıpları izleme organının işleyişini ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu izleme organının yapısı ve niteliği devletler arasında tartışmalara yol açmıştır. Tartışılan farklı izleme ve raporlama yöntemleri arasında, Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerin denetimini halihazırdaki İnsan Hakları Komitesi’ne tevdi etme önerisi ileri sürülmüştür. Böylece Herkesin Zorla

78 Md. 20: 18. maddede atıfta bulunulan bilgi alma hakkı, istisnai olarak, yalnızca ilgili kişi yasaların koruması altındaysa ve özgürlükten yoksun bırakma durumu yargı denetimine tabi ise kısıtlanabilir. Ancak böyle bir kısıtlamaya, mutlak zorunluluk görüldüğünde, yasalara uygun olarak uygulandığında ve kişiyle ilgili bilgilerin aktarılmasının o kişinin özel yaşamını ve güvenliğini olumsuz yönde etkileyeceği, cezai bir soruşturmayı engelleyeceği veya buna benzer durumlarda, yasal çerçevede, uluslararası hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme’nin hedefleri doğrultusunda başvurulabilir. Buna karşılık, 18. maddede atıfta bulunulan ve 2. maddede tarif edilen duruma yol açabilecek veya 17. maddenin (1). paragrafını ihlal edici bilgilenme hakkı sınırlamasına hiçbir durumda başvurulamaz.

79 Müzakereler sırasında Arjantin, bu hükmün hiç bir şekilde zorla kaybetme suçunu oluşturan bilgilerin gizlenmesi ya da inkar edilmesinin mümkün olduğu şeklinde yorumlanamayacağını bildirmiştir. Özellikle de özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişinin akıbeti hakkındaki, hayatta olup olmadığı, fiziksel ve ruhsal sağlığı ile bulunduğu yere ilişkin bilgiler gizlenemez. Birleşik Krallık da bu istisna hükmünün ancak kişinin uluslararası hukuka uygun yasa koruması dışında bırakılmadığı hallerde uygulanabileceğini bildirmiştir. (doc. A/HRC/1/SR.21).

80 Scovazzi/Citroni, *op. cit.*, s. 340.

Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Sözleşme'nin de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne ek bir protokol olarak tasarlanması gündeme gelmiştir. İkinci ve nihai kabul gören öneri ise, yeni Sözleşme'nin uygunluk denetimini yapacak yeni ve bağımsız bir komite kurulması yönünde olmuştur. Bu aşamada getirilen öneri pek çok devletin çekinmesiyle karşılaşmıştır. Müzakereci devletlerin bazıları, zorla kaybetme suçunun Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile güvenceye alınmış birden fazla hakkın ihlaline sebep olması nedeniyle, bu konuda en yetkili ve donanımlı organ olan İnsan Hakları Komitesi'nin denetimini esas almayı daha doğru bulduklarını ifade etmişlerdir. Ancak bu öneri, Sözleşme'nin bir ek protokol olarak tasarlanması yönündeki öneriyle birlikte, yeni mekanizmanın siyasi varlığını ve önemini silikleştireceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Yeni denetim mekanizmasının bağımsız uzmanlardan oluşan bir komite olarak tasarlanması zorla kaybetme mağdurlarının haklarının korunması açısından son derece önemli bir gelişmedir. Bugüne kadar bu ihlalin mağdurlarının elinde BM insan hakları koruma sistemi içinde iki başvuru aracı mevcuttu. Bunlardan ilki İnsan Hakları Komisyonu'nun Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'na, diğeri de doğrudan İnsan Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruda bulunmaktı. Bu iki başvuru mekanizması da hukuki açıdan etkisiz ve devletleri kayıp olayını aydınlatmaya davet eden, ancak raporlamayla sınırlı bir imkan sunmaktaydı. Ayrıca Çalışma Grubu sadece kendisine iletilen olaylar üzerinde çalışma imkanı olan ve ancak devletin izin vermesi halinde olay yerinde inceleme yapma yetkisi bulunan, imkanları oldukça sınırlı bir yapıdaydı. İnsan Hakları Komitesi ise, Sözleşme'den önce zorla kaybedilmenin bir suç olarak öngörülmemiş ve tanımlanmamış olması karşısında, ihlal iddialarını değerlendirme imkanından yoksundu.⁸¹

Oluşturulan yeni Komite'nin yetkilerinin düzenlendiği 27. maddede; bağımsız, tarafsız ve devletlerin coğrafi dağılımıyla orantılı bir seçim usulüyle belirlenecek on uzmandan oluşan, insan hakları alanında yetkisi kabul edilen ve üyeler açısından kadın-erkek dağılımının eşit olacağı bir organın kurulması öngörülmüştür. Maddede aynı zamanda seçim usulü, üyelerin görevlendirilmesine ilişkin kurallar ve Komite'nin işleyişi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

81 C. Callejon, *art. cit.*, s. 354.

Komite'nin yetkileri Sözleşme'nin 28 ila 35. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 28. madde Komite'nin diğer BM organları, insan haklarıyla ilgili uluslararası kuruluşlar ve ulusal makamlarla işbirliğini, 29. madde ise devletlerin Komite'ye iki senede bir sundukları raporlar aracılığıyla Sözleşme'nin "idari denetimini" düzenlemektedir. Devletler bu raporlarda Sözleşme'yi uygulamak için aldıkları somut önlem ve düzenlemeleri Komite'ye bildirmek zorundadırlar.⁸²

Komite'ye tanınan en önemli yetki ise, bireylerden ya da devletlerden gelen kayıp şikayetlerini değerlendirip karara bağlamaktır. Komite'ye tanınan bu yarı-yargısal denetim yetkisi Sözleşme'nin en önemli kazanımlarından biridir; kayıp vakalarını yargısal usullere ve güvencelere başvurarak inceleyecek bağımsız ve özel bir denetim mercii'nin kurulması, zorla kaybetmenin uluslararası düzeyde önlenmesi için umut vericidir. Ancak ne yazık ki Komite'nin yetkisi taraf devletler tarafından tanınmasına tâbidir; devletlerin Komite'nin yetkisini tanıdıklarını beyan etmeleri gerekmektedir.⁸³

Sözleşme'nin getirdiği bir diğer dikkate değer yenilik de Komite'ye "*acil önlemler alma yetkisi*"nin tanınmış olmasıdır. Bu yetki daha önce başka hiç bir denetim mekanizmasının öngörmediği, zorla kaybedilmeyi önlemek adına çok önemli bir gelişmedir. Sözleşme'nin 30. maddesi, bir kayıp yakını, avukatı ya da yetkilendirilmiş yahut da meşru ilgisi olan bir kişi tarafından ivedi olarak Komite'ye başvurulması halinde; başvurunun temelsiz olmadığını ve hakkın kötüye kullanılmadığını tespit etmesi halinde Komite'nin o kişinin bulunması için harekete geçeceğini düzenlemektedir. Bazı devletler müzakereler sırasında bu acil

82 Madde 29:

1. Taraf Devletlerden her biri, bu Sözleşme'nin kendisi açısından yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde, Sözleşme'nin getirdiği yükümlülükleri yaşama geçirmek üzere aldığı önlemleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla bir rapor halinde Komite'ye sunacaktır.
2. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri bu raporu bütün Taraf Devletlere iletacaktır.
3. Komite her bir raporu değerlendirecek, uygun gördüğü yorumları, gözlemleri ve tavsiyeleri dile getirecektir. Yorum, gözlem ve tavsiyeler ilgili Taraf Devlete iletilecek, Taraf Devlet ise kendi girişimiyle veya Komite'nin talebi üzerine bunlara yanıt verecektir.
4. Komite ayrıca Taraf Devletlerden bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin ek bilgi talep edebilir.

83 Madde 31: Bir Taraf Devlet, bu Sözleşme'nin onaylanması sırasında veya daha sonra , Komite'nin, kendi yargı alanında bulunup bu Sözleşme hükümlerinin aynı Taraf Devlet tarafından ihlalden mağdur olduğunu ileri sürenlerden veya bunlar adına hareket edenlerden gelen başvuruları kabul etmeye ve değerlendirmeye yetkili olduğunu tanıyabilir. Komite, böyle bir tanımada bulunmamış Taraf Devletlerle ilgili olarak iletilen hiç bir başvuruyu kabul etmez.

önlem mekanizmasının ancak iç hukukta böyle bir imkan olmaması halinde kullanılabilmesi gerektiği yönünde çekincelerini ifade etmişler ancak bunlar dikkate alınmamıştır.⁸⁴ Komite'nin bu önleyici yetkisi uluslararası bir *habeas corpus* güvencesi olarak adlandırılabilir.⁸⁵

Böyle bir durumda Komite, ilgili devlete kayıp kişinin korunması ve nerede olduğunun tespit edilmesi için tavsiyeler verebilir ve kayıp kişinin akıbeti belirlenene kadar Devletle işbirliği içinde çalışabilir. Bu prosedür sırasında başvuruda bulunan kişi veya kişilerin her aşamada araştırmanın seyri hakkında bilgi alma hakkı da mevcuttur.

Sözleşme Komite'ye, hakkında dikkate alınmaya değer duyular alması halinde üye devletlerin topraklarına haber vermeksizin ziyaretler gerçekleştirme yetkisini de tanımıştır.

Son olarak Sözleşme'nin 34. maddesi Komite'nin, bir taraf devlet toprakları içinde zorla kaybetmenin sistematik ya da yaygın bir şekilde uygulandığına dair temellendirilmiş emareler içeren bilgiler alması halinde, ilgili devlet nezdinde tüm bilgileri topladıktan sonra konuyu acil olarak BM Genel Kurulu'na taşıyabileceğini düzenlemiştir. Böylece Komite'nin kitlesel insan hakları ihlalleri ve insanlığa karşı suçlarla ilgili BM'nin en yetkili siyasi organıyla doğrudan ve acil olarak işbirliği yapabileceği de kabul edilmiştir. Bu hükmün getirilmiş olması ve insanlığa karşı suçların da madde metninde açıkça sayılmış olması bilhassa Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler açısından önemli bir bağlayıcılık getirmektedir.⁸⁶

Nihayet Sözleşme'nin 35. Maddesinde, Komite'nin bu yetkilerinin Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki kayıp olaylarına uygulanacağını düzenleyerek Sözleşme'nin zamansal olarak geriye yürümeyeceği açıkça belirtilmiştir. Arjantin, Şili, İtalya gibi ülkeler suçun sürekli niteliğine vurgu yaparak bu hükmün, tazminat hakkı, gerçeğe ulaşma hakkı ve çocukların kaybedilmesine ilişkin düzenlemeler açısından, Sözleşme'nin kabul edilmesinden önce kaybedilmiş, fakat akıbetlerinden hala haber alınamamış kayıplar bakımından ileriye dönük bir etkiyle ele alınması gerektiğini vurgulamışlardır.⁸⁷

84 Scovazzi- Citroni, *op. cit.*, s. 395.

85 C. Callajo, *art. cit.*, s. 356.

86 *Ibid.*, s. 357.

87 E/CN.4/2006/57.

Sonuç:

Kişileri zorla kaybetme 2. Dünya Savaşı'ndan itibaren dünyanın her bölgesinde sistem muhaliflerini bastırmanın planlı bir yöntemi ve yaygın bir devlet terörü aracı olarak kullanılmıştır. Zorla kaybetmenin her zaman doğrudan devlet kuvvetleri tarafından değil, devletin destek, himaye ve yönlendirmesi altındaki güçler tarafından uygulandığı da bilinmektedir. Zorla kaybetme, uluslararası hukukta özellikle BM İnsan Hakları Komitesi'nin çabalarıyla belirli bir tanıma kavuşmuşsa da, 21. yüzyılın başına kadar devletlere zorla kaybetmeyi cezalandırma yükümlülüğü getiren bir uluslararası metin kabul edilmemiştir. Bölgesel düzeyde zorla kaybetmeyi soruşturma, önleme ve sorumlularını cezalandırma hususunda devletlere yükümlülük getiren tek anlaşma Amerikan Zorla Kaybetmenin Önlenmesi Sözleşmesi'(OAS)dir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi bu sözleşme temelinde çok etkili bir yargılama faaliyeti yürütmüş ve zorla kaybetme suçunun unsurlarını, faillerini ve devletlerin sorumluluğunu ortaya koymada ciddi bir metodoloji oluşturmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özellikle Türkiye'yle ilgili verdiği kararlarda zorla kaybetme olgusunu değerlendirmiş; fakat Sözleşme'de açıkça kaybedilmeden korunma hakkı düzenlenmediği için, devletin kayıplardan dolayı sorumluluğunu mevcut haklar çerçevesinde, yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı kapsamında tartışmıştır. Zorla kaybetme Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nde de insanlığa karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.

Kayıplarla evrensel düzeyde mücadele imkanlarının yokluğunda, BM Kayıplarla ilgili Çalışma Grubu'nun ve özellikle Latin Amerika kayıp yakınları derneklerinin çabaları sayesinde 20 Aralık 2006 tarihinde Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kabul edilmiştir. Sözleşme zorla kaybetmeyi tanımlamakta ve ilk kez devletleri bağlayıcı hukuki yükümlülükler getirmektedir. Öte yandan umut verici bir biçimde, kaybedilen kişilerin ve yakınlarının haklarını kapsamlı bir şekilde düzenlemekte ve güvenceye almaktadır. "*Hakikat hakkı*"nın Sözleşme'yle tanınması, kayıp yakınlarının yaşadıkları umutsuz ve belirsiz bekleyişi sona erdirme imkanı taşımaktadır. Sözleşme'nin getirdiği bir diğer önemli koruma, BM nezdinde kayıpları araştırmak, soruşturmak ve devlet faaliyetlerini denetlemekle görevli bağımsız bir

komitenin oluşturulmasıdır. Bu komitenin yarı-yargısal yetkilerle ve acil durumlarda, yapılan başvurular üzerine kayıp olayını yerinde soruşturma ve devletlerden hesap sorma yetkisiyle donatılmış olması umut vaat edicidir.

Zorla kaybetmenin neredeyse evrensel bir devlet terörü olarak yüzbinlerce insanı ve yakınına hedef aldığı; belirsizliğin sonsuz, umutsuz bekleyişinin acıları daha da koyulaştırdığı bir dünyada, kayıplarla hukuki ve vicdani bir hesaplaşmayı gerçekleştirebilmek insanlık için kaçınılmazdır. Uluslararası çabaların yanı sıra ulusal düzeyde de hakikat komisyonlarının kurulması, toplu mezarların insan onuruna yakışır bir biçimde açılması, naaşların kimlikleri tespit edilerek yakınlarına teslim edilmesi ve nihayet sorumluların yargılanmaya başlanması devletin kayıplarla hesaplaşması ve toplumsal barışın yeniden kurulması için atılması gereken zorunlu adımlardır. BM Kayıplar Sözleşmesi devletleri geçmişe yönelik bu adımları atmaya zorlayacak hukuki gücü taşımasa da, en azından gelecekte zorla kaybetme utancını yeryüzünden silme çabasına önemli katkılar sunacaktır.

“HAYALİ İHBARCI” NIN GÜCÜ

Av. İ. Güneş Gürseler*

Özet

İhbarcının kimliğinin belli olmaması, öncelikle 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un dilekçede bulunması zorunlu olan şartları düzenleyen 4. ve incelenemeyecek dilekçeleri belirten 6. maddelerine aykırıdır. 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun da benzer hükümler içermektedir. Bu düzenlemelerde de açıkça belirtildiği gibi, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bulunmayan dilekçeler “incelenemeyecek dilekçeler”dir. Uygulamada bu düzenlemeler dikkate alınmaksızın her türlü ihbar soruşturma konusu yapılabilmektedir. Makalede ihbar eden kişinin kimliğinin belli olmasının gerekliliği Kanuni düzenlemeler irdelenerek ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İhbarcı, İhbarcının Kimliğinin Belli Olması, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun.

Abstract

The uncertainty in the identity of notifier is especially contrary to the article 4 which regulates the sine qua non conditions in a petition and the article 6 which indicates the petitions cannot be examined of the act 3071 numbered, Law on the Right to Use Petition. 4483 numbered Law on Prosecution of Civil Servants and Other Public Officials also contains similar provisions. As it is clearly stated in these regulations, petitions which do not contain the name-surname, signature, job or residential address of the owner are considered as “unreviewable petitions”. However in practice, without paying attention to these regulations all kinds of notification can be subjected to an investigation. In this article, the necessity in the uncertainty of the notifiers' identity is examined by scrutinizing the legal regulations.

Keywords

Notifier, The Uncertainty of the Notifiers' Identity, Law on the Right to Use Petition

* Tekirdağ Barosu.

İhbarcılar, gizli tanıklar, iletişim ve ortam dinlemeleri ile başlatılan soruşturma ve kovuşturmaların hukuka uygunluğu tartışmaları sürerken, **“hayali ihbarcı”** uygulamasının iki avukat hakkında soruşturma açılmasına sebep olması, **“Her ihbar değerlendirilmelidir”** anlayışının sadece özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde değil, tüm uygulamadaki etkinliğini ortaya koymaktadır.

Hayali ihbarcının beyanına dayanılarak iki avukat hakkında soruşturma açılması olayını şu şekilde özetleyebiliriz:

Avukatların sigortasız işçi çalıştırdıkları, silah, içki, sigara ve vergi kaçakçılığı yaptıkları, yargıyı etkileyerek çok sayıda davayı kendilerine yönlendirdikleri gibi soyut suçlamalar içeren ihbar dilekçesi Adalet Bakanlığı'na ve Maliye Bakanlığı'na sunulmuştu. Adalet Bakanlığı suçlamaların avukatlık mesleğinin icrasına yönelik olmaması nedeni ile Avukatlık Kanunu kapsamında işlem yapılmasına gerek olmadığını belirterek, genel hükümlere göre soruşturma açılması için izin verdi. Cumhuriyet Savcılığı ihbarcının beyanının alınması için söz konusu dilekçeyi Emniyet Müdürlüğü'ne gönderdi ve dilekçedeki isim ve adres hayali olduğu için ihbarcıya ulaşamadı ve ihbarcının beyanı alınmadı. İhbarcının beyanı alınamamasına rağmen, Cumhuriyet Savcısı meslektaşlarımızı **“şüpheli”** sıfatıyla ifade vermeleri için çağırdı. Meslektaşlarımız; ihbarcının hayali olup olmadığı doğrulanmadan soruşturma açılması ve şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmasının yerinde olmadığını, avukat olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında olmadıklarını, bu kanunlardaki şikâyet ve şikâyetçiye ilişkin hükümler ile soruşturma yöntemlerinin kendilerine uygulanamayacağını öncelikle ihbarcının tespiti ile beyanının alınarak somut iddia ve kanıtlarının sorulması gerektiğini belirterek savunma yapmayacaklarını ve başkaca araştırma yapılmaksızın haklarında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesini talep ettiler. Buna karşılık Cumhuriyet Savcısı araştırma yapmaya devam etti ve mahkemelerden meslektaşlarımızın yürüttüğü dava ve icra takiplerinin listesini istedi. Soruşturma neticesinde Cumhuriyet Savcılığı şu gerekçe ile meslektaşlarımız hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdi:

*“A. B. E. adı yazılı dilekçenin Adalet Bakanlığına ve Maliye Bakanlığına gönderilmiş olduğu, **dilekçede belirtilen adreste 25 nolu hane nin olmadığı gibi bu isimde bir şabsın da maballede kaydının bulunmadığının tespit edildiği,***

*Dilekçede belirtilen hususlarla ilgili Sulh Ceza, Ağır Ceza ve Asliye Hukuk Mahkemelerinde **şüphelilerin** takip ettikleri dosya sayılarının sorulduğu, gönderilen cevabî yazılarda dilekçede belirtilen hususların doğru olmadığı görüldüğü, şüphelilerin dilekçede belirtildiği şekilde %10, %20 ve %70 oranında dosyalarının bulunmadığının anlaşıldığı,*

Soruşturma dosyasının incelenmesinde A. B. E. adıyla gönderilen dilekçedeki soyut iddialar dışında, şüphelilerin yüklenen suçları işlediğini gösterir; dava açmaya yeter kanıt ve emare bulunmadığı anlaşıldığından...”

Yukarıda kısaca aktardığımız olay, ceza yargılamasındaki yanlış uygulamayı ortaya koymaktadır. Bu yanlış anlayışa göre, ihbarcının kimliği belli olsun veya olmasın, ihbar imzalı olsun veya olmasın, her ihbar soruşturulmalıdır, ihbarcı daima haklıdır ve sanık suçsuz olduğunu kanıtlamak zorundadır.

Doktrindeki bir görüşe göre ihbarcının kimliği belli olmayabilir:

“Bu tür suç duyuruları yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Duyuruda bulunan ismini verebileceği gibi, bunu gizli tutabilir, batta başka bir isimle de suçu bildirebilir. Suç duyurusunda şüphelenilen kişinin ismini vermek gerekli değildir, bilinmeyen bir kişi de ihbar edilebilir. Her türlü suç duyurusu üzerinde kovuşturma organlarının harekete geçmesi gerekir. Ancak duyurunun gerek yapılış biçimi ve gerek içeriğinden bunun ciddi olmadığı ilk anda anlaşılabiliriyorsa, araştırmaya girililmeyebilir.”¹

Kanaatimizce, ihbarcının ismen ve cismen varlığının saptanamaması, ihbarın ciddiyetsizliğinin anlaşılması için yeterlidir. Zira bu durumda ihbarcının bilinen kimliğinin gizlenmesi değil, ihbarcının varlığının tespit edilememesi söz konusudur.

1 Bu görüş için bkz: Prof. Dr. Erdener Yurtcan, “Ceza Yargılaması Hukuku”, Kare Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2002, s. 401; Prof. Dr. Erdener Yurtcan “Cumhuriyet Savcısının Ve Ceza Yargıcının El Kitabı”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2002, s.18

İhbarcının kimliğinin belli olmaması, öncelikle 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un dilekçede bulunması zorunlu olan şartlarını düzenleyen 4. ve incelenemeyecek dilekçeleri belirten 6. maddelerine aykırıdır.

Kanunun 4. maddesine göre;

“Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekir.”

6. maddeye göre de;

“Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerden;

a) Belli bir konuyu ihtiva etmeyenler,

b) Yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar,

c) 4. maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayanlar,

incelenemezler.”

Bu düzenlemelerde de açıkça belirtildiği gibi, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bulunmayan dilekçeler **“incelenemeyecek dilekçeler”**dir.

4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun da benzer hükümler içermektedir. Kanunun 17.02.2004 tarih ve 5232 sayılı Kanun ile değiştirilmiş 4. maddesine göre;

“Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.

Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhurbaşkanlığı Başsavcılığı ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıbbati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz.”

Kanunun bu 4. maddesinin son cümlesi ile;

“iddiaların, sıbhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz.”

denilmek suretiyle istisnasını getirmiştir.

Bu konudaki bir diğer istisna da 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinde yer almaktadır. 12.12.2003 tarih ve 5020 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesine göre;

“Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz.

Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır.”

Bu madde ile bu kanun kapsamındaki şahısların işledikleri bazı suçlarda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi kanunlara getirilen istisnalar kurala dönüşmüş ve isimli, isimsiz, imzalı, imzasız, adresli, adresiz, soyut, somut tüm ihbarların işleme konulmasının yolu açılmıştır. Bu uygulamanın yanlışlığı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) hukuk dünyasına sunmuş olduğu “Yargıda durum analizi toplantıları özeti ve final toplantısı” başlıklı Raporu'nun 33. sayfasının 67. paragrafında “faili meçhul evraklar adliyeye hiç getirilmemeli” şeklinde öneri ile de ortaya konulmuştur.

Bu düzenlemelerin vatandaşlar ile bu kanunlar kapsamındaki kamu görevlileri arasında vatandaşlar aleyhine farklılıklar yarattığının da altını çizmek gerekir. Bu kamu görevlileri hakkında soruşturma açılabilmesi yetkili makamın ön iznine bağlı iken olayımızdaki gibi avukat olsa bile sade vatandaşın böyle bir koruması yoktur.²

İsimsiz, imzasız, adresiz yani asılsız ihbar ile ilgili “koğuştırmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra”, bu ihbarı yapanların araştırılıp hakkında yasal işlem yapılmamakta, ihbar edilenin harekete geçmesini beklemektedir.³ Bu durumda TCK'nin 267. maddesinde düzenlenen iftira suçu veya TCK'nin 271. maddesinde düzenlenen suç uydurma suçu ihbarcılar bakımından söz konusu olabilir.

Vergi mevzuatında da isimsiz ihbar konusunda istisna getirilmekte, ayrıca ihbarcı ödüllendirilmektedir. 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı “Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun” ve Gelir İdaresi hizmetleriyle ilgili konulara ilişkin ihbar, şikâyet ve müracaat dilekçelerinin işleme tabi tutulması ve ikramiye ödenmesi ile ilgili olarak yayımlanan 22.11.1990 tarih ve 1990/1 sayılı ve 20.01.2000 tarih ve 2000/1 sayılı İhbarlar İç Genelgelerine göre; **adı, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bulunmayan veya yanlış isim ve adres bulunan ihbar ve şikâyet konusu dilekçeler işleme konulmayacaktır.** Ancak bu tarzda yapılan ihbar ve şikâyet konusu dilekçelere, inandırıcı mahiyette, olayla ilgili yeterli bilgi ve belgeler eklenmiş ise herhangi bir işlem yapıp yapmama hususu, bu dilekçelerin gönderildiği makamın takdirinde olacaktır.⁴

Ödül konusunda benzer bir hüküm 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un Ek 1. maddesinde de yer almaktadır.⁵

2 Erdoğan Demirtaş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet”, <http://www.belgeler.com/blg/1ax2/ceza-muhakemesi-hukukundamuhakeme-sarti-olarak-sikayet-complaint-as-a-condition-for-judgement-in-crime-judgement-law>

3 <http://www.haberturk.com/yazarlar/gulin-yildirimkaya/652447-asilsiz-ihbarcilar-hem-desifre-edilmeli-hem-de-ceza-almali>

4 Vahit Yaşar Akın, “Türk Vergi Hukukunda İki Kilit Kavram: İhbar Ve Şikâyet” http://www.alomaliye.com/2007/vahit_yasar_ihbar_sikayet.htm

5 İhbara ilişkin düzenleme içeren diğer yasaları gösterir bir liste için bakınız: Fahrettin Demirağ, “Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu”, Türkiye Barolar Birliği yayını, Ankara, Şubat 2007, s.284.

Sonuç olarak bugün yapılan yanlış uygulamanın düzeltilmesi bakımından KUNTER'in görüşünü önemi nedeniyle burada aynen aktarmaktayız:

"Gizli haber verme.

İbbar edenin hüviyetini açıklaması onu birçok sıkıntılara uğratır. Bunun için haber verenler çok defa kendilerini gizlemek isterler. Haberi telefonla, imzasız mektupla vermek gizli haber vermede başvurulan yolların en klasikleridir. Gizli haberi kanunların desteklediği de vardır. Mesela kaçakçılık olaylarını haber verenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya hareket suç teşkil etmedikçe açıklanamaz (Kaçakçılık K. 2/son fıkra). Gizli haberciler bazen sadece kamu yararına hareket ederler, fakat içlerinde intikam, kıskançlık, haset, şahsi çıkar gibi sübjektif duygularla hareket edenler de az değildir.

Kanunlar çok defa gizli haber vermeyi düzenlememiştir. Ancak suçları öğrenip suçluları araştırarak olan kolluk, gizli verilen haberleri ihmal edemez. Bunların çoğu akıl bastaları ve kötü şakacılar tarafından yapıldığı için asılsız çıkar. Fakat hiçbir polis memuru "gizli haber verme sayesinde hakikati öğrendiğim olmamıştır" da diyemez."

KİŞİSEL VERİLER ve ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

Dr. Güçlü Akyürek*

Özet

Makalede, kişisel verilerin özel hayatın gizliliği ile olan bağlantısı incelenmiştir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunmasının klasik mahremiyetin yanında gelişen teknolojiye koşut olarak çok boyutlu gelişimi ele alınmıştır. Konu, uluslararası mevzuatla ulusal hukuk düzenleri açısından ortaya konduktan sonra DNA'nın işlenmesi ve kişilik testleri başta olmak üzere güncel sorunlar tartışılmıştır. Daha sonra da Türkiye'deki hukuki duruma değinilmiş ve mevcut yasal boşluğun doğurduğu sorunlardan söz edilmiştir. Sürekli gelişen teknoloji karşısında bir de kişisel verilerin korunmasında yasallık ilkesine yeterince uyulmamasının yarattığı tehlike vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel veriler, özel hayatın gizliliği, DNA, kişilik testleri, yasallık ilkesi.

Abstract

The paper deals with the connection between personal data and privacy. In this regard, the multidimensional development of the personal data protection is studied not only in the light of the intimacy in classical sense but also parallelly to the technological progress. After having presented the topic in international law and national regulations, it is argued about actual problems, especially, processing DNA data and personality tests. Then the legal situation in Turkey is presented and the existing legal loophole creating new problems is discussed. It is emphasized that permanently developing technology and insufficiently application of the principle of legality in the field of personal data protection create a great danger.

Keywords

Personal data, privacy, DNA, personality tests, principle of legality.

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

I – GENEL OLARAK

Çağdaş ve tartışmalı bir kavram olan kişisel verilerin korunmasındaki amaç, devlet veya üçüncü kişilerce verilerin istenmeyen biçimde toplanması ve işlenmesine karşı ilgili kişinin özel hayatının korunmasıdır¹. Zira bir gerçek kişinin “kendine özel olan ve gizli kalmasını isteyeceği hayat olaylarını” koruyan özel hayatın gizliliği hakkının söz konusu tanımlanması ve kişinin, üçüncü kişilerin gözetimi ile denetiminden uzak, insan haysiyetine uygun olarak yaşayabilmesini öngören amacı dikkate alındığında kişisel verilerin korunması kavramının, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı olduğunun kabulü gerekmektedir. Zaten Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine 5982 sayılı yasa ile eklenen 3. fıkra, açıkça kişisel verilerin korunması hakkını düzenlemektedir².

Ayrıca idari yargının verdiği yakın zamanlı iki karar da bu durumu gerekçeleri ile birlikte ortaya koymaktadır. İlkinde Danıştay 12. Dairesi 2006 yılında bir belediyenin tüm çalışanlarının işe geliş-gidişlerini denetlemek için özel bir şirket aracılığı ile parmak izlerinin alınıp saklanmasına yönelik işlemini değerlendirmiştir. Her ne kadar kararın konusu, ilk derece mahkemesinin kararı nedeniyle işlemin dava konusu edilebilir bir idari işlem olup olmaması yönünde olsa da, Tetkik Hakiminin, gerek uluslararası belgeler gerekse anayasal düzenlemeler ışığında, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın korunması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmesi önemli bir vurgudur. Bundan hareketle Tetkik Hakimi, kişisel veri oluşturan parmak izinin kamusal alanda yani işyerinde olsa da “özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu” sonucuna ulaşmıştır. Danıştay Savcısı da kişisel verilerin bilgisayar ortamına aktarılması ve sürekli olarak saklanması üzerinde durmuştur. Tüm bu değerlendirmeler ışığında Daire de özellikle Danıştay Savcısının düşüncesini irdelemiş ve işlemin dava edilebilir bir idari işlem olduğu gerekçesi ile, aksi yönde karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur³. İkinci olarak Hatay

-
- 1 Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi verdiği bir kararda tüm kişisel verilerin ilgili kişinin özel hayatını ihlal edecek nitelikte olmadığına karar vermiştir (8 Kasım 2007, T-194/04, Bavarian Lager c. Commission) bkz. Benjamin Docquir, **Le droit de la vie privée**, Bruxelles, 2008, s. 87.
 - 2 AB ülkelerinde kişisel verilerin korunmasının anayasal düzeye çıkartılmasına yönelik genel bir eğilim bulunmaktadır bkz. Olivia Dufour, La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles, **Gazette du Palais**, 28-29 mai 2008, s. 2-3.
 - 3 D. 12. Daire E.2005/6811 K.2006/1959 T.15.5.2006 bkz. www.kazanci.com (Erişim 28.9.2010).

İdare Mahkemesi de aynı sorunu değerlendirmiş, parmak izinin kişisel bilgi (veri) olduğunu tespit edip “*Kişisel bilgilerin korunması ise, gerek evrensel gerek bölgesel insan hakları sözleşmelerinde özel yaşamın korunması çerçevesinde değerlendirilmektedir*” diyerek ulusal/evrensel mevzuatı ve içtihadı ortaya koymuştur. Tüm bu değerlendirmelerden sonra tıpkı Danıştay gibi kamusal alanda da olsa parmak izinin, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşan Mahkeme, bir temel hakka müdahale için gereken yasallık ilkesi yerine getirilmediği için uygulamayı hukuka aykırı bulmuştur⁴.

Benzer yöndeki bir karar da Amerika Birleşik Devletleri’nde verilmiştir. San Francisco kentindeki bir federal mahkeme, 2003 yılında verdiği bir karar ile federal mahkumlar ile koşullu salıverilen kişilerin, Federal Soruşturma Bürosu’nun (FBI) veritabanında saklanmak üzere DNA örneklerinin alınmasını öngören kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Gerekçesi ise işlemin hiçbir şüphe olmadan yapıldığı için özel hayatın gizliliğini ihlal etmesidir⁵. Kararlar bütün olarak değerlendirildiğinde kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olduğunu vurgulamaları açısından dikkat çekmektedir.

Öte yandan teknoloji ve bilişim dünyasındaki süratli gelişim kişisel verilerin hız, maliyet ve içerik açısından çok daha gelişmiş biçimde saklanmasına izin vermektedir. Kurulan bilgi bankalarında her türlü kişisel veri, yanlış veya eksik olsa bile çok uzun süreler boyunca saklanabilir ve istenildiği an ortaya çıkarılabilir haldedir. Dolayısıyla kişisel verilerin gerektiği gibi korunmaması, özel hayatın gizliliğini ihlalin yanında kişiler arasında eşitsizlik ve ayrımcılık doğurma tehlikesi taşımaktadır⁶. Hatta günümüzde “*Habeas data*” hakkı kabul edilmektedir; yani kişinin özel hayatıyla ilgili tüm verilerin maliki olduğu, rızası olmadan söz konusu verilerin kullanılmayacağı ve bunlara her zaman erişebileceği, ge-

4 Hatay İdare Mahkemesi E.2009/915 K.2010/803 T.6.7.2010 bkz. www.memurlar.net (Erişim:2.10.2010) .

5 Vanessa St. Gerard, “National News Briefs”, **Corrections Today**, December 2003, s. 20 bkz. <http://proquest.umi.com> (Erişim 24.9.2010).

6 Pierre Kayser, **La protection de la vie privée par le droit: protection du secret de la vie privée, Aix-en-Provence**, 1995, s. 215 vd.; Öztekin Tosun, **Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu**, İstanbul, 1977 s. 380; Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, 1991, s. 40-41.

rektiğinde verileri değiştirip düzeltebileceği söylenmektedir⁷. Zaten Alman Anayasa Mahkemesi de daha 1983 yılında verdiği, nüfus sayımı ile ilgili “Census” adlı kararda “bilgisel kaderini tayin hakkı”nı (“*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”) tanımış ve böylece bir bireyin kişisel verilerinin hangilerinin, kimler tarafından, nasıl işlenebileceğini belirleme hakkı bulunduğunu ortaya koymuştur⁸.

Bununla birlikte tıpkı diğer temel hak ve özgürlüklerin korunmasında olduğu gibi burada da diğer değer ve haklarla bir dengenin oluşturulmasının gerektiği açıktır. Örneğin kişisel verilerin çok sıkı şekilde korunması, özellikle resmi belgelerin “ulaşılabilirliği” ve dolayısıyla da “şeffaflığı” tartışmalarına yol açmaktadır. İsviçre’deki bazı kantonlarda bunun için kişisel veri bulunan belgelerde “isimsizleştirmeye” başvurulmakta, hassas veriler söz konusu ise ilgili kişinin mutlak rızası aranmaktadır. Ayrıca ilgiliye kendisini ifade etme hakkı sağlanmakta ve şeffaflık ilkesi ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır⁹. Öte yandan Türkiye’de de asıl çıkış noktası “kamuda şeffaflık” olan 4928 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun 21. maddesine göre özel hayat ve aile hayatına ilişkin bilgi ve belgeler kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

II – ULUSLARARASI VE ULUSAL HUKUKLARDAKİ DURUM

a) Uluslararası ve ulusal mevzuat:

Avrupa kıtasındaki ülkeleri bünyesinde barındıran iki başat kurum olarak hem Avrupa Konseyi’nin hem de Avrupa Birliği’nin kişisel verilerin korunması alanında özellikle son yıllarda yoğun çalışmaları olmakta ve bunlarda da hemen her zaman özel hayatın gizliliği ile olan ilişki vurgulanmaktadır. Diğer 46 Avrupa ülkesi ile birlikte Türkiye’nin de üyesi olduğu ve insan hakları ile demokrasi kavramlarının gelişmesini amaçlayan Avrupa Konseyi’nin birçok organı kişisel veriler konusunda düzenlemeler yapmış, kararlar almıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi daha 1970’li yıllarda konu ile ilgili olarak harekete geçme gereği hissetmiştir. 26 Eylül 1973 tarih ve 73(22) sayılı “Özel Sektördeki

7 G rald Messadie, **La fin de la vie priv e**, Paris, 1974, s. 176-177.

8 H seyin Can Aksoy, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, 2010, s. 70-71.

9 Alexandre Fl ckiger, “Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sph re priv e”, **Revue de droit de communication**, Mars 2003, s. 230 vd.

Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireylerin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar” adından da belli olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkı ile doğrudan bir ilişki içerisinde. Giriş bölümünde kişisel verilerin yaygın ve sürekli artan biçimde kullanılmasına, bunun sonucunda da kötüye kullanmaların önlenmesi gerekliliğine vurgu yapan Karar’da “kişisel bilgi” (“*personal information*”) “bireylerle ilgili bilgi” olarak tanımlanmış ve bilgilerin güncel olup gerektiğinde düzeltilebilmesi (m. 1 ve 7), bilginin alınış amacıyla ilgili olması (m. 2), kötüye kullanımın engellenmesi (m. 8) ve erişim hakkı (m. 9) gibi temel ve genel düzenlemeler yapılmıştır. Bir yıl sonra kabul edilen 20 Eylül 1974 tarih ve 74 (29) sayılı “Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Konusunda Bireylerin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunmasıyla İlgili Karar”da da benzer vurgular yapılmış ve yukarıdakilerin yanında özellikle yasallık ilkesi yani gerekli düzenlemelerin mutlaka kanun ile yapılması gereği ayrıntılı biçimde ifade edilmiştir (m. 2 ve 3)¹⁰.

Aynı biçimde Konsey üyesi ülkelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanmasını denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de konuyu Sözleşme’nin “özel hayatın korunması” ile ilgili olan 8. maddesi açısından değerlendirmiş ve başta davalı taraf olmak üzere, aslında tüm üye devletleri ilgilendiren kararlara imza atmıştır. Bu bağlamda ilk ilke kararı 26 Mart 1987 tarihli Leander-İsveç kararıdır. Mahkeme söz konusu verilerin korunmasının 8. maddenin 1. fıkrası kapsamında olduğu içtihadını oluşturmuştur¹¹. Bu bağlamda kişisel verinin kaydedilmesi, kullanılması ve ilgilinin bilginin aksini ispat isteminin reddedilmesi hallerinde madde devreye girecektir¹². Bu alandaki bir başka ilke kararı olan 4 Mayıs 2000 tarihli Rotaru-Romanya kararında AİHM, kamusal nitelikli verilerin de sistematik olarak toplanıp kaydedilmesi halinde özel hayata dahil olabileceğini, hele de kişinin uzak geçmiş söz konusu ise bunun daha da belirgin olduğunu söylemiştir¹³.

10 Ayrıntılı bilgi için bkz. www.coe.int.

11 Jacques Velu – Ruşen Ergeç, **La Convention européenne des droits de l’homme**, Bruxelles, 1990, s. 546-547; Enkelada Papa, **a.g.e.**, s. 20-21.

12 N.A.Moreham, The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination, **European Human Rights Law Review**, 2008/1, s. 63.

13 Frédéric Sudre –Jean-Pierre Margenau –Joël Andriantsimbazovina –Adeline Gouttenoire –Michel Levet, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme**, 4e éd., Paris, 2007, s. 426; Fikret İlkiz – Duygun Yarsuvat, Açık Tartışma: Gizli İzleme, Kayıt ve Denetim, **Güncel Hukuk**, Ağustos 2005, s. 22; Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, 2004, s. 191.

Mahkeme, kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkında yararlanabilmesi için kişisel verilerin korunmasının hayati önemi olduğuna işaret etmiştir (Z.-Finlandiya, 25 Şubat 1997). Hatta bu kararda başta sağlığa ilişkin gizli bilgiler olmak üzere bireye ilişkin bütün kişisel bilgilerin gizlilik hakkına dahil olduğunun vurgulanmış olması¹⁴, Mahkemenin özel hayatın gizliliği hakkına verdiği önemi ve bunu yalnızca bazı kişisel verilerle kısıtlamadığını göstermesi açısından son derece ilgi çekicidir. Ayrıca nüfus sayımında veri toplanmasını (X.-İngiltere, 18 Kasım 1982), kolluk güçlerinin fotoğraf çekip parmak izi almasını (Murray-İngiltere, 28 Kasım 1994 ve McVeigh-İngiltere, 18 Mart 1981, Komisyon), zorunlu tıbbi muayeneyi (X-Avusturya, 13 Aralık 1979, Komisyon) ve tıbbi bilgilerin saklanması (Chave née Jullien-Fransa, 9 Temmuz 1991, Komisyon) müdahale sayılmıştır. Söz konusu müdahalelerin 8. maddenin 2. fıkrası gereğince hukuka uygun hale gelebilmesi için Mahkeme'nin benzer yapıdaki diğer düzenlemeler açısından da geçerli olan yerleşik içtihadı uyarınca "yasallık, haklı neden ve orantılılık" koşullarına uyulması gerektiği unutulmamalıdır¹⁵.

Diğer bir Avrupa kurumu olan Avrupa Birliği'nin İlgili Yönergesi'nin¹⁶ 2. maddesinin (a) fıkrasında kişisel veri ; "*kimliği belli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanırken, bunun "*gerçek kişiye ilişkin görüntü ve sesleri de kapsadığı*" belirtilmektedir. "*Kimliği belirlenebilir gerçek kişi*" ise "*herhangi bir kişi tarafından makul biçimde kullanılacak diğer faktörlerle bağlantılı olarak söz konusu veri ile kimliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi*" biçiminde tanımlanmaktadır¹⁷. Yine aynı belgenin 8. maddesi, 33 numaralı Açıklayıcı Notta "*bassas kategoriler*" başlığı altında toplanan ve "*do-*

14 Thierry Massis, Santé droits de la personnalité et liberté d'information, **Gazette du Palais**, Recueil novembre-décembre 2004, s. 3565.

15 Jacques Velu, **Rapport relatif ...**, s. 129.

16 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; Yönerge ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Deryck Beyleveld, "An Overview of Directive 95/46/EC in relation in Medical Research", **The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe**, Hampshire, 2004, s. 5-21; Laurence Djolakian, "Lutte contre les activités illicites en ligne", **Gazette du Palais**, 7-10 mai 2008, s. 38-40; Ayrıca benzer bir başka Yönerge olan Data Retention Directive EC 2002/21 için bkz. Christopher Kuner, **European Data Protection Law**, 2nd edition, Oxford, 2007, s. 28-31.

17 Deryck Beyleveld, **a.g.e.**, s. 7.

ğaları gereği temel haklar veya özel hayatın gizliliğine müdahaleye neden olan kişisel veriler” olarak tanımlanan kişisel verileri saymıştır: ırksal, etnik kökeni, siyasi görüşleri, dini veya felsefi inançları, sendikal üyeliği ortaya çıkaran veya sağlık ya da cinsel hayat ile ilgili veriler¹⁸. Kural olarak bu verilerin işlenmesi de yasaktır.

AB Yönergesi, konu ile ilgili en kapsamlı ve bağlayıcı uluslararası hukuki belge niteliğini taşımaktadır. Düzenleme yalnızca otomatik veri işlemine tabi olan kişisel verileri değil, klasik bir dosyada bulunan veya bulunabilecek kişisel verileri de kapsamaktadır (m. 3/1). Öte yandan Yönerge, “*veri işlem sorumlusu*”, “*veri işleyen*”, “*üçüncü kişi*”, “*alıcı*”, “*ilgili kişinin rızası*” gibi temel kavramları tek tek tanımlamaktadır (m. 2). Verileri işleyen açısından “*bilgi verme*” yükümlülüğü bulunduğu gibi (m. 10, 11), ilgilinin verilerine “*ulaşma hakkı*” (m. 12) ve “*verilerin işlenmesine itiraz hakkı*” da (m. 14) yer almaktadır. Öte yandan Yönerge, tüm üye devletlere ulusal düzeyde bağımsız bir denetim makamı oluşturma zorunluluğu getirmekte (m. 28), bütün makam temsilcilerinin bir araya gelerek “*bir veri koruma grubu*” oluşturmasını da öngörmektedir (m. 29). Ayrıca “*uygun bir koruma düzeyinin*” bulunmadığı üçüncü ülkelere veri aktarımı da, kural olarak yasaklanmaktadır (m. 25)¹⁹.

Diğer yandan Avrupa Birliği bünyesinde, tam doğru olmasa da, “Avrupa Savcılığı” olarak tanımlanan Eurojust kapsamında (28 Şubat 2002 tarih ve 2002/187/JAL sayılı karar) ve Avrupa Birliği içinde serbest dolaşımı sağlayan Schengen sistemi çerçevesinde (14 Haziran 1985 tarihli CAAS sözleşmesi) kişisel verilerin işlenmesi ve iletilmesi düzenlenmiştir. Her ne kadar her iki sistemde de ilgiliye verilere, kural olarak, ulaşabilme hakkı tanınmış olsa da (m. 19 ve m. 109/1), bu hakkın kısıtlanabiliyor olması, ilgili kişiye genel olarak bilgi verme zorunluluğunun olmaması ve olası hataları düzeltme veya silme yetkisinin yalnızca ilgili üye devlette olması²⁰ özel hayatın gizliliğine çok yoğun bir müdahale anlamı taşımakla birlikte gerekli güvenceleri sağlamaktan da yoksundur.

18 Deryck Beyleveld, **a.g.e.**, s. 10.

19 Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, 2008, s. 41 vd.

20 Laurent Moreillon, “Le suivi des mouvements de la personne: l’entraide policière et judiciaire au sein de l’Union européenne”, **L’individu face aux nouvelles Technologies**, Lausanne, 2005, s. 81 vd.

Ulusal düzeyde özellikle Batı Avrupa ülkelerinde XX. Yüzyılın son çeyreğinden itibaren yoğun bir tartışma ortamı doğmuş, bu da beraberinde ayrıntılı bir mevzuatın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin Almanya'nın Hesse eyaletinde daha 1969 yılında bir düzenleme yapılırken, kişisel verilerin korunmasının önemi nedeniyle, İsviçre'de Medeni Kanun'daki kişiliği koruyucu genel düzenleme yeterli bulunmamış ve özel bir yasal düzenleme yapılmıştır²¹. Fransa ise 1978 yılında "Bilişim, Fişler ve Özgürlükler Hakkında Kanun"u çıkartarak yasal bir çerçeve oluşturmuştur. Belçika'da kişisel veriler özel hayatın da ötesinde bir anlam taşımakta ve klasik anlamda özel hayata haksız bir müdahale olmasa bile koruma kuralları geçerli olmaktadır²². Aksi halde kişinin temel haklarından yararlanması engellenebileceği gibi, süresi belirsiz olarak kişisel verilerin saklanması kişinin "unutulma hakkını"²³ da ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca kişisel verilerin bizzat sunulan bilgilerin yanında bunlardan türetilenlerin de yardımıyla kişinin gerçek portresinin, dolayısıyla da kişiliğinin tamamını ortaya çıkarabildiği, bu nedenle yalnızca bir anı gösteren fotoğraflardan daha tehlikeli olduğu²⁴ hatırlatılmalıdır. Yine Belçika'da "hassas veriler" daha geniş yorumlanmakta ve idari cezalar da dahil olmak üzere kişinin adli siciline ilişkin bilgiler de bu alanda kabul edilmekte ve kural olarak, yalnızca kişinin yazılı rızası halinde bu verilerin işlenmesine izin verilmektedir²⁵. 1974 yılında özellikle kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak "*Privacy Act*" adlı federal kanunu çıkaran Amerika Birleşik Devletleri'nde ise 2001 yılında çıkan özel bir kanun ile sağlık kuruluşlarında çalışanlar ve sağlık hizmeti sağlayanlar açısından bir özgü suç yaratılmış ve "*bireysel olarak belirlenebilir sağlık bilgilerinin, ticari yarar, kişisel kazanç veya zarar verme amacıyla satılması, iletilmesi veya kullanılması*" eylemleri 250.000 dolar para cezası ve 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaya başlamıştır²⁶.

21 Thomas Legler, **Vie privée et image volée**, Berne, 1997, s. 59-60.

22 Benjamin Docquier, **a.g.e.**, s. 86.

23 Kavramın açıklaması için bkz. Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 1.Bası, Ankara, 2011, s.59 vd.

24 Helen Nissenbaum, "Protecting privacy in an information age: the problem of privacy in public", **Privacy**, Second Series, Aldershot, 2001, s. 207.

25 Jean-François Leclercq – David de Roy – Jean-François Neven – Gilbert Demez – Emmanuel Plasschaert – Stanislas van Wassenhove – Eric Carlier – Gaëtane Albert – Claude Wantiez, **Vie privée du travailleur et prérogatives patronales**, Bruxelles, 2005, s. 65-67.

26 Patricia Ferrier, **There ought to be a law**, Michigan, 2006, s. 122-123.

Yabancı ceza hukuku mevzuatına bakıldığında ise düzenlemelerin çeşitli, cezaların ise farklı olduğu görülmektedir. Bu alanda öncü ülkelerden olan Fransa'da verilerin hem taksirle işlenmesi (m. 226-16) hem de kasten işlenmesi (m. 226-16-1-A, m. 226-16-1, m.226-17) ile birlikte kasten veya taksirle iletilmesi de (m. 226-22) suç oluşturmaktadır. Keza AB dışındaki bir ülkeye göndermek de özel bir suçtur (m. 226-22-1). Aynı suç Belçika'nın 8 Aralık 1992 tarihli yasınının 39. maddesinde para cezası ile cezalandırılmaktadır. Fransa'da ise tüm suçların cezası beş yıl hapis cezası ile 300000 Euro para cezasıdır. İsviçre'de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılırken (İsviçre CK m. 179novies), söz konusu verileri ifşa eden görevliler de para cezası ile cezalandırılmaktadır (19 Haziran 1992 tarihli yasınının 35. maddesi). İngiltere'de de *Data Protection Act 1998* adlı yasınının 55. maddesi uyarınca kişisel verilerin ele geçirilmesi, satılması ve hatta satışa sunulması, bu amaçla reklam yapılması suç oluşturmaktadır. İspanya'da ise kişisel verilerin ele geçirilmesi, iletilmesi gibi eylemler para cezası ile cezalandırılmaktadır (13 Mart 1999 tarihli yasınının 44 ve 45. maddeleri).

b) Güncel sorunlar

Günümüzde kişisel verilerin korunması, dolayısıyla da özel hayatın gizliliği hakkı açısından sorun yaratan en önemli sebeplerden biri güvenlik endişeleridir. Özellikle ABD ve Avrupa ülkelerinde ulusal güvenlik ve “terörle savaş” gerekçeleri ile özgürlüklere ölçsüz biçimde müdahale edilmektedir. Örneğin Fransa'da söz konusu kaygılarla resmi kişisel veri işleme sistemlerinin sayısı artmakta (2006'da 34 iken 2008'de 45 olmuştur), resmi görevlilerin bunlara erişimi kolaylaşmakta ama denetim mekanizmaları ise etkinleşmemektedir²⁷. Aynı biçimde İngiltere'de 1995-2002 döneminde kurulan kamera takip sistemlerine yaklaşık 500.000.000 £ harcanmıştır ve Bugün Londra'da bir kişi günde en az 300 defa kameralara yakalanmaktadır²⁸. Aslında aynı sorun ve tartışma Türkiye'deki MOBESE (Mobil Elektronik Bilgi Entegrasyonu) kameraları açısından da vardır. Zira sistemin nasıl işlediği ve en azından kişisel veriler açısından nasıl bir korumanın sağlandığı bilinmemektedir.

27 Mirelle Delmas-Marty, **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**, Paris, 2010, s. 68 vd.

28 Nicole Questiaux, “Vidéosurveillance et vie privée”, **Gazette du palais - Doctrine**, Septembre- Octobre 2006, s. 2959 ve David Archard, “The value of privacy”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s. 24.

Tıp dünyasındaki gelişmeler de kişisel veriler konusundaki tartışmalara bir yenisini eklemiştir: DNA ve buna ilişkin veri bankaları. Yukarıdaki AB Yönergesi'nin tanımına açıkça uyan, elde edilmesi ve işlenmesi gerek vücut bütünlüğü gerekse özel hayatın gizliliği tartışmalarına yol açan DNA verilerinin işlenmesi, 1985 yılında ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesine yarayacak biçimde incelenmesine olanak sağlayan teknolojinin bulunmasından sonra²⁹ özellikle son yıllarda suçla mücadele ve suçluların belirlenmesinde yoğun olarak başvurulan bir yöntemdir. Ayrıca kurulan veri bankaları da ülkeler arası işbirliği çerçevesinde bu verilerin değişimini sağlamaktadır. İleri sürülen eleştirilerden biri, DNA aracılığı ile büyük çaplı araştırmalar yapılabilme olasılığıdır. Böylece ortada somut bir şüphe yokken, suçla mücadele adına kişilerin DNA örneklerinin alınması bu kişiler açısından özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Bunun yanında toplumdaki bazı kimselerin ırk, milliyet ve din nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasına da yol açabilmektedir³⁰. Bu nedenle DNA verilerinin alınması ve işlenmesi konusunda haklı sebeplere dayanan çok sıkı koşulların konması gerektiği ifade edilmekte ve örneğin İsviçre'de, suç işlediğinden veya suça iştirak ettiğinden şüphelenilen kişilerin, basit şüpheye dayanılarak, DNA verilerinin saklanması ve de bunun yürütme tarafından 2000 yılında çıkarılan bir kararname ile yapılması eleştirilmektedir³¹. İngiltere'de ise 1995'te oluşturulan ulusal genetik bilgi arşivi dünyanın en büyük DNA profili bankası haline gelmiştir ve 2006 yılı itibarıyla nüfusun % 5'ine karşılık gelecek şekilde yaklaşık 3,5 milyon kişinin kaydını içermektedir³². Ayrıca başlangıçta yedi Avrupa ülkesi tarafından (Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda, İspanya, Lüksemburg) 27 Mayıs 2005'te imzalanıp daha sonra Haziran 2007'de Avrupa Birliği Yönetmeliği haline getirilerek Birlik Hukukuna dahil edilen Prüm Antlaşması, başta DNA olmak üzere birçok kişisel verinin Avrupa sathında ülkeler arası değişimini öngörmektedir³³. Hatta tüm bu gerçeklerin de ötesinde 2007 yılının Ocak ayında yapılan bir Avrupa Birliği güvenlik toplantısında, dönemin Fransız Bakanı, *Christian*

29 Sandrine Rohmer, "Banques de données ADN et confidentialité: la constitutionnalité de la législation suisse sur les profils d'ADN à l'égard du droit au respect de la vie privée", **Les secrets et le droit**, Neuchâtel, 2004, s. 206.

30 Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s. 199.

31 Sandrine Rohmer, **a.g.e.**, s. 204.

32 Armand Mattelart, **La globalisation de la surveillance**, Paris, 2007, s. 203-204.

33 Armand Mattelart, **a.g.e.**, s. 206.

Estrosi, tamamen “güvenlikçi” bir yaklaşımla, bütün Avrupa vatandaşlarının doğumdan itibaren genetik verilerinin toplanmasını önerebilmiştir³⁴. Salt güvenlik gerekçesine dayanan böylesine totaliter / bütüncül bir yaklaşım orantılılık ilkesini tamamen yok ederek kişilerin bu alandaki özel hayatın gizliliği hakkını ortadan kaldırmasının yanında herkesin vücut bütünlüğü hakkını da açıkça ihlal edeceği kuşkusuzdur.

Kişisel verilerle ilgili hassas ve güncel konulardan biri de kişilik testleridir. Genellikle iş başvurularında uygulanan veya hastane ya da okul gibi ortamlarda ilgilinin yeteneklerini-ruhsal durumunu saptamak için yapılan bu testler kimi yazarlara göre rıza olsa bile kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmektedir³⁵. Buna karşın bu ve benzeri yöntemleri “psikolojik teknikler” olarak adlandıranlar, kişiliğin ihlali açısından “fiziksel tekniklere” göre daha “vahim” olduğunu kabul etmekle birlikte, doğrudan özel hayatın gizliliğini ihlal etmediğini, yasadışı bir araştırmaya olanak sağlayabileceğini ileri sürmektedirler³⁶. Ancak günümüz koşullarında bu görüşün pek de geçerli olmadığını kabul edilmelidir. Öte yandan bazı yazarlar iş başvurularındaki testleri sert biçimde eleştirmekte, aslında amacın mesleki yeteneği ölçmek olmadığını zira sunulan diploma ve sertifikaların yeterli olması gerektiğini, asıl amacın başvuruçunun “*siyasi, dini, toplumsal ve cinsel uygunluğunu*” ölçmek olduğunu iddia etmektedirler³⁷.

Somut bir örnek olarak İngiltere’deki 2006 tarihli “Kimlik Belgesi Kanunu”na göre (“*ID Cards Act*”), pasaportunu yenileyecek olanların tüm parmak izleri alınıp, bu kişiler fotoğraflandıktan sonra kendilerine İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen ve kişinin kimliği ile bağlantılı 200 sorudan seçilen sorular sorulacaktır. Hatta tüm vatandaşların “Ulusal kimlik kaydı” (“*National identity register*”) numarası olacak ve devletin aldığı tüm bilgiler bu numara altında toplanacaktır³⁸. İtalya’da 1974’ten

34 Claude-Marie Vadrot, **La grande surveillance**, Paris, 2007, s. 56.

35 Oya Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve **TC Anayasasında Düzenlenişi**, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s. 35.

36 Ahmet Danışman, **Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması**, Konya, 1991, s. 37

37 Gérald Messadie, **La fin de la vie privée**, Paris, 1974, s. 173.

38 Ben Hayes, **Surveillance society**, Red Paper, January 2008; Fransa’daki vatandaş numaralandırma sistemi için bkz. Alain Bensoussan, **a.g.e.**, s. 55-56; Avrupa Birliği’nde biyometrik pasaport 2004 tarihli bir Konsey yönetmeliği ile zorunlu kılınmıştır bkz. Olivia Dufour, “La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles”, **Gazette du Palais**, 28-29 mai 2008, s. 3.

itibaren her vatandaşa 16 haneli bir numara verilmiş ve bir ulusal veri bankası kurulmuştur³⁹. Türkiye’de de 28 Ekim 2000 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası her nüfus kaydına verilerek⁴⁰ her vatandaşın 11 haneli, kendine özel bir numarası olan sistem işlemeye başlamıştır. Ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 2007 yılında değişen 5. maddesinin ilk fıkrası hükmüne göre silah ruhsatı ve sürücü belgesinin yanında pasaport başvurusu yapanlardan da artık parmak izi alınmaktadır.

Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri’nde geliştirilen “Bilgisayar Destekli Ön Yolcu Tarama Sistemi” (*Computer Assisted Passenger Pre-Screening System – CAPPS II*) ile bütün uçak yolcuları önceden incelemeye tabi tutulmakta ve borç durumu, adli sicil kaydı ve yolculuk alışkanlıkları gibi verileri temel alan algoritmalar aracılığıyla risk durumu belirlenip üç gruba ayrılmaktadırlar (uçığa binebilir, ek güvenlik araştırması, uçığa binemez)⁴¹. Tüm bu uygulamaların “fişleme” oluşturduğu tartışmalarının yanında, özel hayatın gizliliğine ölçsüz bir müdahale dolayısıyla gizliliği ihlal niteliği taşıdığı iddialarına da yol açtığı açıktır.

Öte yandan kişisel veriler, birçok şirketin satış-pazarlama stratejilerini belirlemesi açısından ticareti yapılan bir “meta” haline gelmiştir. Örneğin daha 1990 yılında ABD’de kişisel veri satışının yıllık 3 milyar dolarlık bir “endüstri” olduğu, yalnızca tek bir şirketin 111 milyon kişiye ait adres, telefon numarası gibi bilgileri “pazarladığı” ve bu alanda faaliyet gösteren bir şirketin 2005 yılında 500 milyon Euro ciroya ulaştığı söylenmektedir⁴². Yine ABD’de 120 milyon kişiye ait kişisel bilgileri, kaydettiği CD ile satışa çıkararak bir başka şirket yoğun protestolar üzerine bundan vazgeçmiş ama gerekçe olarak özel hayat endişelerini değil kötü reklam kaygılarını ileri sürmüştür⁴³. Her ne kadar yapılan araştırmalar kişisel verilerin toplanıp işlenmesi konusunda toplumda genel bir endişe bulun-

39 Ahmet Danişman, **a.g.e.**, s. 4; Gérald Messadie, **a.g.e.**, s. 14.

40 www.nvi.gov.tr.

41 ABD ile AB Komisyonu arasında söz konusu verilerin değişimi anlaşması yapılmıştır bkz. Paul de Hert – Serge Gutwirth, “Privacy data protection and Law enforcement opacity of the individual and transparency of power”, **Privacy and the Criminal Law**, Oxford, 2006, s. 99-100 ve Benjamin Docquir, **a.g.e.**, s. 309-311.

42 Pamela J. Gray-Lukkarila, **The right to privacy: constitutional and theoretical foundations**, Claremont, 1997, s. 160-161; Claude-Marie Vadrot, **a.g.e.**, s. 189.

43 Helen Nissenbaum, **a.g.e.**, s. 183-184.

duğunu ortaya koysa da, bu durum çok sayıda kişinin, indirim kuponu veya alışveriş kartı gibi bazı avantajlar elde etmek için, büyük pazarlama kampanyaları dahilinde kişisel verilerini şirketlere ilemesini engellemektedir⁴⁴. Zaten ABD’deki bir araştırmaya göre halkın % 70’inden fazlası tüketicilerin artık kişisel verileri üzerindeki denetimi tamamen kaybettiğine inanmaktadır⁴⁵. Ayrıca bilişim teknolojilerindeki gelişim de dikkate alındığında, özel şirketler daha etkin olup daha iyi hizmet sunar hale gelmekle birlikte daha az denetlenebilir ve hesap verir olmuştur⁴⁶.

III – TÜRKİYE’DEKİ DURUM

a) Mevcut durum

Yukarıda değinildiği gibi Batı dünyasında kişisel verilerin korunması konusu oldukça uzun bir süredir tartışılmakta ve gerek kurallar gerekse uygulama açısından ciddi bir yol kat edilmiş bulunmaktadır. Oysa Türkiye’de bu açıdan önemli bir eksiklik vardır. Yine de özellikle son yıllarda çıkan birçok kanunda kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin 2005 yılında yürürlüğe 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 80. maddesi uyarınca delil elde etmek amacıyla önceki hükümler uyarınca kişinin vücudundan alınan örnekler üzerinde yapılan inceme sonuçları kişisel veridir ve başka amaç dışında kullanılamaz, üçüncü kişilere iletilemez. Yine aynı kanunun 209. maddesi de sanığa veya mağdura ilişkin kişisel verileri içeren belgelerin, açık istemleri halinde kapalı duruşmada okunmasına karar verilebilmesini düzenlemektedir. 2006 tarih ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 23. maddesi ise “kişisel bilgilerin” korunmasını zorunlu tutarken, 39. maddesi, kuralın aksine eylemleri, hapis cezası ile cezalandırılan suç haline getirmiştir. Aynı yıl yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 9. maddesi de gizlilik açısından bir zorunluluk getirmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise kişisel verilerin korunması alanındaki suçları düzenleyen ilk ceza kanunu olmuştur. “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanında Karşı Suçlar” adlı do-

44 Mary M. Chieh, “Technology and privacy: creating the conditions for preserving personal privacy”, **Scientific and technological developments & Human rights**, Athens, 2001, s. 112.

45 Priscilla M. Regan, **Legislating privacy**, London, 1995, s. 55.

46 Priscilla M. Regan, **a.g.e.**, s. 184.

kuzuncu bölümünde yer alan 135, 136 ve 138. maddeler ilgili suçları tanımlamaktadır. Öncelikle maddelerin kanundaki yeri dikkate alındığında, kişisel verilerin özel hayat kavramı içerisinde değerlendirildiği açıktır. Öte yandan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi (m. 135), yine hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi (m. 136) ve sistemdeki verilerin yasal süresinde yok edilmesi (m. 138) suç oluşturmaktadır. İlk iki madde açısından kamu görevlisinin, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanması veya failin, belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanması suçun cezasını yarı oranında ağırlaştırıcı sebeplerdir (m. 137). Öte yandan aynı bölümde yer alan özel hayatın gizliliğinin koruyan diğer düzenlemelerin (m. 132, 133 ve 134) aksine bu suçların soruşturma ve kovuşturması resen yapılmakta şikayet koşulu aranmamaktadır. Böylece yasakoyucu, bu suçların soruşturma ve kovuşturulmasında kişisel yarara bakmamakta, toplumsal yararı her zaman üstün tutmaktadır⁴⁷.

b) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı

Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alındığında, kanunun kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde ele geçirilmesi, yetkisiz kişilere iletilmesi ve gerekli zamanda yok edilmemesi gibi temel ihlal biçimleri olarak adlandırılabilir hallere karşı doğrudan koruma sağladığı söylenebilir. Ancak gerek anayasal düzeyde (AY m. 38/1) gerek yasal düzeyde (TCK m. 2) korunan ve Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan “yasalık” ilkesi karşısında söz konusu cezai düzenlemelerin uygulanmasının karşı karşıya olduğu iki önemli sorun bulunmaktadır. Birincisi “kişisel veri” kavramı yasal düzeyde henüz tanımlanmış değildir. Avrupa ülkelerinde yukarıda değinilmiş olan Avrupa Birliği Yönergesi’ndeki tanımın yanında ona paralel yasal tanımlamalar da yapılmıştır (Örneğin Fransa’da 78-17 sayılı yasa m. 2). Oysa Türk Hukuku açısından bu tanımlamayı yapan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” adından da belli olduğu üzere 2006 yılından bu yana beklemektedir. Tasarı’nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde kişisel veri “*Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler*” olarak açıklanmaktadır. Tanım, AB Yönergesi’ndekine benzemekle birlikte tüzel kişileri de

47 Şikayete bağlı suçlarda kişisel yarar – toplumsal yarar tartışması için bkz. Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt I, 13. Baskı, 1997, s. 325.

içine alarak koruma alanını genişletmiş, hatta özel hayat kavramının da ötesine taşımıştır. Cezai düzenlemelerin uygulanması açısından bu tanımlama dikkate alınabilecek olsa da henüz yasallaşmamış olması karşısında olası uygulamaların ciddi sorunlara ve yasa hükümlerinin zorlanmasına yol açabilecektir. Zaten ilgili hükümlerinin geçen beş yıla rağmen uygulamasının yok denecek kadar az olması da bunun en net göstergesidir.

İkinci sorun ise kişisel verilerin hangi haller, ne koşullar altında işlenebileceğinin yasal olarak belirlenmemiş olmasıdır. Anayasa'nın 20. maddesinin 2010 yılında eklenen 3. fıkrasının "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*" hükmü karşısında yasal bir düzenlemenin veya ilgilinin açık rızasının bulunması anayasal bir gerekliliktir. Örneğin yukarıda değinilen 5464 ve 5490 sayılı yasalarda ilgili kişisel verilerin nasıl işlenebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla en azından bu alanlarda yasallık ilkesine uyulmaktadır. Bunun dışında açık yasal düzenlemenin olmadığı hallerde, kişinin açık rızası da yoksa ciddi sorunların doğabileceği kesindir. Zira Tasarı'nın 4. maddesi kişisel verilerin işlenebilmesi açısından yasallık ilkesini, hiçbir istisna bırakmaksızın net biçimde koymuştur. Bir sonraki maddede ise verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk, belirlilik, amaca uygunluk, doğruluk ve süreye bağlılık gibi ilkeler konmaktadır. 6. maddede hangi sebeplerin hukuka uygunluk oluşturduğu başta ilgilinin rızası olmak üzere açık ve sınırlandırıcı biçimde sıralanmıştır. 7. maddede de özel niteliği olan ve "hassas veriler" olarak tanımlanan; (kişinin) "*ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili*" kişisel verilerin işlenmesi belirli yasal istisnaların dışında açıkça yasaklanmıştır⁴⁸. Tasarı'nın 8. maddesinde kişisel verilerin üçüncü kişilere nasıl ve hangi önlemlerle aktarılabileceği, 9. maddede ne zaman yok edilmesi gerektiği, 14. maddede ise yurtdışına aktarım koşulları düzenlenmektedir. Örneğin Birlik mevzuatında asgari koşulları ve koruma standartlarını kabul eden Avrupa Birliği ülkelerinden üçüncü ülkelere veri aktarılması, çok dar istisnalar dışında yasaklanmıştır⁴⁹.

48 AB Yönergesi'ndeki paralel düzenleme için bkz. Oğuz Şimşek, **a.g.e.**, s. 86 vd.

49 Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.cnil.fr/vos-responsabilites/le-transfert-de-donnees-a-letranger/>

Bununla birlikte 22. madde; milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, devletin önemli ekonomik ve mali çıkarları ile bilimsel araştırma veya istatistik amaçlarının varlığı halinde koruma önlemlerini azaltmaktadır. Aynı biçimde bir sonraki maddede gazeteciler açısından da benzer bir istisnaya yer verilmiş durumdadır. Bir başka deyişle, kişisel verilerin kullanımının suçu oluşturduğu haller açısından söz konusu düzenlemeler yasal hukuka uygunluk sebepleri oluşturmaktadır. Oysa düzenleme tasarısı olarak kaldığı sürece uygulamanın tartışılabilirliği devam etmektedir. Zira her ne kadar Ceza Hukuku açısından hukuka uygunluk sebeplerinin mutlaka yasal olarak düzenlenmiş olması gerekliliği bulunmasa da, gerek kişisel verilerin korunması sistemindeki “belirlilik” kuralı, gerekse Anayasa’nın 20. maddesinin yeni 3. fıkrası karşısında, en azından bu alanda, aksinin kabulü gerekmektedir.

Öte yandan Tasarı’nın devam eden maddelerinde de kişisel verilerin işlenmesinin gerekli hukuksal korunmaya uygun biçimde yapılması için gerekli yöntemler anlatılmaktadır. 16 ila 19. maddeler arasında, kişisel verileri işleyecek olan gerçek ve tüzel kişilerin kaydolmasının kural olarak zorunlu olduğu ve kamuya açık bir nitelik taşıyan “Veri Kütüğü Sicili” düzenlenmektedir. 20 ve 21. maddelerde ise bağımsız “veri koruma denetim kuruluşları”na yer verilmektedir. 26 ile 31. maddeler arasında Avrupa’dakilere benzer biçimde “Kişisel Verileri Koruma Kurulu” oluşturulmakta, kişilere (henüz Tasarı olsa da) Kanun’un uygulamasından doğan şikayetleri Kurul’a bildirme hakkı (m. 32), Kurul’a ise Kanun’un uygulanması ile ilgili konuları resen veya şikayet üzerine inceleme yetkisi (m. 33) tanınmaktadır.

O halde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesindeki genel olarak kişisel verilerin kaydedilmesi (1. fıkra), hassas verilerin kaydedilmesi (2. fıkra), 136. maddesindeki kişisel verilerin (yurtdışı da dahil olmak üzere) yetkisiz kişilere iletilmesi ve 138. maddesindeki kişisel verilerin yok edilmemesi suçlarının hangi koşullarda hukuka uygun hale geleceğinin belli olması için Anayasa’nın 20. maddesinin 3. fıkrası gereği Tasarı’nın yasalایش uygulanabilir olması gerekmektedir. Her ne kadar Türk Ceza Kanunu’nun 24 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel hukuka uygunluk sebepleri bulunsun ve kişisel verilerle ilgili suçları düzenleyen 135 ve 136. maddelerde hukuka özel aykırılık dolayısıyla da failde hukuka aykırılık bilinci aransa da mevcut düzenlemenin yetersiz ve sorunlu olduğu açıktır.

IV – SONUÇ

Çağdaş dünyanın, teknolojinin gelişimine koşut olarak en güncel konularından biri olan kişisel veriler sorunu, son derece geniş olup aslında her gün defalarca karşılaşılan bir alandır. Bir kişinin evindeki bilgisayarı-ndan İnternet üzerindeki herhangi bir siteye girmesinden, alışveriş merkezinde indirim kuponu kazanmasına kadar her alanda kişisel verilerin, bilerek veya bilmeyerek üçüncü kişilere iletilmesi, hatta verilerin söz konusu kişilerce ya da başkalarınca işlenmesine olanak sağlanması söz konusudur.

Sürekli içinde bulunulan bu alanda, kişilerin kişilikleri ve özel hayatlarının gizliliği korunarak özgürce hareket etmelerinin sağlanabilmesi için kişisel verilerin korunmasına yönelik ayrıntılı, güncel düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Konuyu uzun yıllardır tartışan ülkeler, gerek anayasal / yasal kurullarla idari düzenlemeler gerekse yargısal kararlar ışığında hayli önemli bir mesafe kaydetmiş olmakla birlikte korumayı güncel tutabilmek adına çalışmalarını da sürdürmektedir. Bunun karşısında Türkiye'nin de başta "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu" olmak üzere ilgili tasarı (veya teklifleri) bir an önce yasalaştırması artık olmazsa olmaz bir koşul haline gelmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu yasalar olmaksızın ne anayasal hükümler ne de cezai hükümler etkinleşmemekte ve neredeyse uygulanamamaktadır.

Diğer yandan Türkiye'de kişisel verilerin korunması bakımından bireylerde yeterli "farkındalığın" oluşmadığı da bir gerçektir. Diğer bir deyişle tek tek kişilerin başta kişisel verilerin korunması olmak üzere özel hayatlarını ilgilendiren konularda daha korumacı ve sorgulayıcı olup gerek verilerin verilmesi gerekse verilerin işlenmesi aşamalarında daha dikkatli davranmaları, daha bilinçli tercihlerde bulunmaları gerekmektedir. Resmi veya özel kurumların verileri işlerken gerekli özeni göstermeleri için gerekli toplumsal ve siyasi irade oluşmalı, hem toplumun hem de siyasi iktidarın bu konuda duyarlı olması gerekmektedir. Türkiye'deki yasal boşluk, yeterli duyarlılığın halen bulunmadığının en açık kanıtıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DEVLETİN MÜSADERE YETKİSİ

Av. H. Gürbüz Sarı*

Özet

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi güvence altına aldığı bazı hakların kamu yararı gerekçesiyle devlet tarafından sınırlanmasını kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokol'ün 1. fıkrasında tanınmış olan mülkiyet hakkı da çeşitli sebeplerle kısıtlanabilir nitelikte bir haktır. Devletin müsadere yetkisini kullanması söz konusu hakka yönelik bir açık bir müdahale teşkil eder. Suç ile mücadele kapsamında, devlete müsadere yetkisi verilmesi, devlete çok büyük sorumluluk yüklemektedir. Ancak bu yetkinin kullanımı Sözleşme ve Mahkemece benimsenen kıstaslara uygun olarak yapılmalıdır. Devletin müsadere yetkisini kullanması; suçun unsuru olan malın müsadere edilmesi, suçun işlenmesinde kullanılan aracın müsadere edilmesi, suç işleyerek elde edilen malvarlığının müsaderesi gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Makalede söz konusu üç durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı çerçevesinde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Müsadere Yetkisi, Kamu Düzeni, Kamu Yararı.

Abstract

The European Convention on Human Rights agrees that some of the rights can be restricted by the State for the sake of public interest. Therefore the right to proprietary recognised under the first paragraph of the First Protocol of the Convention can be restricted in certain cases. The State mandate to use its confiscation authority is a clear intervention to this right. The fact that the State can confiscate someone's property in terms of fight against the crime puts great responsibility on State's shoulders. Yet this has got to be done according to the criterion set forth by the Convention and the Court. The State's authority to confiscate occurs in cases where the State confiscate the goods which are the element, the instrument and the revenue of a crime. The article mainly discusses this three situations under the relevant case-law.

Keywords

European Court of Human Rights, Confiscation Authority, Public Order, Public Interest.

* İstanbul Barosu, AİHM bünyesinde eski hukukçu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi güvence altına aldığı bazı hakların kamu yararı gerekçesiyle devlet tarafından sınırlandırılması kabul etmektedir. Bu sınırlayıcı yetki genelde hakka ilişkin maddenin ikinci fıkrasında getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokol'ün (Bundan böyle "AİHSEP" olarak kısaltılacaktır) 1. fıkrasında tanınmış olan mülkiyet hakkı da bu nitelikte bir haktır. Yani mülkiyet hakkının kullanımına kısıtlama getirilmesi yönünde devletlere takdir yetkisi bırakılmıştır. Ancak bu yetkinin kullanımı üç kritere uygun olmalıdır. Başka bir deyişle bu yetki; yasal temele dayalı hukuki işlemler ile kamu yararına yönelik meşru bir amaca ulaşmak için ve korunan meşru amaç ile bireyin özel yararının gözetildiği orantılılık ölçütüne uygun kullanılmalıdır. Ancak bu üç şartın birlikte mevcut olduğu durumlarda devlet, kendisine bu maddenin ikinci fıkrasında tanınmış olan yetkiye dayanarak mülkiyet hakkına müdahale getirmiş olur fakat hakkı ihlal etmiş sayılmaz.

Kamu düzenini sağlamak, suç ile mücadele etmek devletlerin gözettiği kamu yararına yönelik iş ve eylemlerin başında gelmektedir. Devletlerin suçla mücadele yöntemleri arasında faile şahsi ceza verilmesi yanında, suça konu olan mala zorallım uygulanması da yukarıda bahsettiğimiz yetki kapsamında devletin mülkiyet hakkına getirdiği bir sınırlamadır. Kamunun genel menfaati için bir tehlike oluşturan ve hukuka aykırı olduğu kesin hükme bağlanmış eşyanın devletin zorallımına maruz kalması, AİHM'ye göre, Sözleşme'ye taraf devletlerin her birinin iç hukukunda yer alan genel bir hukuk prensibidir. Bu bağlamda söz konusu müdahale AİHSEP'nin 1. maddesinin 2. fıkrası ile devlete tanınmış olan hukuka uygunluk sebebinden faydalanmaktadır¹. Ayrıca devletlerin başvurduğu yaptırımlar, suç işlenmesinde araç olarak kullanılan eşyanın veya bu yolla edinilen servetin zorallımına kadar varabilmektedir. Bu tip müdahaleler, özellikle organize suç ile mücadelede etkin ve gerekli bir yöntem olarak kabul edilmektedir².

Suç ile mücadele amacıyla, kişinin mülkiyet hakkından mahrum bırakılmasına kadar varabilecek ölçüde geniş bir takdir yetkisi verilmesi, aslında devletlere çok büyük sorumluluk yüklemektedir. Bu tip müdahaleler, ister doğrudan mahkeme kararıyla yapılsın, ister yargı yolu açık

1 Handyside / Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, başv. No: 5493/72, § 63

2 Raimondo / İtalya, 22 Şubat 1994, başv. No: 12954/87, § 30

idari işlem ile yapılsın, müdahaleye maruz kalan kişinin AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan usuli garantilerden yararlanmış olması da, AİHSEP'nin 1. maddesi altındaki hakkının korunması açısından belirleyici niteliktedir³.

Bu kapsamda devlete tanınmış olan yetkinin kullanılması suretiyle mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin, AİHSEP'nin 1. maddesindeki hangi kural açısından değerlendirileceği, üzerinde tartışılmaya değer bir konudur⁴. Öncelikle, müdahale önleyici tedbir niteliğinde ise, sadece kullanım imkânı kısıtlanmış olduğundan 3. kuralın uygulama alanına gireceği açıktır. Tedbir niteliğinde olmayıp söz konusu mala kesin olarak el konduğu durumda, yani mahkeme kararıyla zorunlu uygulandığında malın mülkiyeti devlete geçmektedir. Dolayısıyla dar anlamda mülkiyetin kaybedilmesi gerçekleşmiştir. Buna rağmen AİHM, zorunlu kararına temel olan hukuki düzenlemelerin amacının, malın kullanımını düzenleyici işlem niteliğinden hareketle 3. kuralın uygulanma alanına girdiği görüşündedir. Örneğin kaçakçılık suçlarında, malların bir yerden başka yere taşınması veya gümrük sınırlarına sokulması düzenlemelerine aykırılıklar bu yaklaşımın çoğunlukla uygulama alanını oluşturmaktadırlar.

Biz de bu kısa çalışma içerisinde konuyu üç ayrı başlık altında incelemeye çalışacağız. Bunlardan ilki suç konusu eylemin bir unsurunu oluşturan malın mülkiyetinin devlete geçirilmesi şeklindeki müdahale; ikincisi suç eyleminin işlenmesinde araç olarak kullanılan malın mülkiyetine getirilen müdahale; üçüncüsü ise suç konusu eylemden elde edilen gelirin devlet tarafından müsadere edilmesi şeklindeki müdahaledir.

3 Agosi / Birleşik Krallık, 24 Ekim 1986, başv. No: 9118/80 § 55; Arcuri ve üç diğeri / İtalya, KEK, 5 Temmuz 2001, KD 2001-VII, başv. No: 52024/99

4 AİHM içtihadına göre AİHSEP'nin 1. maddesi üç kural içermektedir. İlk kural: Madde metninin ilk cümlesinde yer alan, mülkiyete saygı gösterilmesi genel ilkesidir. İkinci kural: İkinci cümlede belirtilmiş ve kişinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması şeklindeki müdahalenin hangi koşullarda meşru kabul edilebileceğini göstermektedir. Üçüncü kural ise: Maddenin ikinci bendinde bulunan, malların kullanımını düzenlemek şeklindeki müdahalenin koşullarını göstermektedir. Detaylı açıklama için bkz. Sarı, H. Gürbüz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokol'ün 1. Maddesine göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. Baskı, Nisan 2010, Onikilevha Yayıncılık, s. 45 vd.

1) Suçun unsuru olan malın müsadere edilmesi

Bir malın kullanımına sınırlama getiren düzenlemenin ihlal edilmesinin, suç olarak düzenlendiği durumlarda, genellikle söz konusu suçun maddi unsurunda yer alan mal da devlet tarafından müsadere edilme niteliğindeki müdahalesine maruz kalmaktadır. Suçla mücadelede, önemli bir kamu yararı görüldüğü için, AİHSEP'nin 1. maddesinde, malların kullanımına ilişkin düzenleme yapma yetkisi kapsamında, devletin suçla mücadele yöntemlerini seçme konusunda da geniş bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir. AİHM'nin bu konudaki içtihadında, başka bazı konularda olduğu gibi yıllar içerisinde değişiklik olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. 2000'li yılların başlarına kadar Mahkeme, devletlere tanıdığı ve suç söz konusu olduğunda bununla mücadelede engel olmamak amaçlı neredeyse sınırsız takdir yetkisi verme anlayışını son yıllardaki kararlarında terk etme yoluna girmiştir. Aşağıda örnek kararlar ışığında tarihsel sıra ile anlatacağımız şekilde, suça konu olan malın niteliğine göre bizatihi yasaklanmış olan mallar (örneğin uyuşturucu) ile yasak olmayan mallar (yasal bir şekilde serbest ticarete konu olan mallar) arasında ayırım yapılmakta ve ikinci kategori malların tümüyle müsadereesine karar verilmesini aşırı derecede ağır bir yaptırım olarak değerlendirilmektedir.

Bu tip müdahalelere ilişkin önemli bir örnek olması açısından, kaçakçılık suçuna konu olan malların devlet tarafından müsadere edilmesinin incelendiği ilk önemli kararlardan biri *Agosi*⁵ davasında verilmiştir. Olayda, değerli madenlerin ticaretiyle uğraşan başvurucu şirket, bir İngiliz vatandaşa altın parçalar satmıştır, yapılan anlaşmada paranın tamamı ödenene kadar mülkiyetin başvurucuda kalması kararlaştırılmış ve mallar alıcıya teslim edilmiştir. Aldığı çekin karşılıksız çıkması sonucu başvurucu, parasını alamamış, bu arada alıcı da, İngiltere'ye ihracı yasak olan söz konusu altınları kaçak olarak İngiltere'ye sokmaya çalışırken yakalanmıştır. Altınlara İngiliz gümrük idaresinin el koyması üzerine başvurucu, hem kendisinin masum olduğunu ve dolandırıldığını, hem de alıcı ile aralarındaki anlaşmaya göre hala malik olduğunu beyan ederek, altınların kendisine iadesini talep eder. Gümrük idaresi ise, söz ko-

5 Agosi / Birleşik Krallık, 24 Ekim 1986, başv. No: 9118/80.

nusu altınlara el koymaya yetkili olduğu gerekçesiyle, talebi reddeder. Başvurucunun İngiliz mahkemelerinde açtığı davalar da sonucu değiştirmez. İyiniyetli bir malik olarak kaçakçılık eylemiyle bir ilgisi olmadığını ileri süren başvuru, gümrük idaresinin, altınları iade etmeyi reddetmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini düşünmektedir.

Mahkeme, ülkeye kaçak sokulan mallara el konulması konusunda Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuklarında bir anlayış birliği olduğunu hatırlatmakta, ancak olayda başvuru kaçakçı olmadığı ve iyiniyetli olduğu için, göstermiş olduğu özenin, mallarına el konmasına karşı yaptığı itirazlarının incelendiği prosedürde dikkate alınmış olmasını aramaktadır. Gümrük idaresine, el koyduğu malları geri verip vermemek konusunda çok geniş bir takdir yetkisi verilmesinin keyfiliğe yol açtığı iddialarına cevap veren Mahkeme, İngiliz hukukundaki etkili dava mekanizmasının yeterli denetimi sağladığı kanaatindedir. Gümrük idaresinin, mallarını başvurucuya geri vermemek yönündeki kararının denetiminde, başvuru mallarını korumak için yeterli özeni gösterip göstermediğini dikkate alan bir hukuki denetim mekanizmasının iç hukuk sisteminde mevcut olduğu gerekçesiyle AİHSEP'nin 1. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

Bu kararında Mahkemenin uyguladığı akıl yürütme biçimi, daha sonraki kararlarıyla yerleşecek olan orantılılık incelemesi düzeyine henüz ulaşmamıştır. Hakka yapılan müdahalenin, korunan amaç ile uygulanan yöntem arasında birey menfaatini gözeten dengeyi bozmadığı sonucuna varırken, bunu kendisi değerlendirmemiş, ulusal adlî makamların değerlendirmiş olmasını yeterli bulmuştur. Fakat sonraki kararlarında orantılılık prensibinin AİHSEP'nin 1. maddesinin tümü için de gözetildiğinin sağlamasını bizzat kendisi yapmaktadır.

Malvarlığı haklarına müdahale teşkil eden bütün durumlarda olduğu gibi, suçla konu olan malın müsadere edilmesinde de AİHSEP'nin 1. maddesindeki hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için, Maddenin bütün şartlarını yerine getirmesi aranmaktadır. Örneğin bir miktar paranın kaçakçılık suçuna konu olduğu *Baklanov*⁶ davasında, yasallık unsurundaki eksiklik sebebiyle Mahkeme, hakkın ihlal edildiği

6 Baklanov / Rusya, 9 Haziran 2005, başv. No: 68443/01.

sonucuna varmıştır. Olayda başvuru, Rusya'da bir taşınmaz satın almak üzere Moskova'daki bir emlak acentesine arkadaşı aracılığıyla nakit 250 bin Amerikan doları gönderirken, arkadaşı, parayı gümrükte beyan etmeden kontrol noktasından geçmeye kalktığı sırada yakalanaarak, kaçakçılık suçundan mahkûm edilmiştir. AİHM, bu davanın esasını orantılılık prensibi bakımından inceleme şansı bulamamış, ceza mahkemesi kararında müsaderenin hukuki dayanağı belirtilmediği ve olay tarihindeki kanun hükümlerinde de bu suç tipi için müsadere öngörülmediği için müdahalenin kanunla öngörülmüş olma şartını yerine getirememesinden dolayı hakkın ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bu konuda AİHM içtihadındaki değişimin habercisi olan ancak yasalık unsuru bakımından değerlendirildiği için açıkça orantılılık değerlendirmesi yapılmayan *Viktor Konovalov*⁷ davasında ise: başvuru, ailesi ile birlikte Ukrayna'ya karayolu ile seyahat etmekte iken, 19 Mart 1999'da Rusya hudutlarında otoyol polisi tarafından durdurulur ve yapılan denetimde, otomobilin 8 Ocak 1999'da Rusya'ya ithal edildiği ve sadece 2 ay dolaşım izninin bulunduğu, bunun da dolmuş olduğu görülür. Gümrük kanununa aykırılıktan dolayı başvuru otomobiline polis tarafından el konulmuştur. Başvuru geçici ithalat usulüne göre sadece 2 ay için Rusya'da kullanma izni bulunan otomobilini, bu süre içerisinde Rusya sınırları dışına çıkarmadığından, Gümrük İdaresi başvuru aleyhine idari soruşturma açar ve otomobilin değeri tutarında idari para cezası ödemesine karar verir. Ayrıca el konulan otomobil de ihale yoluyla satılır. Başvuru ulusal yargı mercileri önünde bu işlemlere karşı hem itiraz hem de uğradığı zararın tazmini yollarına başvurursa da olumlu sonuç alamaz.

Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair iddiası karşısında AİHM'ye göre bu tutarda para cezası ödenmesi karşısında otomobilin mülkiyetinin de ilave olarak başvurucudan alınması haklı görülmesi güç bir durumdur. Ancak Mahkeme incelemesinde mülkiyet hakkına getirilen müdahalenin yasal şekilde düzenlenmiş ve öngörülmüş bir işlem olmaması gerekçesine dayanarak ihlal kararı verir.

7 Viktor Konovalov / Rusya, 24 Mayıs 2007, başv. No: 43626/02.

AİHM içtihadında, bizatihi yasaklanmamış bir malın suça konu olduğu durumda müsadereyi orantılılık açısından inceleyerek, yenilik getiren kararların önemli bir örneği *Grifhorst*⁸ davasıdır. Başvurucu, Andora sınırından Fransa'ya giriş yapmakta iken, gümrük kapısında hiçbir para taşıdığını beyan etmemesine rağmen, yapılan aramada üzerinde 500.000 Hollanda Florini yakalanır. Başvurucu, bu parayı Andora'daki bir bankadan çektiğini ve Hollanda'ya bir taşınmaz mal satın almaya gitmekte olduğunu ifade eder. Gümrük idaresi paraya el koyar ve başvurucu hakkında gümrük kanununa muhalefetten ceza davası açılır. Yapılan yargılama sonucunda başvurucu, üzerinde yakalanan paranın yarısı tutarında bir para cezasına daha mahkum olur, ayrıca yakalanan paraya da müsadere kararı verilir. Başvurucu AİHM önünde kendisine uygulanan bu yaptırımın hukuka aykırı ve çok ağır olduğundan şikâyet eder. Bu davanın AİHM içtihadı açısından önemi, gümrük kanunu gibi suç ile mücadele kapsamındaki düzenlemelerde uygulanan yaptırımın ağırlığının, devletin mülkiyet hakkına getirdiği müdahalenin orantılığı prensibi açısından değerlendirilmesidir. Olayda başvurucu sadece parayı beyan etmediği için gümrük kanununa muhalefet etmiştir. Yakalanan eşya, uyuşturucu, silah gibi bizatihi taşınması veya gümrükten geçirilmesi suç olan bir eşya değildir. Dolayısıyla Mahkeme, uyuşturucu veya kara para ile mücadeleden doğan uyuşmazlıklarda uygulamış olduğu içtihadına temel olan olayların, bu tip başlı başına suç olmayan malın sadece gümrük kanununa muhalefet suçuna konu olduğu olaylardan ayrıldığı sonucuna varır. Başvurucunun parasına uygulanan müsadere işleminin de devletin mülkiyet hakkına getirdiği müdahalenin, korunan meşru amaç ile orantılı olması bakımından farklılık göstereceği, başkaca bir suç ile ilişkilendirilmediği takdirde, beyan edilmeyen malın veya paranın tamamına el konması şeklinde bir müdahalenin orantısız derecede ağır olacağı görüşü benimsenmiştir. Olayda ise hem paranın tamamına el konmuş ve hem de yarısı tutarında para cezası uygulanmış olması başvuru- cunun mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Aynı hukuki analizin yapıldığı bir başka karar da *Gabric* davasında Hırvatistan'a karşı verilmiştir⁹. Olayda başvurucu şirket, Çek Cumhuriyeti

8 Grifhorst / Fransa, 26 Şubat 2009, başv. No: 28336/02.

9 Gabric / Hırvatistan, 5 Şubat 2009, başv. No: 9702/04.

kanunlarına göre kurulmuş bir şirketin %55 hissesini satın almak üzere yine bir başka şirket ile sözleşme akdetmiştir. Bu sırada hisseleri satışa konu olan şirketin bir yönetim kurulu üyesi hakkında usulsüz işlemlerinden dolayı ceza davası açılır. Bölge savcısı ceza yargılamasından dolayı hisselerin satışının tedbiren durdurulması yönünde karar alır. Başvurucu bu karara karşı başsavcılık nezdinde itiraz eder, itirazı reddedilir. Başvurucu ikinci kez merkez savcılık ofisine itiraz ettiğinde de ceza davasına bakmakla yetkili mahkemenin bu itirazı iddianameyle birlikte değerlendireceği cevabını alır. İddianame 7000 sayfadan oluşmaktadır. Ceza mahkemesi, iddianameyi önce savcılık makamına iade ettikten sonra tekrar açılan ceza davası kapsamında, söz konusu şirket hisselerinin yönetim kurulu üyesinin işlediği suçtan elde ettiği geliri teşkil ettiği gerekçesiyle devlet tarafından müsadere edilmesine karar verir. Başvurucu yüksek mahkeme ve Anayasa Mahkemesi nezdinde çeşitli itirazlarda bulunur. 1997 yılında açılan ceza davası AİHM'nin karar verdiği 2008 yılında hala devam etmektedir.

Özellikle ceza davaları sürecinde söz konusu olan müsadere müessesesinin uygulanması devletin ve ilgili yargı organlarının hassasiyet göstermesi gereken bir durumdur. Ancak ne yazık ki genelde birçok ülke uygulamasında yargı sürecinde şahsi haklar ön plana çıktığı için askıya alınan malvarlıksal haklar usul hukuku teminatlarından yeterince yararlandırılmamakta, bu haklara yeterince özenli davranılmamaktadır.

Malvarlığı hakları bakımından da AİHS'nin 6. Maddesi anlamında usuli güvencelerin sağlanmaması hak ihlallerine sebep olabilir. Bu konuya örnek olabilecek bir karar *Forminister Enterprises Limited*¹⁰ davasında verilmiştir. Olayda, başvurucu satın aldığı şirket hisselerine kendisinin dahil olmadığı bir ceza davasından dolayı devlet tarafından el konmasını, bu hisseler üzerindeki mülkiyet hakkının devlet tarafından fiilen alınması olarak değerlendirmiştir. AİHM ise müdahaleyi, yerleşik içtihadına paralel olarak AİHSEP'nin 1. Maddesinin 2. Paragrafı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, devletin özellikle ekonomik ve sosyal reformlar yaptığı ve bir değişim sürecinden geçtiği bir döneme denk gelen, ekonomik suçlar ile mücadelede hassasiyet göstermek gibi devletin takdir yetkisine giren özel durumlara dikkat çekmiştir. Ancak, tüm iç

10 Forminister Enterprises Limited / Çek Cumhuriyeti, 9 Ekim 2008, başv. No: 38238/04.

hukuk süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde AİHS'nin 6. Maddesinde öngörülen hukuksal koruma mekanizmalarının mülkiyet hakkının korunması bakımından iç hukukta tam olarak tezahürünü bulamadığı değerlendirilmektedir. Mahkeme, özellikle şirket hissedarlarının bu şirket üzerindeki haklarının 11 yıl süren ceza yargılaması boyunca dondurulmuş olmasının, sürenin uzunluğu bakımından mülkiyet hakkına getirilen müdahale ile devletin ulaşmak istediği kamu yararına kıyasla orantısız derece ağır bir nitelik kazandırdığına hükmetmiştir.

2) Suçun işlenmesinde kullanılan aracın müsadere edilmesi

Devletlerin, kaçakçılıkla mücadele amacıyla başvurdukları bir diğer yöntem, bir suçun işlenmesine aracılık eden mala tedbir niteliğinde el koyma veya kesin olarak müsadere uygulanmasıdır ki, bu eylemin de mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale olduğu tartışmasızdır.

Kaçakçılıkla mücadelede devletlerin başvurdukları yaptırımlar arasında gündeme gelen, kaçakçılıkta kullanılan araca da el konulması, aracın malikinin suçun faili olmadığı durumlarda ayrıca önemli tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Kaçakçılık suçuna konu olan mala zoralmı uygulanmasında, mülkiyetin aslında kime ait olduğuna bakılmamasının, objektif olarak doğrulanması, yöntemin etkinliğini sağlama arayışındandır. Aksi halde, yaptırımın uygulanması imkânsız hale gelebilmektedir. Buna karşın kaçakçılık suçunda, iyiniyetli üçüncü kişilerin araçlarına gizlice sokulan mallar kaçırılabilir. Bu konuda ilginç bir örnek *Air Canada / Birleşik Krallık*¹¹ davasıdır. 1980'li yıllarda Kanada havayolları şirketi Londra uçuşları sırasında kaçakçılığa karşı güvenlik zafiyeti bulunduğu gerekçesiyle birçok defa uyarılmıştır. 1987 yılında Singapur Toronto arası Londra aktarmalı bir uçuş sırasında başvuru şirkete ait bir uçakta özel ithalat prosedürüne tâbi Hint keneviri dolu bir konteynır yakalanır. Ele geçirilen konteynırdan kaçakçılığın faileri hakkında bir kanıt bulunamaz. İlgili kanunun verdiği yetkiyi kullanarak önce uçağa el koyan gümrük idaresi, 50.000 pound para cezasının ödenmesi karşılığı aynı gün uçağı iade eder.

AİHM önünde başvuru şikâyetini, kanunun gümrük idaresine sınırsız bir takdir yetkisi vermesi ve havayolu şirketinin kaçakçılık suçuna

11 Air Canada / Birleşik Krallık, 5 Mayıs 1995, KD A-316A, başv. No: 18465/91.

karıştığı yönünde bir bulgu olmadığı halde uçağına el konarak para cezası ödemeye mecbur bırakılması olarak formüle etmiştir. Mahkeme, gümrük idaresinin kullandığı yetkinin hukuki denetimini sağlayabilecek ölçüde etkili bir dava yolunun başvuru tarafından kullanılmadığı yönündeki tespitini davanın esası hakkındaki değerlendirmesinde kullanmaktadır. Diğer yandan kaçakçılıkla mücadelede devlete tanınan yetkinin, olayda suça konu olan malın değerinin çok büyük oluşunu da dikkate alarak, başvurucuya para cezası verilmesi şeklinde kullanılmasının, AİHSEP'nin 1. maddesi açısından ölçüsüz bir müdahale olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir.

Mahkeme bu davada, devletin kaçakçılık eyleminde kullanılan araca dahi el konulması şeklindeki müdahalesi ve cezanın ödenmesi sonucu el konulan malın iade edilmesinden çok, sanki para cezası verilmesi şeklinde bir müdahalede bulunulmuş gibi değerlendirme yapmıştır. Mahkemenin dörde karşı beş oyla aldığı bu kararına muhalif kalan yargıçlar ise; başvuru şirketin kaçakçılık suçuna iştirak ettiğine dair kanıt olmadan, zaten bu yönde bir iddia bile ortada yokken, suçu önlemeye yönelik tedbirler kapsamında bu nitelikte bir yaptırıma maruz bırakılmasını eleştirmektedirler. Tartışmanın odağı, Mahkemenin öne çıkardığının aksine, müdahalenin ağırlığı ve korunan menfaat ile orantısından çok, yaptırımın, suçun işlenmesinde kusur durumuna göre ancak uygulanabilir olmasına getirilmektedir. Muhalif yargıçlar ayrıca, ilgili kanunun, gümrük kontrolörlerine yaptırımı belirleme konusunda mutlak yetki verdiğini ve bunun keyfi kullanıma açık olduğu ölçüde cezanın öngörülebilir olmasını zorlaştırdığını belirtmektedirler. Kanımızca, olayda kullanılan aracın herkesin kullanımına açık bir araç olması, kaçakçılık suçunun işlenmesi konusunda şirketin kusuruna dayanmayı zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle kamunun kullanımına açık olmayan bir araçla yapılan kaçakçılıktan farklı olarak, havayolu şirketinin bütün yolcuların yanlarında taşıdıklarını kontrol etmesi mümkün olmayacağı gibi, bundan sorumlu tutulması da taşıması çok ağır bir sorumluluk teşkil etmektedir.

Diğer yandan, suç işlenmesinde araç olarak kullanılan eşyanın güvenlik tedbiri olarak kesin hükme kadar alıkonması da yine çok yaygın olarak devletlerin kullandıkları bir uygulamadır. Yargılamayı yapan mahkemenin, suç delili olarak muhafazasının gerekli olduğuna hükmetmesi halinde bu nitelikte eşyayı muhafaza altına alması, yine genel

prensiplere uygun olarak mümkündür. Ayrıca yine, bu tedbirin gerekliliğinin devam ettiğinin düzenli olarak mahkemece kontrol edilmesi, yani tedbirin yerindeliliğinin mahkeme önünde dinlenmesi ve incelenmesi önemlidir. Bu değerlendirmesince ulusal yetkili mahkemenin söz konusu eşyanın başvuruçunun özel durumu da dikkate alınarak ekonomik olarak taşıdığı değeri dikkate alması, devletin kullandığı yetkinin orantılılığı açısından AİHM tarafından denetlenmektedir. Örneğin Petyo Petkov davasında AİHM, yukarıda açıkladığımız hususları hakkın iç hukukta olması gerekten güvencelerden yaralandığının sağlaması bakımından incelemektedir¹². Bu kararda delillerin toplanması ve muhafazası gerekçeyle uygulanan geçici el koymanın, kesin hükümden sonraya da sarkması, yani tedbir kararının eşya üzerinden kaldırılması için gerek uygulama işlemlerinin kesin hükümden sonra 1 yıl 3 ay gibi bir süre gecikmesi AİHM tarafından devlete tanınan yetkinin makul olmayan derecede aşılması olarak değerlendirilmiştir.

3) Suç işleyerek elde edilen malvarlığının müsaderesi

Devletlerin özellikle organize suçla mücadele amacıyla aldıkları önemli tedbirler arasında, ceza mahkûmiyeti yanında, suç işleyerek kazanılan servetin müsadere edilmesi yer almaktadır. Başka bir deyişle, kara paraya el konması şeklinde malvarlığına yapılan bu müdahale, genel olarak suçu tespit eden bir ceza mahkûmiyeti ile birlikte uygulanmaktadır. Ancak bazı durumlarda, bireyin ceza mahkûmiyeti için gereken şartların gerçekleşmemesine rağmen, yasal yoldan temin edildiği gösterilemeyen paraya idari karar ile el konması, devletlerin suçla mücadelede başvurdukları yöntemlerden biridir. Bu müdahale, yargılama sırasında tedbiren olabileceği gibi, suç işlenerek alınmış malın veya kazanılmış paranın mülkiyetinin kesin olarak devlete geçirilmesi şeklinde de olabilir.

Örneğin *Raimondo* davasına konu olayda; başvuruçunun, suç örgütüne dahil olduğu şüphesiyle ceza kovuşturmasına maruz kalmış ve daha sonra mahkeme kararıyla aklanmıştır. Yargılama sürecinde, başvuruçuya ait taşınır ve taşınmaz bir kısım mala, bunların kara para ile alındığı gerekçesiyle, tedbir konulmuştur. AİHM, malvarlığına tedbiren el konması

12 Petyo-Peykov / Bulgaristan, 7 Ocak 2010, Başv. No: 32130/03, § 102-110.

niteliğindeki müdahalenin, kamu yararına yönelik ve meşru olduğunu, dolayısıyla başvurunun hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir. Diğer yandan, yetkili ceza mahkemesinin, el konulan malların iade edilmesi yönündeki kararının, ulusal otoriteler tarafından geciktirilerek icra edilmesi açısından hakkın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır¹³.

Başka bir örnek dava İngiltere’de 1994 yılında kabul edilen uyuşturucu ile mücadele kanununun uygulanmasından doğmuştur. *Phillips / Birleşik Krallık*¹⁴ davasına konu olan olayda; bir yandan başvuru uyuşturucu kaçakçılığından mahkûm edilirken, diğer yandan ilgili kanuna göre gümrük idaresinin görevlendirdiği özel bir müfettiş, suçun mali boyutunu incelemeye almıştır. Yapılan yargılama sonunda ceza mahkemesi, başvurunun kayıtlı ve kayıtsız ticari faaliyetine ilişkin bütün bulguları değerlendirerek, uyuşturucu ticaretinden 91400 GBP kazanç elde ettiğini tespit eder, ancak mevcut servetinden bu meblağın haczedilmesindeki güçlükleri dikkate alarak, başvurucuyu üç yıl içinde söz konusu parayı ödemeye, aksi takdirde iki yıl hapis cezası çekmeye mahkûm eder. Başvuru aleyhine hükmedilen para cezasının mülkiyet hakkına getirilen haksız bir müdahale olduğu şikayeti karşısında AIHM, özünde başvurunun malvarlığına yönelik bulunan bir haciz kararı olduğunu ve bunun AIHSEP’nin 1. maddesinin 2. bendi anlamında bir “ceza” olduğunu değerlendirir. Önceki kararlarına paralel olarak, Mahkeme, müdahalenin hem uyuşturucu ile mücadeledeki caydırıcı etkisi, hem de uyuşturucu ticaretinden elde edilen servetin yine aynı amaçla kullanılmasının engellenmesi için devletlerin sahip olduğu yetki kapsamında olduğu görüşündedir. Ayrıca, malvarlığı haklarının korunmasında genel kural olan orantılılık ölçütünün yerine getirildiğini ise; AIHS’nin 6. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetin temelsiz bulunması, başka bir deyişle malvarlığına yönelik müdahalenin adil bir yargılama sonucu verilen mahkeme kararına dayalı olması sağlamaktadır. Başvurunun ödemeye mahkûm edildiği meblağ, son altı yıl içinde uyuşturucu ticaretinden elde ettiği paraya denk düştüğü için, müdahalenin korunan amaca uygun ve orantılı olduğu, hakkı ihlal etmediğine karar verilmiştir.

Özellikle kara paranın organize suç faaliyetinden gelmesi durumunda, edinilen servetin muvazaalı işlemler ile suça karışmamış kişilerin

13 Raimondo / İtalya, § 30, 36.

14 Phillips / Birleşik Krallık, 5 Temmuz 2001, KD 2001-VII, başv. No: 41087/98.

mülkiyetine geçirilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nitelikteki servetin aynı hukuki sebeple müsadere edilmesi de, adil bir hukuki denetim mekanizmasından geçirilmek koşuluyla devlete tanınmış olan takdir yetkisi çerçevesinde kabul edilmektedir. Anılan şekildeki bir müdahale *Autorino / İtalya*¹⁵ davasında AİH Komisyonu tarafından incelenmiştir. Olayda, başvurunun kardeşi organize suç faaliyetiyle işigal ettiği gerekçesiyle ceza kovuşturması geçirmiş, yapılan yargılamada suçtan elde edilen gelirden düzenli olarak başvurucuya para aktarıldığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine ceza mahkemesi, başvurunun yasal ticari faaliyeti ve beyan ettiği gelir durumu ile malvarlığındaki aşırı dengesizliği de dikkate alarak, başvurunun ve eşinin sahip olduğu bir ev ve şirket hisselerin müsadereesine karar vermiştir. Yapılan temyiz incelenmesinde ise, başvurunun itirazları üzerine başka bazı deliller de dikkate alınarak, şirket hisselerinin kara paranın aklanması amacıyla kullanıldığının kesin ispat edilemediği ancak, başvurunun aldığı evin değerinin kazancıyla oransızlığının kesin olduğu, dolayısıyla başvurunun kardeşinin gayri yasal faaliyetinden kazandığı paralar ile alındığı kanaatiyle müsadere onaylanmıştır. AİHK'e göre; dava konusu malların müsadere edilmesi, hem suç örgütlerinin toplum için tehlike yaratan kullanımına engel olmak, hem de yasal kaynağı belli olmayan bir servete dayanması açısından meşru bir amaca yöneliktir. Müdahalenin, korunan amaçla orantılı olması ilkesi bakımından ise, etkili ve adil bir yargısal güvencenin başvuruca sunulması belirleyici öneme sahiptir. Komisyona göre ulusal mahkemeler önündeki yargılamada, başvurunun ve ilişki çevresinin finansal hareketlerinin somut deliller ile ortaya konmuş ve tartışılmış olması, temyiz aşamasında bir kısım malı üzerindeki zoralımının kaldırılmış olması, müdahalenin keyfi bir nitelik taşımadığını ve adil bir yargılama güvencesine sahip olduğunu göstermektedir. Başvurunun ayrıca dile getirdiği adil yargılanmama şikayetleri de AİHS'nin 6. maddesi kapsamında temelsiz bulunmuştur. Dolayısıyla başvurunun mülkiyet hakkına getirilen müdahale de, AİHSEP'nin 1. maddesinin 2. bendi kapsamında devlete verilen yetki kapsamında meşru ve ölçülü kabul edilmiştir.

İç hukuktaki yargılama sürecinin adil yargılama hukukuna ilişkin gerekli usulü güvenceleri sağlamaması hali ve buna bağlı olarak da müsa-

15 Autorino / İtalya, AİHK, 21 Mayıs 1998, başv. No: 39704/98.

dere edilen parayı veya eşyanın mülkiyetinin kesinlikle faile ait olduğunun ispat olunması gibi olaylar bu yetkinin orantısız kullanıldığı ve hakkın ihlal edildiği sonucunu doğurmaktadır.¹⁶

Federal Almanya ile birleşmesi sürecinde, Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde şaibeli para hareketlerine yaygın olarak rastlanması, devleti bu konuda önlem almaya zorlamıştır. Bu bağlamda çeşitli olaylar, hak ihlal iddiaları olarak AİHM önüne gelmiştir. Örneğin devlet görevlilerinin banka hesaplarında bulunan ve kaynağını açıklayamadıkları paraya el konması *Honecker / Almanya*¹⁷ davasında incelenmiştir. Eski doğu alman para biriminin, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin resmi para birimine çevrilmesi sırasında parlamentoda kurulan özel bir komisyon, söz konusu para hareketlerinin yasallığını denetlemekle görevlendirilmiştir. Doğu Almanya iktidarında önemli adli ve siyasi görevleri olan bazı şahsiyetlerin banka hesaplarındaki paraların alman markına çevrilmesi talebi üzerine, ilgili komisyon, yaptığı soruşturma sonucunda başvuru sahiplerinin kamusal görevlerini kötüye kullanarak gelir elde ettikleri ve talep konusu hesapların kaynağının yasal olarak açıklanamadığı sonucuna vararak, zoralımına karar vermiştir. Bu kararlara karşı ilgili şahısların mirasçılarının açtıkları davalarda idare mahkemeleri, hesaplara yatan paralardan kaynağı belli olan emekli maaşı tutarını ayırarak diğer kısmın zoralımını onaylamışlardır. AİHM'ye göre, Almanya'nın birleşme sürecinde para biriminin dönüşümü için, edinilme koşulları açısından yasallık denetimine tâbi tutulması ve kaynağı yasal olmayan paraya el konulması, kamusal ahlakın korunması meşru amacı açısından yerindedir. Olaydaki müdahalenin; ulaşılmak istenen amaç ile bireyin temel hakkı arasındaki dengeyi koruduğunun göstergesi olarak AİHM, mahkemelerin yaptığı denetim sonucu yasal kaynağı belli olan paranın ayrılarak, banka hesabındaki paranın kaynağı belli olmayan kısmına el konması şeklindeki uygulamanın özellikle altını çizmiş ve şikâyeti kabul edilemez bulmuştur.

16 Denisova ve Moiseyeva / Rusya, 1 Nisan 2010, başv. No: 16903/03, § 59-65.

17 Honecker, Axen, Teubner, Jossifov / Almanya, KEK, 15 Kasım 2001, KD 2001-XII, başv. No: 53991/00, 54999/00.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BAYATYAN ERMENİSTAN'A KARŞI KARARI

Çeviren: Av. Candaş Gürol *

Özet

Eski Roma'dan beri askerlik hizmetini yerine getirmemek olarak karşımıza çıkan vicdani ret kavramı 1. Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte çeşitli Avrupa devletlerinin mevzuatlarında kendisine yer bulmuş ve Avrupa Konseyi'nin kurulmasından sonra, Konseye üye olan devletler bu kavramı hukuklarına dahil etmeye başlamışlardır. Vicdani reddin Avrupa Konseyi bünyesindeki bu gelişmesi daha sonra da devam etmiş ve en sonunda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında da kendisine yer bulmuştur.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Amerikalılar arası İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası yargı organları da vicdani ret kavramına ilişkin olarak çeşitli kararlar vermişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konu hakkında vermiş olduğu 7 Temmuz 2011 tarihli Bayatyan Ermenistan'a karşı son kararı Mahkeme içtihadında önemli bir değişikliğe yol açmıştır.

Anahtar Kelimeler

Ermenistan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, vicdani red, zorunlu askerlik, zorla çalıştırma yasağı.

Abstract

The concept of conscientious objection which exists since the Ancient Rome as the refusal of military service has been implemented in many European countries after the first world war and after the foundation of the Council of Europe most of the member states have introduced conscientious objection into their legislation. This ongoing growth of the conscientious objection finally found itself in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

International judicial bodies such as The Human Rights Committee of the United Nations, the Inter-American Human Rights Commission and the European Court of Human Rights have ruled on this concept many times. European Court of Human Rights decision latest decision which dates of 07 July 2011 have changed the Courts' case law.

Keywords

Armenia, freedom of thought, conscience and religion, conscientious objection, compulsory labour, compulsory military service.

* İstanbul Barosu.

Başvuru No : 23459/03

KARAR

STRASBOURG

7 Temmuz 2011

Bu karar kesindir ancak yazım tashihleri söz konusu olabilir.

Bayatyan / Ermenistan davasında

Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi, Mahkeme heyeti aşağıdaki kişilerden oluşmuştur:

Jean-Paul Costa (Fransa),Başkan,
Christos Rozakis (Yunanistan),
Nicolas Bratza (Birleşik Krallık),
Peer Lorenzen (Danimarka),
Françoise Tulkens (Belçika),
Nina Vajic (Hırvatistan),
Lech Garlicki (Polonya),
Alvina Gyulumyan (Ermenistan),
Dean Spielmann (Luxemburg),
Renate Jaeger (Almanya),
Sverre Erik Jebens (Norveç),
Päivi Hirvelä (Finlandiya),
Mirjana Lazarova Trajkovska (Makedonya),
Ledi Bianku (Arnavutluk),
Mihai Poalelungi (Moldova),
Nebojsa Vucinic (Karadağ),
Guido Raimondi (İtalya),üyeler,
Ve hukuki danışman Vincent Berger,

Konsey nezdinde 24 Kasım 2010 ve 1 Haziran 2011 tarihli oturumlarında görüşülen dava ile ilgili olarak verilen karar aşağıdadır:

USUL

1. Huzurdaki davanın temeli Ermenistan'a karşı bu devlet vatandaşı olan Bay Vahan Bayatyan'ın (yakınan) 23459/03 sayılı ve 22 Temmuz 2003 tarihli başvurusuna dayanır ve ilgili talep Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Dair Sözleşme' nin (Sözleşme) 34. maddesin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.
2. Yakınan Georgetown Barosu' na kayıtlı J.M.Burns (Kanada), Patterson Barosu' na kayıtlı avukat A.Carbonneau (ABD) , Erivan Barosu avukatlarından R.Khachatryan ve Cenevre ve Savoie Üniversiteleri'nde Profesör M.P. Muzny tarafından savunulmuş; Ermenistan Hükümeti ise (Hükümet) ise Ermenistan Cumhuriyeti' nin Avrupa İnsan Mahkemeleri nezdindeki temsilcisi M.G.Kostanyan tarafından temsil edilmiştir.
3. Yakınan temel olarak askere gitmeyi reddetmesi neticesinde cezalandırılmış olmasını düşünce, inanç ve dini haklarının ihlali olduğu savı ile huzurdaki başvuruyu gerçekleştirmiştir.
4. Başvuru Mahkeme' nin 3. bölümüne tevzii edilmiştir. (Mahkeme yönetmeliği (Yönetmelik) madde 52 S uyarınca). 12 Aralık 2006 tarihinde kısmen kabul edilebilir bulunmuştur.
5. 25 Ocak 2010 tarihinde yakınan Büyük Kurul nezdinde başvurusunu yapmıştır.
6. Büyük Kurul'un oluşumu Yönetmeliğin 26 4. ve 5.maddelerine uygundur.
7. Yakınan gibi Hükümet de yazılı beyanlarını arz etmişlerdir. Diğer yandan Uluslararası Af Örgütü, İnanç ve Barış Tax Uluslararası, Quakers, War Resisters International gibi örgütlerin de görüş ve beyanları Mahkeme' ye arz edilmiştir. Son olarak Avrupa Yehova Şahitleri Derneği yazılı görüş ve beyanlarını sunmuşlardır.
8. Yönetmeliğin 59 3. maddesine uygun olarak Strasburg' ta bulunan İnsan Hakları Sarayı' nda 24 Kasım 2010 tarihli celse açılmıştır:

Hükümet adına

Avukatlar G.Kostanyan temsilci

E.Babayan, temsilci yardımcısı

Yakınan adına

Avukatlar A. Carbonneau, Vekil,

P. Muzny, Vekil,

V. Bayatyan, asil

Mahkeme Avukatlar Carbonneau, Muzny ve Kostanyan'ın beyanlarını ve sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

MADDİ VAKIA

1-DURUMA İLİŞKİN ŞARTLAR

9. Yakınan 1983 doğumludur ve Erivan' da ikamet etmektedir.

A- Davanın özü

10. Yakınan Yehova şahididir. Yehova Şahitleri tarafından organize edilen işlerde 1997 yılından itibaren görev almış, 18 Eylül 1999 tarihinde 16 yaşındayken vaftiz edilmiştir.

11. 16 Ocak 2000 tarihinde adı Erebuni Askeri Komiserliği' nde tutulan listelere geçmiştir.

12. Yakınan 16 Ocak 2001 tarihinde 17 yaşında iken, askeri hizmete elverişli olduğuna dair bir sağlık kontrolü geçirmiştir. 2011 İlkbaharı itibariyle (Nisan-Haziran) silah altına alınması gerekmektedir.

13. 1 Nisan 2001 tarihinde, askere teslim olma döneminin başında, yakınan Ermenistan Cumhuriyet Başsavcılığı' na, Askeri Komiserliği' ne ve Ermenistan Milli Meclisi' ne hitaben aşağıdaki ifadeleri kullandığı bir mektup göndermiştir:

“Ben aşağıda imzası bulunan 1983 doğumlu Vahan Bayatyan, 1996 tarihinden bu yana İncil' i okuduğumu ve vicdani görüşümün İncil'e uygun şekilde geliştiğini, İsaie 2:4 'de yer alan beyanlar uyarınca askerlik hizmetimi yapmayı vicdanen reddediyorum. Diğer yandan askeri hizmet yerine kamusal bir hizmette çalışmaya hazır olduğumu beyan ederim.”

14. Mayıs ayı başında yakınan ikametgahına gelen bir tebligat ile 15 Mayıs 2001 tarihi itibariyle askeri birliğine teslim olması hususunda uyarılır. 14 Mayıs 2001 tarihinde Askeri Komiserlik görevlile-

rinden birisi yakınanı telefonla arar. Yakınan annesine yakınanın bir gün sonrası için Askeri Komiserliğe askerlik hizmetini ifa etmek üzere teslim olması gerektiğini bilip bilmediğini sorar. Aynı akşam yakınan, geçici olarak ikamet etmekte olduğu evden zorla askere alınacağı korkusuyla taşınır.

15. 15 ve 16 Mayıs 2001 tarihlerinde Komiserliğe bağlı askerler yakınanın annesini telefonla arayarak oğlunun kendi rızasıyla teslim olmaması durumunda güç kullanılarak orduya alınacağını ve şu an itibariyle nerede bulunduğunu kendilerine söylemesi gerektiğini ifade etmişlerdir. 17 Mayıs 2001 tarihinde askerler yakınanın ikametgahına sabah çok erken bir saatte gelmişlerdir. Yakınan ailesi uyuduğu için kapıyı açamamıştır. Aynı gün yakınan annesi Komiserliğe giderek oğlunun evi terk ettiğini ve nerede olduğunu bilmediğini ifade etmiştir. Yakınanın ifadelerine göre bu tarihten sonra Komiserlik aile ile teması kesmiştir.

16. 29 Mayıs 2011 tarihinde Meclis Devlet ve Hukuk İşleri Komisyonu yakınanın 1 Nisan 2001 tarihli mektubuna ilişkin olarak aşağıdaki cevabı vermiştir :

“Beyanınıza (...) ilişkin olarak Ermenistan yasal mevzuatı uyarınca tüm Ermeni vatandaşlarının Ermenistan ordusuna hizmet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Askeri hizmet yerine farklı bir hizmet verilmesi yönünde halen Ermenistan’ da herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından askerlik hizmetinizi yapmakla mükellef olduğunu belirtiriz.”

17. 2001 Haziranının ilk günlerinde yakınan Eylül 2002’de yakalanıncaya kadar ikamet edeceği evine geri döner.

18. 12 Haziran 2001 tarihinde Milli Meclis 11 Haziran 2001 tarihine kadar işlen suçlar bakımında bir af yarasını kabul eder yasa 13 Eylül 2001 tarihine kadar yürürlükte kalacaktır.

B- Yakınana karşı takip edilen cezai usul

19. Haziran 2001’ de Erebuni Askeri Komiserliği Erebuni Savcılığı’ na yakınanın 15 Mayıs 2001 tarihi itibariyle askeri birliğine teslim olmadığını ve kasten askerlik hizmetini yerine getirmediğini ihbar eder.

20. Yakınan babasıyla birlikte yetkili Savcılık makamı nezdinde hazır bulunmuş ve mevcut durumu izah ederek savunmasını 1 Ağustos 2001 tarihinde yapmıştır.
21. 1 Ağustos 2001 tarihinde savcılık Ceza Kanunu' nun 75. maddesi uyarınca yakınan hakkında ceza soruşturması açılmıştır. Yakınan Başsavcılık makamına 8 Ağustos 2001 tarihinde yaptığı başvuruda , yukarıda bahsedilen Af Yasası' nda yararlanmak istediğini belirtmiş ise de bu hususta hiçbir netice alamamıştır.
22. Sorguyu yapan savcılık makamı 1 Ekim 2001 tarihinde yakınan ile ilgili 5 karar vermiştir: 1) Ceza Kanunu' nun 75. maddesine aykırı olarak sanığın askerlik hizmetini yerine getirmemek suçundan dolayı hakkında dava açılmasına b) Mahkeme' den tutuklanmasının talep edilmesi c) Firari olarak ilan edilmesi ve hakkında arama işlemlerine başlanması d) Mahkeme' den iletişimde olduğu kişilerin takip edilmesi hususunda karar talep edilmesi e-) İlgilinin bulunmasına kadar usuli işlemlerin durdurulması. Son karar aşağıdaki ifadeleri içermektedir :

“İlgilinin bulunması için harcanan 2 ay neticesinde somut bir neticeye ulaşılamadığı nazara alınarak adı geçen kişinin bulunmasına kadar soruşturmanın durdurulması gerekmektedir.”
23. İşbu kararların hiçbiri yakınana veya Haziran 2001' den bu yana ailesi ile birlikte oturmasına ve Temmuz ve Ağustos 2001' de soruşturma kapsamında hazır olmalarına rağmen ailesine tebliğ edilmemiştir.
24. 2 Ekim 2001' de Erebuni ve Erivan Nubarashen Mahkemesi yakınanın aranmasına ve tutuklanmasına karar vermiştir. Bu kararlar ne yakınana ne de ailesine tebliğ edilmemiştir.Soruşturma makamı yakınanın yakalandığı Eylül 2002 tarihine kadar bu hususta hiçbir beyanda bulunmamıştır.
8. 25. 26 Nisan 2002' de Sözleşme Ermenistan açısından yürürlüğe girmiştir.

C- Yakınanın Yakalanması ve Davası

26. 4 Eylül 2002 tarihinde, yakınan işyerindeyken 2 polis memuru evine gelerek kendisinin nerede olduğunu sormuştur.
27. 5 Eylül 2002' de polis memurları yakınanı almış ve polis merkezine götürmüşlerdir. Burada düzenlenen tutanağa yakınanın hakkında tutuklanma kararı verildiğini öğrenerek gönüllü bir şekilde polis merkezine geldiği yazılmıştır. Aynı gün yakınan Nubarashen' de tutukevine konulmuştur.
28. 9 Eylül 2002' de soruşturma makamı yakınan hakkındaki soruşturmaya devam etme kararı almıştır.
29. 11 Eylül 2002 tarihinde ilk kez kendisi hakkında vaki 1 Ekim 2001 tarihli suçlamayı öğrenmiştir. (Yukarıda 22. numaralı paragrafta belirtilen). Aynı gün alınan ifadesinde vicdani tercihleri nedeniyle askerlik görevini yapmayı reddettiğini ve alternatif bir kamu hizmetinde çalışmaya hazır olduğunu beyan etmiştir.
30. Aynı tarihte yakınanın avukatına dosyayı incelemesi hususunda izin verilmiştir.İddianame 18 Eylül 2002 tarihinde hazırlanmış ve 23 Eylül 2002 tarihinde savcı tarafından onaylanmıştır.
31. Yakının davası 22 Ekim 2002 tarihinde yerel Mahkeme nezdinde açılmıştır. 28 Ekim 2002 tarihine kadar dava askıda kalmış ve yakınan bu tarihe kadar iddianameden bir örnek alamamıştır.
32. 28 Ekim 2002 tarihli celsede yakınan soruşturma safhasında verdiği ifadesini tekrar etmiştir. (Bakınız paragraf 29.)
33. Aynı tarihli celsede Mahkeme yakınanı atılı eylemlerden suçlu bulmuş ve 1 yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.
34. 29 Kasım 2002 tarihinde savcı bu karara itiraz etmiş ve sanığın aşağıdaki gerekçe ile daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerektiğini savunmuştur :

“İlgili suçlu olduğunu kabul etmemektedir.Askerlik hizmetinin yapmayı reddetmiş oluşunu İncil’ i okumuş olmasına ve Yehova şahidi oluşuna bağlamaktadır.

İlgili fiziksel açıdan sağlıklı ve kusursuzdur. Diğer yandan işsizdir. Kanaatimce, Mahkeme fiilin sosyal açıdan barındırdığı riski nazara almaksızın son hafif bir ceza vermiştir. Failin şahsi özellikleri, ve fiili işlemekteki kastı ve askerlik hizmetini yapmayı reddediş gerekçesi nazara alındığında daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerekmektedir.”

35. 19 Aralık 2002 tarihinde , yakınan savcılık temyizine karşı itiraz etmiştir. Diğer yandan kararın Anayasa’ nın 23. maddesinde ve Sözleşme’ nin 9. maddesinde ve diğer milletlerarası normlarca garanti altına alınan din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğini, vicdani gerekçelerle askerlik hizmetini yapmayı reddeden bir kişi için alternatif bir kamu hizmetinin öngörülmemiş oluşunun cezai müeyyide uygulanmasını gerektirmeyeceği gerekçeleriyle itiraz hakkını kullanmıştır.
36. 24 Aralık 2002 tarihinde Askeri İstinaf Mahkemesi nezdindeki inceleme sırasında (İstinaf Mahkemesi) savcı ayrıca yakınanın soruşturma aşamasında kaçak konumunda olduğundan bahisle verilen cezanın bu nedenden dolayı da arttırılması gerektiğini ifade etmiştir. Yakınan ise bu esnada teslim olmaktan zorla askere alınacağı ve dicit vecibelerini bu nedenden dolayı yerine getiremeyeceği korkusunu taşıdığını belirtmiş; soruşturma safhasında savcının ve bir hakimin beyanını geri çekmesi ve askerlik vazifesini yapması durumunda hakkında işlem yapılmayacağını söylediğini belirtmiştir.
37. Aynı tarihte İstinaf Mahkemesi savcılık itirazını kabul ederek yakınana verilen cezayı iki yıl altı ay olarak belirlemiş ve aşağıdaki gerekçeye kararda yer vermiştir :

“Her ne kadar yerel Mahkeme suçun önemsiz niteliğini, sanığın yaşının küçüklüğünü, sabıkasızlık durumunu, ikrarını ve suçun ortaya çıkartılmasında aktif olarak rol oynadığı hususlarını cezanın göreceli olarak daha az olarak tayininde gerekçe olarak kabul etmiş ise de sanığın (yakınanın) suçluluğunu kabul etmediği gibi suçun ortaya çıkartılmasında etkin bir rol oynamadığı

aksine devam eden soruşturma sürecinde kaçak konumunda olduğu ve bu surette kamu görevlilerine yardımcı olmadığını nazara almamıştır. Hal böyle iken sanık hakkında verilen cezanın yetersiz kalacağı anlaşılmaktadır. Diğer yandan suça konu fiilin taşıdığı sosyal risk İstinaf Mahkemesi' ni savcılık itirazını kabul etmeye yöneltmiştir.”

38. Tam olarak kesin olmayan bir tarihte yakınan İstinaf Mahkemesi' nin yukarıda özetlenen kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurmuş ve yine Aralık 2002 tarihli (Bakınız paragraf 35) gerekçelere dayanmıştır. Yakınan temyiz başvurusunda iki yıl altı ay gibi bir süreyi hapis hane geçirmek yerine topluma faydalı olmak istediğini ifade etmiş ve kamu hizmeti yapmaya hazır olduğunu yinelemiştir. Yakınanın görüşüne göre Askeri Yükümlülükler Kanunu' nun 12. maddesi (Bakınız aşağıda paragraf 43.) buna hukuken imkan tanımaktadır. Yine yakınana göre Özgürlük, İnanç ve Dini Kurumlar Hakkında Kanun' un 19. maddesi askerlik hizmeti yerine kamusal bir hizmeti tercih etmeyi mümkün kılan bir düzenlemeye sahiptir. (Bakınız Paragraf 44).
39. 24 Ocak 2003 tarihinde Ermeni Yargıtay' ı İstinaf Mahkemesi kararını onamış ve Anayasa' nın 23. maddesinin 44. maddede (paragraf 41) yer alan şartların ve bilhassa Devlet güvenliğini , Kamu güvenliği ve düzenini ilgilendiren hususların varlığı halinde sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Mahkeme diğer yandan Sözleşme' nin 9.2. maddesi hükmünün bazı sınırlamalr öngördüğü hususuna atıfta bulunmuştur.
40. 22 Temmuz 2003 tarihinde, yakınan cezasından dokuz buçuk ay infaz edildikten sonra koşullu olarak salıverilmiştir.

II-DAVANIN ESASINA İLİŞKİN İÇ HUKUK

A-1995 tarihli Ermenistan Anayasası (2005 tarihindeki değişikliklerden önce)

41. Anayasa' nın davanın esasına ilişkin düzenlemeleri aşağıdaki gibidir:

Madde 23

“Herkes düşünce, inanç ve din hürriyetine sahiptir.”

Madde 44

“Devlet’ in güvenliği ve siyasi güvenlik, Kamu düzeni, Kamu sağlığı ve güvenliği, özgürlükler ve diğer bir kişinin şerefi ve şöhreti için gerekli olmadıkça Anayasa’ nın 23 ila 27. maddeleri arasında düzenlenen temel ve hak özgürlükler kısıtlanamaz.”

Madde 47

“Yasada öngörülen şekle uygun olarak her vatandaş Ermenistan Cumhuriyeti’ in savunmasına katılmakla mükelleftir.”

B- 1961 tarihli Ceza Kanunu (1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlükten kaldırıldı)

42. Ceza Kanunu’nda yer aln düzenleme aşağıdaki gibidir:

Madde 75 : Askeri davete saygısızlık

Yasaya uygun bir askere davate uymayan kişi 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

C. Askeri Yükümlülükler Hakkında Kanun (16 Ekim 1908 tarihinden beri yürürlüktedir.)

43. Askeri Yükümlülükler Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

Madde 3 Askeri yükümlülükler

“1. Askeri yükümlülükler tüm yurttaşlar için Anayasal bir ödev olup Ermenistan Cumhuriyeti’ ni savunmaya katılmayı ifade eder.”

Madde 11 Zorunlu askerlik hizmeti

“1. Erkek cinsiyetinde olanlar ve 18 ilak 27 yaşlarındaki birinci sınıf yedek memurlar sağlık durumlarının elvermesi durumunda barış zamanında zorunlu askerlik hizmetlerini yerine getirmek için çağırılırlar.”

Madde 12 Zorunlu askerlik hizmetinin istisnaları

“1. Bir kişi aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulabilir a) Milli Atama Komisyonu ilgilinin sağlık açısından orduya elverişli olmadığına karar verilenler b) Babasını, annesini veyahut kardeşini Ermenistan’ın savunması sırasında veyahut

Ermenistan'ın bekasına ilişkin askeri veya sair bir görevde kaybetmiş olup da ailenin tek erkek ferdi kalanlar c) Hakkında Hükümet kararnamesi çıkartılanlar d) Ermeni vatandaşlığını kazanmadan önce başka bir ülkenin ordusunda askerlik hizmetini tamamlamış olanlar e) Bilimsel bir diploması olup da (doktora, yüksek lisans sahibi olanlar) özel bilimsel ve eğitimsel faaliyetler yürütenler

Madde 16 Diğer sebeplerle askerliğin tecili

“2. Bazı durumlarda Hükümet bazı vatandaş kategorilerinin veya özel olarak bireylerin zorunlu askerlik hizmetini tecil edebilir.”

44. Vicdan Özgürlüğü ve Dini Örgütler Hakkında Kanun (6 Temmuz 1991 tarihinden beri yürürlüktedir.)

(GİRİŞ)

Ermenistan Yüksek Sovyet Cumhuriyeti işbu yasayı vicdan özgürlüğüne ve dini oluşumlara ilişkin işbu kanunu milletlerarası hukuk bazında insan hakları ve temel ve hak özgürlüklerden etkilenerek Milletlerarası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi' nin 18. maddesine duyduğu yüksek saygı çerçevesinde ihdas etmiştir.

Madde 19

Kanunen öngörülen tüm kamusal yükümlülükler dini oluşumlara mensup kişilere ve diğer kişilere eşit şekilde uygulanır.

45. Hizmetin İkamesi Hakkında Kanun (17 Aralık 2003 tarihli olup 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

İşbu yasa çerçevesinde var olan hükümler ilişki aşağıda arz edilmiştir:

Madde 2 Hizmetin ikamesine ilişkin tanım ve ikame edilecek hizmet tipleri

“1. İşbu kanun kapsamında ikame edilen hizmet teriminden muayyen bir süreye tabi olmak koşuluyla askeri veya sivil kamusal kurumlarda silah taşımayı, muhafaza etmeyi, tutumayı ve kullanmayı gerektirecek nitelikteki hizmetler anlaşılır.

2. Askerlik hizmeti yerine ikame edilebilecek hizmetler şunlardır: a) Ermenistan ordusu bünyesinden askerlik görevini muharebe girmek, silah taşımak, kullanmak, tutumak ve kullanmak zorunluluğu olmaksızın hizmet vermek b) Ermenistan ordusu dışında hizmet vermek

3. İşbu hizmetin amacı vatana ve millete olan kamusal yükümlülüğün ifası olup hiçbir surette cezalandırıcı, aşağılayıcı veya küçük düşürücü nitelik arz edemez.

Madde 3-Askeri hizmet dışında farklı bir hizmet için ikame edilmenin şartları

1. Vicdani bir nedenle veya dini bir inanç dolayısıyla silah taşıyamamak ,muhafaza edememek tutamamak ve kullanamamak durumunda olan ermeni vatandaşı askerlik hizmeti yerine ikame edilecek farklı bir kamusal hizmeti ifa edebilir.”

III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

46. Mahkeme Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bir bölümünün mevzuatında Konsey'e üye oldukları tarihlerden önce dahi zorunlu askerlik hizmeti ile ilgili olarak vicdani red hakkının varlığına ilişkin bir gözlemde bulunmuştur. İşbu düzenlemeyi öncelikle hayata geçiren Birleşik Krallığı (1915), Danimarka (1917), İsveç (1920), Hollanda (1920-1923), Norveç (1922), Finlandiya (1931), Almanya (1949), Fransa ve Lüksemburg (1963) , Belçika (1964), İtalya (1972), Avusturya (1974), Portekiz (1976) ve İspanya (1978) izlemiştir.

47. 1980'li ve 1990'lı yıllarda bu tarihe kadar mevzuatlarında vicdani red imkanını öngörmeyen birçok üye devlet de mevzuat değişikliğine gidere belirtilen hakkı tanımışlar ve iç hukuklarında buna yer vermişlerdir. Bu kapsamda Polonya (1980), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs, Yugoslavya ve Ukrayna (1992), Letonya (1993), Slovakya ve İsviçre (1995), Bosna Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcistan ve Yunanistan (1997) ve son olarak Bulgaristan (1998) bu ülkeler arasında yer almışlardır.

48. Makedonya 2001 yılında askerlik hizmetinin kamu hizmeti ile ikamesine ilişkin gerçek bir yasa ihdas etmiştir. Kaldı ki 1992 yılından bu yana ülke mevzuatında silahlı olmayan askerlik hizmeti seçeneği yer almaktadır. Rusya ve Arnavutluk 1993 ve 1998 yıllarında Anayasalarında vicdani red hakkını tanımaktadır ve

2004 ve 2003 yıllarında mevzuatlarında bu yönde bir dize değişikliğe gitmişlerdir. Azerbaycan 1995 yılında Anayasası'nda vicdani red hakkını tanımış ancak bu yöndeki kanuni değişikliği yerine getirmemiştir. Son olarak Türkiye' de vicdani red hakkı tanınmaktadır.

49. Romanya ve Ukrayna dışındaki ülkelerde vicdani red hakkı sadece dini gerekçelere dayandırılmamış; vicdani ve kişisel gerekçelerle de vicdani red hakkının kullanılabilmesi öngörülmüştür. Polonya, Belçika ve Finlandiya gibi ülkelerde bu hususun sadece barış zamanında uygulanabileceğine yönelik düzenlemeler mevcutken; Karadağ, Slovakya gibi ülkelerde savaş ve sevk dönemlerinde bu hakkın kullanılmayacağına ilişkin kurallar mevcuttur. Son olarak Finlandiya gibi üye devletler, bazı durumlarda vicdani red hakkını kullanan kişileri kamusal hizmetlerden de muaf tutmaktadır.

IV- MİLLETLERARASI BELGELER VE UYGULAMAYA İLİŞKİN HUSUSLAR

A- Avrupa belgeleri

1- Avrupa Konseyi

a-) Ermenistan'a ilişkin belge

Avrupa Konseyi Parlamenteler Asamblesi'nin 221 sayılı ve 2000 tarihli kararı. (APCE) Ermenistan'ın Avrupa Konseyi' ne katılması istemi.

50. 28 Temmuz 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenteler Asamblesi 221 sayılı kararı ile Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne üyelik talebini, aşağıda belirtilen biz dizi taahhüdü muayyen zamanlarda yerine getirmesi şartıyla kabul etti. Bu taahhütlere ilişkin metin aşağıdaki gibidir:

“13. Parlemlerler Asamblesi, Ermenistan Cumhurbaşkanı'nın, Meclis Başkanı'nın, ve mecliste temsil edilen siyasi parti başkanlarının mektuplarını nazara alır ve Ermenistan' ın aşağıdaki taahhütlerde bulunduğunu belirtir: Avrupa Konseyi'ne üyelik tarihinden itibaren 3 yıl içinde Avrupa normlarına uygun olacak ve

askerlik hizmetine alternatif yaratacak bir yasa çıkartmak, vicdani red nedeniyle halihazırda hükümlü olan sair disiplin yargılamasına konu olan kişileri affına ilişkin bir yasa çıkartmak, bu kişilerin askerlik hizmeti yerine bir kamusal hizmet ifa edebilmeleri için gerekli yasal düzenlemeleri yerine getirmek.”

b) Genel belgeler

i. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi

51. Parlamenterler Asamblesi 1967 tarihli ve 337 (1967) sayılı kararı ile vicdani red hakkını tanıır ve aşağıdaki ilkeleri beyan eder :

“1. Askerlik görevini vicdani, dini, etnik, manevi, insani, felsefi veya bu doğada olan derin değerler nedeniyle yapmak istemeyenlerin işbu hizmetten muaf tutulabilmelerine ilişkin kişisel hakları mevcuttur.

2. Hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı demokratik Devletlerde bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 9. maddesi hükmü ile güvence altına alınan haklar kapsamında telakki edilir.”

52. İşbu kararın tesisinde, Parlamenterler Asamblesi 478 (1967) sayılı kararı ile Bakanlar Komitesi’ nden tüm üye Devletleri bir an önce milli mevzuatlarını bu ilkelere uygun hale getirmeleri hususunda davette bulunmasını talep etmiştir. 816 (1977) ve 1518 (2001) sayılı kararları ile bu hususta kabul ettiği temel ilkeleri tekraren beyan etmiş ve tamamlamıştır. Son tarihli tavsiye kararında vicdani red hakkının Sözleşme tarafından tanınan düşünce inanca ve din özgürlüğünün temel bir unsuru olduğunu vurgulamıştır. Bu hakkı tanımayan sadece 5 üye Devlet’ in bulunduğu ve Bakanlar Komitesi’nden bu Devletleri vicdani red hakkını tanımaya davet etmesi istenmiştir.

53. 2006 yılında Parlamenteler Asamblesi askeri kuvvetler üyelerine ilişkin insan haklarına ilişkin 1742(2006) sayılı tavsiye kararı kabul etmiştir. Bu karar ile üye Devletlerden meslekten askerler dahil olmak üzere tüm askeri personele istedikleri zaman vicdani redçi olarak kaydedilmeyi talep etme hakkı tanıyan yasal düzenlemeleri hayata geçirmeleri talep edilmiştir.

ii. Bakanlar Komitesi

54. 1987 yılında, Bakanlar Komitesi noR(87)8 sayılı kararı ile halihazırda gerekli yasal düzenlemeleri ihdas etmeyen hükümetlere vicdani red hakkını tanıyan yasal normları aşağıdaki ilkeler ışığında kanunlaştırmaları yönünde tavsiyede bulunmuştur:

“Zorunlu askerlik hizmetine tabi olan herkes emredici vicdani gerekçelerle silah kullanmayı reddetme ve askerlik hizmeti yerine sicil bir hizmet tercih etme hakkına sahiptir.”

55. 2010 tarihinde Bakanlar Komitesi CM/Rec(2010)4 sayılı kararı ile üye Devletleri vicdani red hakkını tanımaya ve halihazırda gerekli yasal düzenlemeleri yapmayan hükümetleri bu hususta yasa ihdas etmeye davet eden bir karar almıştır. Bu kararın gerekçesinde aşağıdaki hususlara vurgu yapılmıştır:

“Günümüzde Mahkeme vicdani red hakkını Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında bulunan bir hak olarak telakki etmemektedir. Uluslararası bazda bu hakkın inanç ve din hürriyeti kavramı içinde telakki edilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur.

2. Avrupa Birliği

a) Avrupa Parlamentosu

56. Avrupa Konseyi organları tarafından vurgulanan temel ilkeler Avrupa Parlamentosu’nun 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli kararlarında kararında yer bulmuşlardır. Avrupa Parlamentosu da vicdani red hakkını Sözleşmesi’nin 9. maddesince koruma altına alınan düşünce, inanç ve din hürriyeti kavramları içinde telakki etmiş ve Avrupa Birliği’ne üye Devletleri vicdani red hakkını temel haklar içine eklemeleri gerektiğini vurgulamıştır.

b) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

57. 7 Aralık 2000 tarihli ve 1 Aralık 2009 yürürlük tarihli Şart’ın 10. maddesi:

“Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, toplum içinde veya özelde, ibadet ve öğreti vasıtasıyla dinini ve inancını ortaya koyma özgürlüğünü kapsar.

Dinsel ya da vicdani sebeplerle askerlik yapmama hakkı bu hakkı kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak tanınır.” hükmünü düzenlemektedir.

B. Diğer belgeler ve milletlerarası uygulamalar

1. Birleşmiş Milletler

a-) İnsan Hakları Komisyonu

58. 1987/46 tarihli kararında İnsan Hakları Komisyonu Devletleri vicdani red hakkını tanımaya ve bu hakkı kullanan kişilere hapis cezası vermemeye davet etmiştir. 1989/59 sayılı kararı ile daha ileriye giderek “vicdani red hakkını” Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’ nin 18. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklar Millerlerarası Paktı’ nın 18. maddesi anlamında fikir, vicdan ve din özgürlüğünün meşru ifası içinde telakki etmiştir. 1993/84, 1995/83 ve 1998/77 sayılı diğer kararlarında belirtilen ilkeleri tekrar etmiş ve geliştirmiştir. Komisyon Devletleri anılan kararlar ışığında yasal düzenlemeler yapmaya davet etmiştir. 2004/35 sayılı kararında vicdani gerekçelerle askerlik hizmetini yerine getirmeyen kişilere verilen cezaların affa uğraması yolunda yasal düzenlemelere gidilmesi gereği vurgulanmıştır.

b-) Medeni ve Siyasi Haklar Millerlerarası Paktı ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

59. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 2200 A XXI sayı ile 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklar Millerlerarası Paktı 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Ermenistan tarafından da 23 Haziran 1993 tarihinde kabul edilmiştir. Belirtilen düzenlemeler

Madde 8

“(…) 2. a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz;

c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” sayılmaz:

(ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani redçilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti;

Madde 18

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

(..).

60. Medeni ve Siyasi Haklar Millerlerarası Pakti' nin uygulanmasını gözlemleyen organ olan İnsan Hakları Komitesi, Finlandiyalı bir vicdani redçinin Finlandiya' ya karşı talepleri ile ilgili olarak bireysel bir başvuru ile ilgili verdiği kararda vicdani reddin 18. madde hükmü dahilinde telakki edilemeyeceğini ifade etmiştir. (L.T.K Finlandiya' ya karşı, no.185/1954, CCPR/C/D/185/1984, 9 Temmuz 1958)

61. Komite vicdani red hakkının 18. madde hükmü dahilinde telakki edebileceğine ilişkin ilk kararını J.P /Kanada vakıasına ilişkin olarak vermiş ve Paktın 18. maddesinin genel anlamda fikir sahibi olmayı, ifade özgürlüğünü, fikir ve inançların ifade edilmesini haklarını koruduğunu ve bu nedenle vicdani red hakkını da kapsadığını belirtmiştir. (no:446/1991,CCPR/C/43/D/446/1991,7 Kasım 1991)

62. 1993 yılında Komite 18. maddeye ilişkin genel yorumlarını 22 sayılı karar ile aşağıdaki şekilde ifade etmiştir :

"11. (...)Komite, öldürücü güç kullanma zorunluluğu vicdan özgürlüğü ve kişinin din ve inancını dışavurma hakkıyla çatıştığı ölçüde 18. Madde'den bu tür bir hakkın [vicdani red] doğabileceğine inanmaktadır."

63. Vicdani red hakkının hukuken tanınmadığı Kore Cumhuriyeti ile ilgili olarak ele alınan Yeo-Bum Yoon/Kore Cumhuriyeti ve

Myung-Jin Choi/Kore Cumhuriyeti kararlarında Komite, hapis cezasına mahkum edilen Yehova Şahitleri ile ilgili önemli bir karar vermiş ve aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“AKPM bu Karar’a dayanarak Bakanlar Komitesi’nin üye devletleri ulusal mevzuatlarını temel ilkelere mümkün olduğunca uyumlu hale getirmeye davet etmesi için çağrıda bulunan 478 sayılı Tavsiye kararını almıştır. AKPM bu temel ilkeleri 816 sayılı (1977) ve 1518 sayılı (2001) Tavsiye kararlarında da tekrar etmiş ve geliştirmiştir. Sözü geçen ikinci tavsiye kararında, vicdani reddin, Sözleşme’de kutsanan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün temel bir görünüşü” olduğu belirtilmiştir. Sadece beş üye devletin bu hakkı henüz tanımadığına işaret etmiş ve Bakanlar Komitesi’nin bu ülkeleri hakkı tanımaya davet etmesini tavsiye etmiştir.

64. 2006 yılında AKPM, üye devletleri mevzuatlarına her zaman vicdani retçi olarak kaydedilme hakkını ve profesyonel askerlerin de bu statüye kavuşabilme hakkını getirmeye çağıran, silahlı kuvvetler mensuplarının insan haklarıyla ilişkili 1742 sayılı (2006) Tavsiye kararını almıştır.

(ii) Bakanlar Komitesi

64. 1987 yılında Bakanlar Komitesi, üye devletlerin vicdani ret hakkını tanımalarını tavsiye eden ve henüz bunu yapmamış olan hükümetleri ulusal mevzuatlarını aşağıdaki temel ilkeyle uyumlu hale getirmeye davet ettiği R(87)8 sayılı Tavsiye Kararında aşağıdaki ifadeye yer verilmiştir:

“Askeri hizmetle yükümlü, zorlayıcı vicdani sebeplerden ötürü silah kullanımına katılmayı reddeden herkes bu hizmeti yerine getirmekten muaf tutulma hakkına sahip olacaktır, alternatif hizmeti yerine getirmekle yükümlü tutulabilir...”

65. Bakanlar Komitesi 2010 yılında, üye devletlerin, silahlı kuvvetler mensuplarının düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine getirilen sınırlamaların Sözleşme’nin m.9/2 hükmüne uygun olmasını, askere çağırılan kimselerin vicdani retçi statüsüne kavuşma hakkının

bulunmasını ve sivil nitelikli alternatif hizmetin onlara teklif edilmesini sağlamasını tavsiye eden CM/Rec(2010)4 sayılı Tavsiye kararını almıştır. Bu Tavsiye Kararı'nın Açıklama Notu'nda özel olarak:

“Vicdani ret hakkının Sözleşme'nin 9. Maddesi kapsamında olduğu henüz Mahkeme tanınmamıştır. Ne var ki, uluslararası alanlardaki güncel eğilim, bu hakkı vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası ve takımı olarak kabul etmektedir.” diye belirtilmektedir.

2. Avrupa Birliği

(a) Avrupa Parlamentosu

66. Avrupa Konseyi organları tarafından geliştirilen ilkeler Avrupa Parlamentosu'nun

7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli kararlarına yansımıştır.

Avrupa Parlamentosu, benzer şekilde vicdani ret hakkının, Sözleşme'nin 9. maddesinde tanıdığı şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kavramının özünde bulunduğunu addetmiş ve Avrupa Birliği üye devletlerini vicdani ret hakkını bir temel hak olarak hukuk sistemlerinin kapsamına almaya çağırmıştır.

(b) Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

67. 7 Aralık 2000'de kabul edilen ve 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Bildirge'nin

10. maddesi şu şekildedir.

“1. Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, din ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.

2. Vicdani ret hakkı, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlara uygun olarak tanınır.”

B. Diğer uluslararası belgeler ve uygulama

1. Birleşmiş Milletler

(a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu

68. İnsan Hakları Komisyonu 1987/46 sayılı Karar'ında devletleri vicdani ret hakkını tanımaya ve bu hakkı kullanan kimseleri hapis cezasına çarptırmamaya davet etmiştir. Bunu takip eden 1989/59 sayılı kararında Komisyon, bir adım daha ileri gitmiş ve vicdani ret hakkını, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18. maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHİUS) 18. maddesinde tanınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün meşru bir kullanımı olarak tanımıştır. Bu konudaki daha sonraki Kararlar -1993/84, 1995/83 ve 1998/77 sayılı kararlar- var olan ilkeleri doğrulamış ve genişletmiştir. Komisyon sonradan, devletleri kanunlarını ve uygulamaları bu kararlar ışığında gözden geçirmeye defaatle çağırmıştır. 2004/35 sayılı Karar'da devletlerin askerlik görevini yerine getirmeyi vicdani ret temelinde reddedenler için af ve hakların iadesini sağlamayı düşünmelerini desteklemiştir.

(b) MSHİUS ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin (BMİHK) uygulaması

69. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 19 Aralık 1966 tarihli 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Ermenistan tarafından 23 Haziran 1993'te onaylanmış olan MSHİUS'un ilgili hükümleri şu şekildedir:

Madde 8

“ 3. (a) Hiç kimseden zorla ya da zorunlu olarak çalışması istenemez...”

(c) Bu fıkra açısından, “zorla ya da zorunlu çalıştırma” terimi:...

(ii) Askeri nitelikteki herhangi bir hizmeti ve bu hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmeti kapsamayacaktır.”

Madde 18

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bun-

ları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.”

70. MSHİUS’un uygulanmasını izleyen kuruluş, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (BMİHK), bireysel şikayetleri incelerken başlangıçta MSHUİS’nin ve özellikle 18. maddesinin, bilhassa m.8/3-c-ii göz önünde bulundurulduğunda vicdani ret hakkını öngörmediği bakış açısını benimsemiştir. Finlandiyalı bir vicdani retçinin yaptığı bir şikayet, MSHUİS’nin hükümleriyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle bu temelde, kabul edilebilir bulunmamıştır (*L.T.K / Finlandiya*, 185/1984 sayılı Bildirim, B.M. Belge.CCPR/C/25/D/185/1984, 9 Temmuz 1985).
71. BMİHK’nin yaklaşımındaki ilk değişim, her ne kadar bir *görüş (obiter dictum)* olarak da olsa “[MSHİUS] m. 18, askeri eylemleri ve harcamaları vicdani olarak reddetmek de dahil, görüşlere ve inançlara sahip olma, bunları ifade etme hakkını kuşkusuz [korumadığını]” kabul ettiği 7 Kasım 1991 tarihli *J.P./Kanada* kararında gerçekleşmiştir (446/1991 sayılı Bildiri, B.M. belgesi CCPR/C/43/D/446/1991, 7 Kasım 1991).
72. BMİHK 1993’te 18. madde hakkında, *diğerlerinin yanında* maddenin aşağıdaki şekilde yorumunu içeren 22 sayılı Genel Görüş’ü kabul etmiştir:
- “11. ...Sözleşme vicdani ret hakkından açıkça söz etmemektedir, ancak öldürücü kuvvet kullanma yükümlülüğü vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ya da inancını ifade edebilme hakkıyla ciddi şekilde çelişebileceğinden Komite bu hakkın 18. maddeden türeyebileceğine inanmaktadır...”
73. BMİHK’nin tutumundaki daha sonraki bir gelişme, Komite’nin vicdani ret hakkının tanınmadığı bir devletteki iki Yehova Şahidi’nin şikayetlerini ilk defa ele almasının gerektiği *Yeo-Bum Yoon / Kore Cumburiyeti* ve *Myung-Jin Choi / KoreCumburiyeti* dosyalarına kabul ettiği görüşlerinde gerçekleşmiştir. BMİHK kararı aşağıdaki gibidir:

“8.2 ... Komite Sözleşme'nin 8. maddesinin 3. fıkrasının “Askeri nitelikteki herhangi bir hizmeti ve bu hizmete katılmayı vicdani bakımdan reddetme hakkının tanındığı ülkelerde de bu hakkı kullananlardan yasal olarak istenen herhangi bir ulusal hizmeti”, yasaklanmış olan “zorunlu ya da zorla çalıştırma”nın kapsamı dışına çıkardığına işaret etmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinin vicdani reddi ne tanıdığını ne de kapsamı dışında tuttuğunu kavramaktadır. Dolayısıyla mevcut iddia Sözleşme'nin yalnızca 18. maddesi ışığında değerlendirilecektir, bu hükmün kavranışı Sözleşme'deki diğer tüm garantilerin zaman içerisinde, metninin ve amacının ışığında evrildiği gibi evrilmektedir.

“8.3. ... Yazarların mahkumiyet ve cezaları, bu doğrultuda, din ya da inancı ifade edebilme yeteneklerinin kısıtlanmasına varmaktadır. Bu tür bir kısıtlamanın 18. maddenin 3. fıkrasında yer alan izin verilebilir sınırlar içerisinde yer alması gerekmektedir, bu her türlü kısıtlamanın yasayla öngörülmüş ve kamu güvenliği, düzeni, sağlığı, ahlakının ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması için olmasının gerekmesidir.”

74. BMİHK, başvurucunun 18. maddeyle garanti altına alınan haklarına müdahalenin gerekli olmadığı ve söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (1321/2004 ve 1322/2004 sayılı Bildirimler, B.M. Belge CCPR/C/88/D1321-1322/2004, 23 Ocak 2007).

(c) Keyfi Olarak Alıkonma Çalışma Grubu

75. Vicdani retçilerin alıkonulmaları sorusu, 1991'de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nca kurulmuş olan Keyfi Olarak Alıkonma Çalışma Grubu tarafından bireysel başvuru usulü bağlamında birkaç kez ele alınmıştır. Yakın zamana kadar, Grubun esas kaygısı vicdani retçilerin tekrar tekrar cezalandırılması ve hapsedilmesi olmuştur, bunu aynı suçtan iki kez yargılanmama ilkesini (ne bis in idem) ihlal ettiği gerekçesiyle keyfi bulmuştur (bkz. örnek olarak 26/1999 sayılı Görüş (Türkiye ve 24/2003 sayılı Görüş İsrail)). Grup 2008'de bir adım daha ileri atmış ve Türkiye'deki bir vicdani retçinin kovuşturulduğu, mah-

kum edildiği ve özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tek bir olayda bunun keyfi olduğuna karar vermiştir (bkz. 16/2008 sayılı Görüş (Türkiye)).

2. Amerikalılararası insan haklarının korunması sistemi

76. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m.6/3-b ve m. 12 hükümleri Avrupa Sözleşmesi'nin m.4/3-b ve m. 9 hükümleriyle benzerdir
77. 1997 ve 1998'de Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, mevzuatları vicdani retçileri askerlik hizmetinden hala muaf tutmayan üye devletleri, hukuk düzenlerini gözden geçirmeye ve vicdani ret halinde askerlik hizmetinden muafiyet sağlayan mevzuat değişiklikleri aracılığıyla uluslararası insan hakları hukukunun ruhuna düzenlemeler yapmaya davet etmiştir.
78. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu 10 Mart 2005'te ilk defa vicdani ret hakkına ilişkin bireysel bir başvuru hakkında karar vermiştir. Komisyon 12. maddenin, m.6/3-b hükmüyle birlikte okunması gerektiğine karar vermiş ve Amerikan Sözleşmesi'ne göre vicdani reddin yalnızca tanındığı ülkelerde korunduğu sonucuna varmıştır. Amerikalılararası Komisyon bu kararı verirken, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve BMİHK'nin 2005'ten önceki içtihadına büyük ölçüde dayanmıştır. (bkz. *Cristián Daniel Sabli Vera ve Diğerleri / Şili*, Dosya 12.219, Rapor no. 43/05, 10 Mart 2005, para. 95-97). Bu yaklaşım Amerikalılar-arası Komisyon tarafından daha sonra diğer bir dosyada teyit edilmiştir (bkz. *Alfredo Díaz Bustos / Bolivya*, Dosya 14/04, Rapor no. 97/05, 27 Ekim 2005, para. 19).

3. Gençlerin Haklarına İlişkin İber-Amerikan Sözleşmesi

79. 15-24 yaş arasındaki bireyler için belirli birtakım hakları düzenleyen Gençlerin Haklarına İlişkin İber-Amerikan Sözleşmesi, İber-Amerikan Gençlik Örgütü çerçevesinde 10-11 Ekim 2005 tarihlerinde kabul edilmiştir. Sözleşme'nin "Vicdani ret başlıklı maddesi" aşağıdaki gibidir:

"1. Gençlerin zorunlu askerlik hizmeti ile ilgili olarak vicdani red hakkı vardır.

2. Taraf devletler, bu hakkın kullanılmasını garanti altına uygun yasal önlemleri destekleme ve zorunlu askeri hizmet yerine ikame olabilecek alternatif bir hizmeti öngörmekle mükelleftir.”

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)

80. 1990 yılında AGİT de vicdani ret sorusunu ele almıştır. İnsani Boyut Konferansı'na katılan devletler Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun vicdani ret hakkını tanıdığına işaret etmiş ve hukuk sistemlerine alternatif hizmetin çeşitli biçimlerini getirmek üzerine düşünmeye anlaşılmıştır. AGİT 2004'te, içerisinde bu konuda denetleyici uluslararası bir standart bulunmadığı halde, çoğu demokratik ülkedeki açık eğilimin askeri hizmete dini veya ahlaki, ciddi itirazları olanların alternatif (askeri olmayan) hizmet yerine getirmelerine izin vermek olduğunu gözlemlediği Din ya da İnançla İlgili Mevzuatı Gözden Geçirme Kılavuzu'nu hazırlamıştır.

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 9. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ YÖNÜNDEKİ İDDİA

81. Yakınan orduya hizmet etmeyi reddettiği için cezalandırılmasının Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiğini idda etmektedir:

Madde 9

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

A. Daire' nin kararı

82. Daire 27 Ekim 2009 tarihli kararında Avrupa Konseyi' ne üye devletlerin büyük kısmının vicdani retçiler için ikame edilebilecek alternatif bir hizmet öngören kanunları kabul ettiğini ifade

etmiştir. Bununla birlikte , Sözleşme'nin 9. maddesi, vicdani retçileri tanıma imkanını her üye devlete bırakan m. 4/3-b1 hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, Tarafların büyük bir kısmının vicdani red hakkını tanımış olması, bu hakkı tanımamış olan bir tarafın Sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermenin dayanağını oluşturmamalıdır. Bu nedenle, bu etmen Sözleşme'nin evrilen şekilde yorumlanması için yararlı bir neden olma işlevini görmemektedir. Daire, bu koşullarda 9. maddenin vicdani sebeplerle askerlik hizmetini reddetme hakkını garanti altına almadığına ve dolayısıyla başvurucunun davasında uygulanamayacağına karar vermiştir. Daire, 9. maddenin uygulanabilir olmadığını göz önünde bulundurarak, yetkililerin başvurucuyu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettiği için mahkum etmesine de Sözleşme yükümlülüklerini ihlal eden şekilde davrandıkları şeklinde bakılamayacağı sonucuna varmıştır.

B. Tarafların savları

1. Başvurucu

(a) 9. maddenin uygulanabilirliği

83. Başvurucu, Daire'nin "yaşayan araç" doktrinini uygulamayı reddederek herhangi bir gerekçelendirme ya da açıklama getirmeksizin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun m. 4/3-b'nin, 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmasını sınırlandırdığı yönündeki yorumunu sabitlemiş olduğunu belirtmiştir. Ne var ki, özellikle de 2000 yılından itibaren vicdani retçileri tanımayı hukuksal olarak taahhüt etmiş olan Ermenistan'ın durumunda 9. madde gereği vicdani ret hakkının engellenmesi için m. 4/3-b meşru bir gerekçe olarak kullanılamayacaktır. Başvurucu, *Hazırlık çalışmalarına* dayanarak m. 4/3-b'nin 9. maddeyle ilişkili şekilde okunmasının asla amaçlanmamış olduğunu öne sürmüştür. m. 4/3-

b hükmünün tek amacı m. 4/2'yle garanti altına alan hakkını sınırlandırmaktır ve vicdani ret hakkını ne tanımakta ne de engellemektedir. m. 4/3-b Sözleşme'nin diğer hükümlerine uygulanmamaktadır ve 9. maddeye uygulanması için de hiç bir neden

bulunmamaktadır. Eğer 9. maddenin vicdani retçilere uygulanması amaçlanmış olsaydı bu tür bir sınırlama Sözleşme'yi kaleme alanlar tarafından kolaylıkla getirilebilirdi. Bu nedenle, Mahkeme 9. maddeyi vicdani retçilere uygulayarak, Sözleşme'nin içinde başlangıçta bulunmayan bir hak türetiyor olmayacaktır.

84. Başvurucuya göre, Avrupa Konseyi'nin neredeyse bütün üye devletlerinin bu hakkı aşamalı olarak tanımış olması göz önünde bulundurulduğunda, günün koşulları 9. madde gereğince vicdani ret hakkının tanınmasını desteklemektedir. Bu fikir birliği aynı zamanda, Avrupa Konseyi'nin ve Avrupa Birliği'nin organlarının konumlarına da yansımıştır. Dahası, vicdani ret hakkının tanınması Avrupa Konseyi'ne katılmak isteyen devletler için ön koşullardan biri haline gelmiştir. Buna ek olarak Daire, BMİHK'nın MSHİUS'un benzer hükümlerine getirdiği yorum da dahil olmak üzere meseleye ilişkin Birleşmiş Milletler organları nezdinde gerçekleşen önemli gelişmeleri göz önünde bulundurmakta başarısız olmuştur. Mahkeme'nin bu meseledeki konumunu netleştirmesine yönelik bir ihtiyaç vardır çünkü 9. maddeyi vicdani retçilere uygulamayı reddeden her zaman Komisyon olmuştur, Mahkeme değil. Ayrıca, Mahkeme'nin Komisyon'un konumu kaynak göstermesi, Sözleşme'nin amacına aykırı düştüğü için ne uygundur, ne de Komisyon'un konumunda bile vicdani ret hakkının tanınması lehine bir evrim görülebileceği için doğrudur. Başvurucu son olarak, meselenin Avrupa Konseyi'nde benzer durumdaki yüzlerce genç adamı ve dünya çapında binlercesini etkileyen sonuçları olduğundan sorunun bu davanın ötesinde olduğunu öne sürmüştür.

(b) 9. maddeye uygunluk

85. Başvurucu mahkumiyetinin, dini inançlarını ifade etme hakkına bir müdahale seviyesine gelmiş olduğunu öne sürmüştür. Bu müdahale yasalarca öngörülmemektedir çünkü Ermenistan yetkilileri kendisini mahkum ederek Avrupa Konseyi'ne katılırken üstlendikleri hukuksal taahhüdü yani hapis cezalarına çarptırılmış tüm vicdani retçileri affetme taahhüdünü ihlal eden şekilde davran-

mıştır. Bu uluslararası yükümlülük Ermenistan'ın iç hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelmiş ve bundan itibaren askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiş olan bütün vicdani retçiler mantık çerçevesinde, bu yükümlülükten kurtarılmayı ve alternatif sivil hizmeti yerine getirme seçeneğinin tanınmasını bekleyebileceklerdir. Sonuç olarak, iç hukuk Ermenistan'ın hukuksal olarak bağlayıcı uluslararası taahhütleriyle uyumlu hale getirilmemiş olduğundan yeterince belirli değildir.

86. Başvurucu ayrıca müdahalenin kanunla öngörülmemiş olduğunu çünkü 1993'te MSHİUS'a taraf olan Ermenistan'ın, Vicdan Özgürlüğü ve Dini Kuruluşlar Kanunu'nun gerektirdiğinin aksine MSHİUS'un 18. maddesine ve BMİHK'nın müteakip içtihadına bağlı kalmamış olduğunu belirtmiştir (bkz. yukarıda para. 44).
87. Başvurucu ayrıca müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını savunmuştur. İlk olarak kendisinin –kendini komşularıyla barış içerisinde yaşamaya adanmış ve sabıka kaydı bulunmayan bir vicdani retçinin- hapsedilmiş ve kendisine tehlikeli bir suçluymuş gibi davranılmış olduğu gerçeği demokratik bir toplumda kesinlikle gereksizdir. Özellikle, taciz edici bir arama sürecine maruz bırakılmıştır, sonrasında tutuklanmış ve içerisinde yatak bulunmayan bir hücreye çeşitli suçlardan alıkonulmuş altı kişiyle birlikte kapatılmış ve gardiyanların hakaretlerine ve sözlü tacizlerine maruz kalmıştır. İkincisi, sadece düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkını kullanmış olduğu düşünüldüğünde tamamen orantısız bir cezaya ve muameleye maruz kalmıştır. Üçüncüsü, hapsedilmiş olması, aynı zamanda Ermenistan yetkililerinin benzer durumlardaki diğer bireyleri affetmiş olduğu için de gereksizdir. Son olarak, kendisi gibi kişiler cezalandırılmadığında ülkedeki askeri korumanın düzeni bozulmayacak ve koruma zayıflamayacaktır. Özellikle, 2007'de Ermenistan'da 125.000 aktif ve 551.000 potansiyel asker varken yalnızca 41 Yehova Şahidi hapsedilmiştir. Dahası, 2002'den beri farklı dinlere sahip olan yalnızca üç birey vicdani retçi olmaya karar vermiştir. Bu kadar küçük sayıların Ermenistan'ın askeri kapasitesi üzerinde olumsuz bir etkisi olamayacaktır.

2. Hükümet

(a) 9. maddenin uygulanabilirliği

88. Hükümet, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı dahil olmak üzere Sözleşme ve Ermenistan Anayasası'yla garanti altına alınan hakların herkese eşit olarak, ayrımcılık yapılmadan uygulanacağını ileri sürmüştür. Bir Ermenistan vatandaşı olan başvuru Anayasa gereğince, dini inançlarına bakılmaksızın zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek zorundaydı ve bunun yerine getirilmesi, haklarına bir müdahale sayılamayacaktır. Kanun, askerlik hizmetinden muaf tutulmak için Yehova Şahidi olmak gibi bir nedeni içermemekteydi. Dolayısıyla, kanunda yer almayan bir sebeple askerlikten muafiyet, ayrımcılık yapmama ve eşitlik ilkesinin bir ihlali olmuş olurdu.

89. Hükümet Sözleşme'nin yaşayan bir araç olduğu konusunda hemfikirdir. Ne var ki, Sözleşme'nin 9. maddesinin somut olaya uygulanabilir olup olmadığı sorusu, Sözleşme'nin söz konusu zamanda mevcut olan yorumlanması bakış açısından düşünülmelidir. Başvuru 2001–2002 yıllarında mahkum edilmiştir; o zamanki mahkumiyeti uluslararası toplumun yaklaşımıyla uyumludur ve Komisyon ve Mahkeme'nin yorumladığı haliyle Sözleşme'ye göre hukuka uygun ve haklı olarak görülmekteydi. Özellikle, Komisyon, konuyla ilgili en yakın tarihli kararlar olan *Peters / Hollanda* (no. 22793/93, 30 Kasım 1994 tarihli Komisyon Kararı, rapor edilmemiş) ve *Heudens / Belçika* (no. 24630/94, 22 Mayıs 1995 tarihli Komisyon kararı, rapor edilmemiş) kararlarında 9. maddeyle garanti altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının zorunlu askeri hizmetten dini ya da siyasi sebeplerle muaf tutulmakla ilişkili olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, meseleyi incelemeyi gerekli görmemiş olduğu daha da yakın tarihli kararlarında 9. maddenin uygulanabilirliğini bile tanımamıştır (Örneğin, *Tblimmenos / Yunanistan* [BD], no. 34369/97, para. 43, AİHM 2000-IV, ve *Ülke / Türkiye* no. 39437/98, para. 53-54, 24 Ocak 2006). Bu nedenle, Ermenistan yetkilileri Sözleşme'nin gerekleri uyarınca hareket etmiştir. Bu konudaki yerleşik içtihat göz

önüne alındığında, yetkililerin Mahkeme'nin 9. maddeye yeni bir yorum getirme olasılığını öngörebilmiş olmaları ve bunun sonucu olarak hareketlerini olası "yeni yaklaşım"a uygun hale getirebilmiş olmaları mümkün değildir.

90. Hükümet, Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğunluğunun vicdani retçiler için alternatif hizmetin çeşitli biçimlerini sağlayan kanunlar kabul etmiş olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki, vicdani retçileri tanıma seçimini her bir Sözleşmeci Taraf'a açıkça bırakan m.4/3-b hükmü göz ardı edilemez ve Sözleşmeci Tarafların çoğunluğunun bu hakkı tanımış olduğu gerçeği, bir Sözleşmeci Taraf'ın hakkı tanımadığı için Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmekten sorumlu tutulması için dayanak oluşturamaz. Sonuç olarak, m. 4/3-b ışığında okunan 9. madde vicdani sebeplerle askerlik hizmetini reddetme hakkını garanti altına almamıştır ve başvurusunun 9. maddeyle garanti altına alınan haklarına bir müdahale olmamıştır.
91. Hükümet ayrıca, Ermenistan'da, Yehova Şahitleri, dokuz dini kuruluş şubesi ve bir temsilcilik de dahil olmak üzere yaklaşık altmış dini kuruluşun kayıtlı bulunduğunu. Bunların her biri askerlik hizmetinin dini inançlarına aykırı olduğunu iddia ederse, yalnızca Yehova Şahitleri'nin değil, diğer dini kuruluşların üyelerinin de ana vatanlarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddedebilecekleri bir durum ortaya çıkacaktır. Ayrıca, Yehova Şahitlerinin ya da herhangi bir diğer dini kuruluşun üyeleri, örneğin vergilerin ya da harçların ödenmenin de dini inançlarına aykırı olduğunu aynı şekilde iddia edebilecekler ve devlet de 9. maddeye aykırı bulunabileceğinden onları mahkum edemeyecektir. Bu tür bir bakış açısı, kişinin devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak için dini kuruluşlara üye olabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda kabul edilemeyecektir.
92. Hükümet son olarak, Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne katılımı üstlenmiş olduğu yükümlülüklerle ilişkin olarak 17 Aralık 2003'te Alternatif Hizmet Kanunu'nu kabul etmiş olduğunu bildirmiştir. Yetkililer bununla dini gerekçelerle askerlik hizmetinden muaf

tutulma olasılığını tanıırken vicdani retçilere de anayasal yükümlülüklerini yerine getirmede alternatif bir yol sağlamıştır. Dolayısıyla, şu anki durumda vicdani retçiler yalnızca alternatif hizmeti de reddederlerse mahkum edilmektedir. Hapis cezalarına çarptırılmış vicdani retçileri affetme konusundaysa Hükümet, yetkililerin başvuruçuyu çarptırılmış olduğu cezasını çekmekten muaf tutarak buna uyması konusunda ısrar etmiştir. Özel olarak, iki yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmış olan başvuruçu Temyiz Mahkemesi'nin kararından altı ay sonra salıverilmiştir.

(b) 9. maddeye uygunluk

93. Hükümet, başvuruçunun 9. maddeyle garanti altına alınan haklarına bir müdahale olduğu varsayılsa bile bu müdahalenin gerekçeli olduğunu öne sürmüştür. İlk olarak, müdahale kanunla öngörülmüştü. Özel olarak, fiziksel olarak uygun bulunan 18-27 yaş arası her Ermenistan vatandaşının dini inançlarına bakılmaksızın Ermenistan ordusuna hizmet etme yükümlülüğü Anayasa'nın 47. maddesinde ve Askeri Sorumluluk Kanunu'nun 3 ve 11. bölümlerinde öngörülmüştü. Bu hukuki hükümlerin her ikisi de erişilebilirdir ve yeterince kesindir. Ayrıca, söz konusu zamanda Ermenistan hukukunda vicdani ret hakkı tanınmamıştır.

94. İkinci olarak, müdahale demokratik bir toplumda gerekliydi. Demokratik bir toplumdaki temel prensiplerden biri, bütün yurttaşların herhangi bir gerekçeyle ayrımcılık olmaksızın, Anayasa ve yasaların öngördüğü hak ve özgürlüklere sahip ve yükümlülüklerle tabi olmasıdır. Dolayısıyla, yetkililer yukarıda sözü geçen altmıştan fazla dini kuruluşun söz konusu zamandaki kanunları dinsel inançlarının gerektirdiği gibi yorumlamasına ve kanunlara buna göre uymasına izin vermesi, kaçınılmaz olarak çok ciddi sonuçlar doğuracaktı. Bu koşullar altında yetkililerin en önemli görevi kanunun tüm Ermenistan vatandaşlarına dinlerine bakılmaksızın uygulanması olmuştur ve bu Sözleşme'ye aykırı bir müdahale olarak değerlendirilmemelidir.

3. Müdahiller

(a) Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Vicdan ve Barış Vergisi Örgütü, Danışma İçin Dünya Dostlar Komitesi (Quaker'lar), Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Uluslararası Savaş Karşıtları'nın ortak görüşü

95. Müdahil örgütler vicdani ret hakkının uluslararası ve bölgesel düzeylerde aşamalı olarak tanınmasına genel bir bakış sağlamıştır. Uluslararası düzeyde, özellikle BMİHK'nın içtihadındaki gelişmelere ve MSHİUS'nin karşılık maddelerine, bilhassa *Yeo-Bum ve Myung Choi* dosyalarında (bkz. yukarıda para. 62-64) getirdiği yoruma odaklanmıştır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ve Keyfi Olarak Alıkonulma Çalışma Grubu gibi Birleşmiş Milletler kuruluşları nezdindeki gelişmelere işaret etmiştir (bkz. yukarıda para. 58 ve 65).

96. Müdahil örgütler, bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi organları nezdindeki gelişmelere ve özellikle bunların vicdani ret hakkının tanınmasını ve buna daha büyük bir koruma sağlanmasını isteyen tavsiyelerine işaret etmiştir (bkz. yukarıda para 51-55). Ayrıca, vicdani ret hakkının Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 10. ve Gençlerin Haklarına İlişkin İber-Amerikan Sözleşmesi'nin 12. maddesinde açıkça tanınmış olduğuna dikkat çekmiştir (bkz. yukarıda para 57 ve 69). Son olarak, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, bir başvuru ve Bolivya devleti arasındaki dostane çözümü onaylayarak vicdani ret hakkının evrilen doğasını tanımış ve BMİHK'nın 22 sayılı Genel Yorum'una açık bir atıfta bulunmuştur (bkz. yukarıda para. 68).

97. Müdahil örgütler ayrıca, Sözleşme m. 9/2'nin kişinin dinini ya da inancını ifade etmesine milli güvenlik gerekçesiyle herhangi bir sınırlandırmaya izin vermediğini belirtmiştir. Yukarıda alıntılanmış, *Yeo-Bum Yoon ve Myung-Jin Choi* dosyalarında, BMİHK'nın başvuruçuların MSHİUS'un 18. maddesiyle garanti alınmış olan haklarına bir müdahale olduğuna karar vermiş, müdahalenin gerekli olmadığı ve söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmış olduğunun altını çizmiştir.

98. Müdahil örgütler, vicdani ret hakkının Avrupa Konseyi üye devletlerinin neredeyse tamamınca tanındığı ve BMİHK'nın yukarıdaki bulguları göz önüne alındığında bir devletin, askeri hizmeti vicdani ret için herhangi bir hüküm getirmemiş olmasının m. 9/2 bağlamında gerekçelendirilemeyen bir müdahale olduğunu öne sürmüştür. Son olarak *Tsirlis ve Kouloumpas / Greece* (29 Mayıs 1997, *Hüküm ve Karar Raporları* 1997-III) ve yukarıda alıntılanmış *Tblimmenos* dosyalarındaki muhalefet şerhlerine dayanarak Komisyon'un tartışmalı konudaki yaklaşımının bile zaman içerisinde evrilmiş olduğunu belirtmiştir. Yukarıdakilerin tamamı vicdani ret hakkının 9. madde gereğince korunmasını desteklemektedir.

(b) Avrupa Yehova'nın Hristiyan Şahitleri Derneği manevi standartlara adanmışlığı içeren ve diğer insanlara karşı silah kullanmayı reddetmeyi kapsayan, bir Hristiyan mezhebi olduğunu beyan etmiştir. Bu kişiler, askeri sorumlularca yönetilmek ve askeri fiil ya da amaçlara yardım etmek de dahil olmak üzere bu temel prensipleri ihlal etmedikçe alternatif milli hizmeti kabul edilebilir bulacaklardır. Yehova Şahitleri askerlik hizmetini vicdani reddettikleri için özellikle de savaş zamanlarında, tarih boyunca olarak çeşitli yaptırımlarla karşılaşmışlardır. Ne var ki, pek çok Avrupa ülkesindeki gelişmeler, alternatif sivil hizmetin aşamalı olarak öngörülmesine ve son olarak zorunlu askeri hizmetin kaldırılmasına yol açmıştır.

100. Davaya müdahil olarak katılan dernek ayrıca Ermenistan'da, askeri idare ve denetimden uzak gerçek bir alternatif sivil hizmette bulunma seçeneğinin var olmadığını ve genç Yehova Şahitleri'nin bu tür bir hizmeti vicdani nedenlerle reddetmeye ve hapsedilmeye devam ettiğini iddia etmiştir. 273 kişinin 2002-2010 yılları arasında mahkum edildiğini ve halihazırda 24 ila 36 ay arasında hapis cezası alıp cezaevinde bulunan 72 kişinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu kişiler, istihdam edilmek, banka hesabı açtırmak ve hatta evlenebilmek için gerekli olan belgelerin Devlet tarafından verilmemesi gibi sair tacizlere de muhatap kalmışlardır.

101. Neticeten, davaya müdahil olarak katılan dernek Büyük Daire'yi yaşayan araç doktrinini uygulamaya ve içtihadı günümüz koşullarıyla uyumlu hale getirmeye davet etmiştir. Davaya müdahil olarak katılan dernek ,devletlerin müdafaa gerekliliklerinin bu konudaki geçmiş tarihli kararların zamanında geçerli olduğu seviyede uygulanabilir olmadığını ve üye Devletlerin milli hizmetle ilgili düzenlemeler yapma gereğinin 9. madde tarafından güvence altına alınan haklar ihlal edilmeksizin yerine getirilebileceğini ifade etmiştir.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. 9. maddenin uygulanabilirliği açısından

102. Hükümet, Komisyon'un içtihadını refere ederek 9. maddenin yakınının davasına uygulanabilirliğine itiraz etmişler; yakının ve müdahiller ise içtihadın eski olduğunu iddia etmiş ve günümüz koşullarıyla uyumlu hale getirilmesini talep etmiştir.

(a) İlgili içtihadın özeti

103. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun başlangıçtaki kararının sadece askerlik hizmetinden değil aynı zamanda ikame sivil hizmetten de muaf tutulmayı isteyen bir Yehova Şahidi'yle ilgili *Grandrath / Federal Almanya Cumhuriyeti* (no.2299/64, 12 Aralık 1966 tarihli Komisyon Raporu, Yıllık, cilt. 10, sf. 626) olduğunu tespit etmiştir. Yakınan yetkililerin kendisine vicdanına ve dinine aykırı bir hizmet için zorlaması ve bu hizmeti yerine getirmeyi reddettiği için kendisini cezalandırması nedeniyle 9. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon öncelikle, 9.maddenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü genel olarak garanti altına aldığını, 4. maddenin vicdani retçilerin varlığı halinde askerlik hizmetinin yerine görülecek zorunlu hizmeti açıkça ele alan bir hüküm içerdiğini gözlemlemiştir. Komisyon; 4. madde sivil hizmetin vicdani retçilere askerlik hizmetinin ikamesi olarak dayatılabileceği açıkça tanıdığı için, Sözleşme'ye göre, vicdani reddin kişiye bu tür bir görevden muafiyet hakkını vermeyeceği sonucuna varmış-

tır. Komisyon 9. maddedeki “vicdan ve din özgürlüğü” kavramının yorumlanmasına ilişkin soruları incelemenin yersiz olduğuna karar vermiş ve bağımsız olarak değerlendirilen hükmün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

104. Benzer şekilde, *X. / Avusturya* (no. 5591/72, 2 Nisan 1973 tarihli Komisyon kararı, Koleksiyon 43, sf. 161) dosyasında da Komisyon 9. maddeyi yorumlarken, Sözleşme’nin m. 4/3-b hükmünün, zorla veya zorunlu çalıştırmanın “askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik hizmetini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet”i kapsamayacağı koşullarını da dikkate almış olduğunu belirtmiştir. Sözleşme’nin m. 4/3-b bendine “durumunu meşru sayan ülkelerde” ifadesi dahil edilerek vicdani retçileri tanıyıp tanımama ve eğer tanınırlarsa ikame bir hizmet getirip getirme seçimi Yüksek Sözleşmeci Taraflara bırakılmıştır. Komisyon, bu nedenle, 9. maddenin m.4/3-b’yle nitelendirildiği gibi, bir devlete vicdani retçileri tanıma ve buna bağlı olarak zorunlu askerlik hizmetini etkilediği ölçüde onların vicdan ve din özgürlüklerini yaşamaları için özel düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmediği kararına varmıştır. Bundan çıkan sonuç bu maddelerin, vicdani retçileri tanımayan bir devletin askerlik hizmetini reddedenleri cezalandırmasını engellemediğidir.
105. Belirtilen eğilim, sonrasında Komisyonca, yakınının ikame sivil hizmeti de vicdanen reddetmesiyle ilgili *X. v. Federal Almanya Cumhuriyeti kararında* da teyit edilmiştir (no. 7705/76, 5 Temmuz 1977 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (KR) 9, sf. 196). *Vicdani retçiler Danimarka’ya karşı* (no. 7565/76, 7 Mart 1977 tarihli Komisyon kararı, KR 9, sf. 117) dosyasında, Komisyon vicdani reddin Sözleşme tarafından garanti altına alınan hak ve özgürlükler arasında yer olmadığını tekrarlamıştır. Komisyon, *A. / İsviçre* (no. 10640/83, 9 Mayıs 1984 tarihli Komisyon kararı, KR 38, sf. 219) kararında da aynı görüşü tekrarlamış ve askerlik hizmetinde bulunmayı reddettiği için ne yakınana verilen cezanın ne de cezanın infazının ertelenmemesine ilişkin kararın 9. maddenin bir ihlalini oluşturabileceğini ifade etmiştir.

106. Sözleşme' nin vicdani ret hakkını güvence altına almadığı görüşü Komisyon tarafından sonraki çeşitli kereler tekrarlanmıştır. (bkz. *N. / İsveç*, no. 10410/83, 11 Ekim 1984 tarihli Komisyon kararı, KR 40, sf. 203; ayrıca kıyasen bkz. *Autio / Finland*, no. 17086/90, 6 Aralık 1991 tarihli Komisyon kararı, KR 72, sf. 245; *Peters*, yukarıda alıntılanmış ve *Heudens*, yukarıda alıntılanmış). Bu dosyalarda, Komisyon yine de, belirtilen prensiplere tabi olmaksızın fiillerin 9. maddenin alanına girdiğini ve bu nedenle yakınanların ayrımcılık iddialarının Sözleşme'nin 14. maddesi gereğince incelenebileceğini kabul etme yanlısıdır.
107. Vicdani ret meselesi iki davada Mahkeme önüne getirilmiştir. Mamafih ,Mahkeme 9. maddenin uygulanabilirliği meselesini değerlendirmeyi gerekli görmemiş ve konuyu Sözleşme'nin diğer hükümleri, yani 14. ve 3. maddeleri gereğince incelemeye karar vermiştir (bkz. *Thlimmenos*, yukarıda belirtilen, para. 43. ve 53. ve *Ülke*, yukarıda belirtilen para. 53-54 ve 63-64).
- (b) İctihadı değiştirme gerekliliğinin söz konusu olup olmadığı
108. Hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ve kanun önünde eşitlik yararına Mahkeme'nin önceki davalarda oluşturduğu içtihadından iyi bir neden olmadan ayrılmaması gerektiği ileri sürülebilir ise de Mahkeme'nin dinamik ve kendini geliştirici bir yaklaşımı sürdürmekte başarılı olamaması kendisinin reform ve ilerleme önünde bir engelle dönüşmesi tehlikesini doğuracaktır (bkz. *Vilho Eskelinen ve Diğerleri / Finlandiya* [Büyük Daire], no. 63235/00, para. 56, AİHM 2007-IV ve *Micallef / Malta* [Büyük Daire], no. 17056/06, para. 81, AİHM 2009-...). Sözleşme'nin hakları, teorik ve karışıklığa mahal verecek şekilde değil faydalı ve etkin şekilde uygulanabilir bir tarzda yorumlanması ve uygulanması büyük önem arz etmektedir (bkz. *Stafford / Birleşik Krallık* [Büyük Daire], no. 46295/99, para. 68, AİHM 2002-IV ve *Christine Goodwin / Birleşik Krallık'a karşı* [Büyük Daire] no. 28957/95, para. 74, AİHM 2002-VI).
109. Mahkeme, önceki kararlarında , 9. maddeyi vicdani retçilere uygulamayı reddetmiş olan Komisyon'un aksine bu maddenin

vicdani retçilere uygulanabilirliği meselesine ilişkin herhangi bir karar vermemeştir. Komisyon, Sözleşme'nin vicdani ret hakkını tanıma insiyatifi ni Yüksek Sözleşmecî Taraflara bıraktığına karar vererek 9. madde ve m. 4/3-b hükmü arasında bir bağlantı inşa etmiştir. Bunun sonucunda, vicdani retçiler 9. maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır ve bu, orduda hizmet etmeyi reddetme sebebiyle yargılanmama hakkının güvence altına alındığı şeklinde yorumlanamayacaktır.

110. Mahkeme yine de, m. 4/3-b'nin bu yorumunun hükmün gerçek amacını ve anlamını yansıttığı hususunda tam olarak ikna olmamıştır. Mahkeme m. 4/3-b'nin “askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik hizmetini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşrusayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet”i m. 4/2'de yasaklanan “zorla ve zorunlu çalışma”nın kapsamı dışına çıkardığına işaret etmektedir. Hatta Mahkeme, bu bağlamda “(b) bendinde, vicdani retçilere ilişkin hükmün kanunla kendilerinden istenen herhangi bir ulusal hizmetin zorla ve zorunlu çalıştırma kapsamına girmeyeceğini belirtmesi hedeflemiştir. Vicdani ret kavramı birçok ülkede net şekilde tanınmadığından “vicdani reddin tanındığı ülkeler” ifadesi eklenmiştir.” diye belirten 4. madde hükmüne ilişkin hazırlık çalışmalarının 23. paragrafına referans vermektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre hazırlık çalışmaları, m.4/3'ün b bendinin yegane amacının “zorla ve zorunlu çalışma” kavramının daha iyi açıklanması olduğu görüşünü doğrulamaktadır. Hükmün özü vicdani ret hakkını ne tanımakta ne de yok saymaktadır ve bu nedenle 9. madde tarafından güvence altına alınan haklara ilişkin sınırlandırıcı bir sonucu olmamalıdır.
111. Mahkeme, aynı zamanda Komisyon'un 9. maddeyi dar bir şekilde yorumlamasında o dönemde ağırlıkta olan fikirlerin bir etkisi olduğunu unutmamaktadır. Mahkeme aynı zamanda , Komisyon'un vicdani ret hakkını 9. maddenin kapsamı dışında tutan argümantasyonunu ilk kez ifade ettiği *Grandrath / Federal Almanya Cumhuriyeti ve X. / Avusturya* kararlarında bu güne pek çok yılın geçtiğini de zihninde tutmaktadır. Her

ne kadar bu gerekçelendirme Komisyon tarafından çeşitli vesilelerle ifade edilmiş ise de bu yöndeki en son karar tarihli karar 1995 kadar eski bir zamanda alınmıştır. Bu tarihten yana gerek Avrupa Konseyi üye devletlerinin iç hukuk düzenlemelerinde gerek ise uluslararası alanda mühim gelişmeler olmuştur.

112. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin günün koşulları ve bugünün demokratik devletlerinde egemen fikirler ışığında yorumlanması gerekencanlı bir enstrüman olduğunu teyit etmektedir (bkz. *Tyrer / Birleşik Krallık*, 25 Nisan 1978, para. 31, Seri A no. 26; *Kress / Fransa* [Büyük Daire], no. 39594/98, para. 70, AİHM 2001-VI; ve *Christine Goodwin*, yukarıda alıntılanmış, para. 75). Mahkeme, insan haklarının korunması için ilk ve önde gelen bir sistem olduğundan Sözleşmeciler Devletlerdeki değişen koşulları, örneğin ulaşılması gereken standartlar üzerindeki fikir birliği gibi, dikkate almak zorundadır (bkz. *Stafford*, yukarıda alıntılanmış, para. 68, ve *Scoppola / İtalya (no. 2)* [Büyük Daire], no. 10249/03, para. 104, AİHM 2009-...). Diğer yandan , Mahkeme Sözleşme'deki ifade ve kavramların anlamlarına ilişkin tanımlamalarda milletlerarası hukukun Sözleşme haricindeki unsurlarını ve bu unsurların yetkili organlar tarafından yapılan yorumlarını nazara alabilir ve de nazara almakla mükelleftir. İhtisaslaşmış uluslararası enstrümanların bulunduğu konsensüs , muayen davalarda Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında Mahkeme'ye faydalı bir değerlendirme yapabilmesi yolunda imkan tanır. (bkz. *Demir ve Baykara / Türkiye* [Büyük Daire], no. 34503/97, para. 85, 12 Kasım 2008).
113. Mahkeme, 1980'li yılların sonlarında ve de 1990 li yıllarda Avrupa ülkeleri arasında, hem mevcut Avrupa Konseyi' nin üye ülkeleri hem de konseye daha sonra katılan ülkeler arasında, vicdani reddi tanımaya yönelik açık bir eğilim olduğunu tespit etmektedir (bkz. Yukarıda para. 47). Neticeten , vicdani ret hakkını o dönemde tanımamış olan 19 devlet de söz konusu hakkı yaklaşık olarak Komisyon'un bu konudaki son kararını verdiği tarihlerde iç hukuk düzenlerinde öngörmeye başlamışlardır. O halde , yakınının 9. maddedeki haklarına müdahalenin gerçekleştiğinin iddia edildiği tarihte, yani 2002-

2003'te, Ermenistan'a ek dışında sadece 4 üye devlet vicdani ret hakkını tanımamıştır ve bunlardan üçü hakkı Anayasalarının kapsamına halihazırda almış ancak henüz iç uygulama kanunlarını ihdas etmemiştir. (bkz. yukarıda para. 48) Böylece, söz konusu zamanda neredeyse Avrupa Konseyi üye devletleri arasında bir fikir birliği vardır ve bunların çoğunluğu hem yasalarında hem de uygulamada vicdani ret hakkını tanımıştır.

114. Diğer yandan , Mahkeme davaya konu vakıalardan sonra iki üye ülkenin daha vicdani ret hakkını tam olarak uygulayan yasaları kabul ettiğini ve sonuçta Azerbaycan ve Türkiye'yi henüz gerekli yasal düzenlemeyi yapmamış iki ülke olarak bıraktığını tespit etmektedir. Son olarak , Mahkeme Ermenistan'ın da başvurunun hapis hanesinden tahliye edilmesini ve bu başvurunun yapılmasının hemen sonrasında hakkı tanıdığına işaret etmektedir.
115. Mahkeme ayrıca, çeşitli uluslararası merciler nezdinde vicdani ret hakkının tanınmasını ilgilendiren önemli gelişmelere dikkat çekecektir. En çok dikkat edilmesi gerekenlerden , BMİHK'nın Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin AİHS'nin hükümlerine (4 ve 9. maddeler) benzer hükümlerini (8. ve 18. maddeler) yorumlamasıdır. Başlarda BMİHK da Avrupa Komisyonu'yla aynı yorum içinde olup , vicdani ret hakkını MSHİUS'un 18. maddesinin kapsamı dışında tutmuştur. Ne var ki, BMİHK 1993'teki 22 sayılı Genel Açıklama'sında baştaki yaklaşımını değiştirmiş ve öldürücü kuvvet kullanma yükümlülüğünün vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ve inancını açığa vurma hakkıyla ciddi olarak çelişebileceği için MSHİUS'un 18. maddesinden vicdani ret hakkının türetilebileceğini dikkate almıştır. BMİHK 2006'da Güney Kore'ye karşı vicdani retçilere ilişkin iki dosyada MSHİUS'un 8.maddesini uygulamayı reddetmiş ve şikayetlerini yalnızca 18. maddeye göre incelemiş ve başvuru sahiplerinin vicdani sebeplerle orduya hizmet etmeyi reddettikleri için mahkum edilmelerinin söz konusu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir.

116. Avrupa'da, 2009'da yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 2000 yılında ilan edilmesinden söz edilmelidir. Bildirge'nin 10. maddesinin ilk fıkrası Sözleşme'nin 9. maddesinin ilk fıkrasını neredeyse harfiyen tekrarlarlarken ikinci fıkrası açık olarak "vicdani ret hakkı bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlara uygun olarak tanınır." diye açıkça belirtmektedir (bkz. yukarıda para. 57). Böyle açık bir ekleme kuşkusuz planlanmıştır (kıyasen bkz. *Christine Goodwin*, yukarıda alıntılanmış, para. 100 ve Scoppola, yukarıda alıntılanmış para. 105) ve modern Avrupa toplumunda vicdani ret hakkına atfedilen önemin yanında hakkın Avrupa Birliği üye devletlerince oybirliğiyle tanındığını da yansıtmaktadır.
117. Avrupa Konseyi içinde hem Parlamenterler Meclisi (AKPM) hem de Bakanlar Komitesi çeşitli seferlerde henüz vicdani ret hakkını tanımamış üye devletlerin hakkı tanınmaları telkininde bulunmuştur (bkz. yukarıda para. 51–55). Diğer yandan , vicdani ret hakkının tanınması örgüte yeni üyeler alınmasında bir ön koşul haline gelmiştir (Bir örnek olarak bkz yukarıda para. 50). 2001'de AKPM önceden yapmış olduğu çağrılarını vurgulayarak, vicdani ret hakkının Sözleşme'de var olan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün temel bir yansıması olduğunu özel olarak belirtmiştir (bkz. yukarıda para. 52). 2010'da BMİHK'nın içtihadındaki gelişmelere ve AB Temel Haklar Bildirgesi'nin hükümlerine dayanan Bakanlar Konseyi de Sözleşme'nin 9. maddesinde kutlanan vicdan ve din özgürlüğü kavramının bu şekilde yorumlanmasını desteklemiş ve üye devletlerin askere çağırılan kişilere vicdani retçi statüsünün verilmesi hakkının sağlanmasını önermiştir (bkz. Yukarıda para. 55).
118. Mahkeme, bu nedenlerle Komisyon'un *Grandrath / Federal Almanya Cumhuriyeti* kararı ve bunu takip eden kararlarından bu yana Avrupa Konseyi üye devletlerinin büyük çoğunluğunun iç hukukunun ve beraberinde ilgili uluslararası araçların, söz konusu zamanda bu soru üzerinde Avrupa'da ve ötesinde halihazırda gerçekten genel bir fikir birliği bulunduğu anlamına gelecek şekilde evrildiği sonucuna varmaktadır. Bu gelişme-

ler ışığında, 2002-2003'te meydana gelen olaylarla bağlantılı olarak 9. maddenin yorumlanmasındaki değişikliğin öngörülebilir olmadığı söylenemez. Bu, Ermenistan'ın MSHİUS'a taraf olduğu ve dahası Avrupa Konseyi'ne üye olurken vicdani ret hakkını tanıyan bir kanun getireceği güvencesini verdiği düşünüldüğünde daha da açık olarak söz konusudur.

119. Önceden belirtilenlerin ışığında ve “yaşayan araç” yaklaşımıyla aynı doğrultuda, Mahkeme, Komisyon'un belirlediği içtihadı doğrulamanın mümkün olmadığı ve 9. maddenin artık m. 4/3-b ile birlikte okunmaması gerektiği bakış açısına sahiptir. Sonuç olarak, başvuruçunun şikayeti yalnızca 9. maddeye göre değerlendirilebilir.
120. Sonuç olarak, Mahkeme 9. maddenin vicdani ret hakkını açıkça ifade etmediğine işaret etmektedir. Ancak orduda hizmet etme yükümlülüğüyle kişinin vicdanı veya içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu dini veya diğer inançları arasındaki ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkiyle gerekçelendirildiğinde askeri hizmeti reddetmek 9. maddenin teminatlarından yararlanmak için yeterli derecede inandırıcı, ciddi, tutarlı ve önemli bir kanaat ya da inanç oluşturmaktadır (kıyasen bkz. *Campbell ve Cosans / Birleşik Krallık*, 25 Şubat 1982, para. 36, Seri A no. 48, ve aksi için, *Pretty / Birleşik Krallık*, no. 2346/02, para. 82, AİHM 2002-III). Askerlik hizmetini reddetmenin bu hükmün alanına girip girmediği ve hangi ölçüde girdiği davanın özgül koşullarına göre değerlendirilmek zorundadır.
121. Somut olayda başvuruçunun, inançları askeriyede silahsız olsa bile görev yapmaya karşı çıkılması gerektiği kanaatini de içeren dini bir grup olan Yehova Şahitleri'nin bir üyesidir. Bu nedenle Mahkeme'nin başvuruçunun askeri hizmeti reddetmesinin sebebinin içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu ve askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğüyle ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişki içerisindeki inançları olduğundan şüphe etmesi için hiçbir neden yoktur. Bu bağlamda, hükümetin iddiasının aksine (bkz. yukarıda para. 81) başvuruçunun durumu, genel

vergi yükümlülüğü gibi kendisinin özel vicdani çıkarımları bulunmayan bir yükümlülüğe ilişkin durumdan ayırt edilmelidir (bkz. *C. / Birleşik Krallık* no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon kararı, KR 37, sf. 142).

Buna uygun olarak, 9. madde başvurusunun davasına uygulanabilir.

2. 9. maddeye uygunluk

(a) Bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

122. Mahkeme başvurusunun askerlik hizmeti için hazır bulunmamasını dini inançlarının bir göstergesi olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle askerlikten kaçtığı için mahkum edilmesi m. 9/1'le garanti altına alınan dinini açıklama özgürlüğüne müdahale anlamına gelmiştir. Bu tür bir müdahale “kanunla öngörülmedikçe”, 2. fıkrada yer alan bir veya daha fazla meşru amacı gütmek üzere ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmadıkça 9. maddeye aykırı olacaktır (bkz. *Buscarini ve Diğerleri / San Marino* [Büyük Daire], no. 24645/94, para. 34, AIHM 1999-I).

(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı

(i) Kanunla öngörülme

123. Mahkeme “kanunla öngörülmedikçe” ifadesinin ilk olarak aleyhteki önlemin iç hukukta temelini olması gerektiği yerleşik içtihadını tekrar etmektedir. Söz konusu kanunun niteliklerine ilişkin olarak da, kanunun ilgili kişilerce erişilebilir olmasını ve bu kişilerin bir eylemin yol açacağı sonuçları duruma göre makul derecede, –ihtiyaç varsa uygun talimatlarla– öngörebilmelerine ve davranışlarını düzenleyebilmelerine izin verecek yeterli kesinlikte ifade edilmiş olması gerektiğine işaret etmektedir. (bkz. *Gorzelik ve Diğerleri v. Polonya* [Büyük Daire], no. 44158/98, para. 64, AIHM 2004-I).

124. Mahkeme, başvurusunun mahkumiyetinin Ceza Kanunu'nun askerlik yoklamasından kaçmanın cezasını düzenleyen 75. maddesine dayandığını gözlemlemektedir. Ayrıca, başvuru-

nun mahkum edildiği sırada alternatif hizmete ilişkin bir kanun olmadığını ve hem Ermeni Anayasası'nın hem de Askeri Sorumluluk Kanunu'nun 18–27 yaşları arasındaki tüm erkek vatandaşların, fiziksel olarak elverişsiz bulunmadıkça askeri hizmeti yerine getirmesini gerektirdiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, erişilebilir olduğu tartışmasız olan bu hükümlerin yeterince açık olarak ifade edildiğini düşünmektedir.

125. Yukarıdaki iç hukuk hükümleri ve Ermeni yetkililerinin Avrupa Konseyi'ne üye olurken katılımdan sonraki üç yıl içerisinde bir alternatif hizmet kanunu kabul etme ve bu sırada hapis cezalarına çarptırılmış vicdani retçileri affetme ve bunun yerine kanun yürürlüğe girdikten sonra alternatif sivil hizmetlerde bulunmalarına izin verme yönündeki uluslararası yükümlülüğü arasında bir tutarsızlığın görüldüğü doğrudur (bkz. yukarıda para.

50). Mahkeme, ne var ki Ermenistan'ın iç hukuku ve uluslararası tahhüdü arasındaki açık çelişkiyi çözmeyi gerekli bulmamaktadır. Ayrıca, mevcut bağlamda yetkililerin MSHİUS'ye uymadığı iddiasını karara bağlamayı da gerekli görmemektedir.

126. Bu nedenle, Mahkeme mevcut davanın amaçları için ve müdahalenin gerekliliğine ilişkin bulgularını göz önünde bulundurarak (bkz. aşağıda para. 124–128) müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği sorusunu açık bırakmayı tercih etmektedir.

(ii) Meşru amaç

127. Hükümet kamu düzenini koruma gereğine ve üstü kapalı olarak da başkalarının haklarına atıfta bulunmuştur. Ne var ki, davanın koşullarında, özellikle de Ermeni yetkililerinin başvurusunun mahkum olduğu zamanda alternatif bir sivil hizmet kanunu getireceğine ve üstü kapalı olarak da yeni vicdani retçileri mahkum etmekten kaçınacağına dair halihazırda güvence vermiş olmasını hesaba katarak Mahkeme, Hükümet'in bu amaçlara atıflarını ikna edici bulmamaktadır (bkz. aşağıda para. 127) Yine de, sonuç olarak Hükümet'in atıfta bulunduğu

amaçların m.9/2 anlamında meşru olduğu varsayılsa bile, müdahale aşağıda açıklanan nedenlerle bu hükümlerle her halükarda uyumsuz olduğundan

Mahkeme amaçların m.9/2 anlamında meşru olup olmadığını belirlemeyi gereksiz bulmaktadır.

(iii) *Demokratik bir toplumda gerekli olma*

128. Mahkeme, 9. maddede de kutsandığı gibi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün Sözleşme'deki anlamıyla “demokratik toplum”un temellerinden birisi olduğunu vurgulamaktadır. Bu özgürlük, dini boyutuyla inanların kimliklerini ve hayat anlayışlarını bütünleştiren hayati unsurlardan biridir; ancak aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve dinle ilgilenmeyenler için de değerli bir varlıktır. Yüzyıllar içerisinde zorlukla kazanılmış çoğulculuk demokratik bir toplumdan ayrılmaz ve ona dayanır. Bu özgürlük, *diğerlerinin yanı sıra* dini inançlara sahip olup olmama ve bir dinin gereklerini yerine getirip getirmeme özgürlüğünü de zorunlu kılar (bkz. *Kokkinakis / Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, § 31, Seri A no. 260-A; *Buscarini ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış, para. 34; ve *Leyla Şahin / Türkiye* [Büyük Daire], no. 44774/98, para. 104, AİHM 2005-XI).
129. Din özgürlüğü esas olarak bireysel vicdan meselesi olsa da, aynı zamanda diğerlerinin yanı sıra kişinin dinini, yalnız ve mahrem olarak veya toplum içinde başkalarıyla beraber, kamuya açık olarak ve aynı inancı paylaşanların camiası içinde ifade etme özgürlüğünü de ifade eder. 9. madde kişinin dinini veya inancını ifade etmesinin bürünebileceği birtakım biçimleri ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak olmak üzere saymıştır (bkz. *Hasan ve Chaush / Bulgaristan* [Büyük Daire], no. 30985/96, para. 60, AİHM 2000-XI ve *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri v. Moldova*, no. 45701/99, para. 114, AİHM 2001-XII).
130. Mahkeme, çeşitli din, iman ve inançların yaşanmasında devletin tarafsız ve adil rolünü sıklıkla vurgulamış ve bu rolün de-

mokratik bir toplumdaki kamu düzenine, dini ahenge ve hoşgörüye olanak sağladığını belirtmiştir. Devletin tarafsız ve adil olma görevi, devletin dini inançların meşruluğunu veya bu inançların ifade edilme yollarını değerlendirmesine yol açacak herhangi bir yetkisiyle bağdaşmaz (bkz. *Manoussakis ve diğerleri / Yunanistan*, 26 Eylül 1996, para. 47, *Raporlar* 1996-IV ve *Hasan ve Chaush*, yukarıda alıntılanmış, para. 78).

131. Yerleşik içtihadına göre Mahkeme; Sözleşme'ye taraf devletlerin bir müdahalenin gerekli olup olmadığına ya da ne ölçüde gerekli olduğuna karar vermesinde belirli bir takdir alanı tanımaktadır. Bu takdir alanı, hem kanunu hem de onu uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimiyle yakın ilişki içerisinde dir. Mahkeme'nin görevi ulusal düzeyde alınan önlemlerin ilkel olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini ve ölçülü olup olmadığını belirlemektir (bkz. *Manoussakis ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış, para. 44; *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış, para. 119 ve *Leyla Şahin*, yukarıda alıntılanmış, para. 110).
132. Mahkeme, somut olayda takdir alanının kapsamını belirlemek için neyin tehlikede olduğunu, yani demokratik bir toplumun varlığını sürdürebilmesi için elzem olan gerçek anlamda dini çoğulculuğun sürdürülmesi ihtiyacını göz önünde bulundurmak zorundadır (bkz. *Manoussakis ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış, para. 44, ve *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış, para. 119). Mahkeme'nin aynı zamanda Sözleşme'ye taraf devletlerin uygulamalarından çıkan fikir birliğine ve ortak değerleri de hesaba katması gerekebilir (kıyasen bkz. *X, Y ve Z / Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997, para. 44, *Hüküm ve Karar Raporları* 1997-II ve *Dickson / Birleşik Krallık* [Büyük Daire], no. 44362/04, para. 78, AİHM 2007-XIII).
133. Mahkeme, önceden veya hala zorunlu askerlik hizmeti olan Avrupa Konseyi üye devletlerinin neredeyse tamamının, askeri yükümlülükle bireysel vicdan arasındaki olası çatışmaları gidermek için bu hizmete alternatifler getirmiş olduğuna yukarı-

da zaten işaret etmiştir. Buna göre, aynısını yapmamış olan bir devlet yalnızca sınırlı bir takdir alanından yararlanır ve herhangi bir müdahaleyi gerekçelendiren inandırıcı ve zorunlu nedenleri geliştirmek zorundadır. Özellikle, müdahalenin baskılayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini göstermek zorundadır (bkz. *Manoussakis ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış para. 44; *Serif / Yunanistan* no. 38178/97, para. 49, AİHM 1999-IX; *Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri*, yukarıda alıntılanmış para.119; *Agga / Yunanistan (no. 2)*, no. 50776/99 ve 52912/99, para. 56, 17 Ekim 2002; ve *Kurtuluş Ordusunun (Salvation Army) Moskova Şubesi / Rusya*, no. 72881/01, para. 62, AİHM 2006-XI).

134. Mahkeme olaya konu kararında , bir Yehova Şahidi olan yakınanın şahsi menfaati ya da rahatıyla ilgili sebeplerden değil, gerçekten sahip olduğu dini inançları sebebiyle askerlik hizmetinden muaf tutulmayı istediği gerçeğini görmezden gelemez. Ermenistan'da söz konusu zamanda alternatif sivil hizmet bulunmadığından başvuruçunun inançlarına bağlı kalmak için orduya alınmayı reddetmekten ve böylece cezai müeyyidelerle karşılaşma riskini almaktan başka seçeneği kalmamıştır. Netice olarak , söz konusu zamanda mevcut hukuk düzeni vatandaşlara, bilhassa da vicdani retçiler için ağır anlamları olabilecek, bir yükümlülük yüklerken vicdan temelli istisnalar sağlamayıp, başvuruçucu gibi askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddedenleri de cezalandırmaktadır. Mahkeme'ye göre bu tür bir sistem toplumun tamamının çıkarlarıyla başvuruçunkiler arasında adil bir denge kurmakta başarısız olmuştur. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçunun vicdanının ve inançlarının ihtiyaçlarının göz önünde tutulmadığı koşullarda başvuruçuya ceza verilmesinin demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olarak görülemeyeceğini düşünmektedir. Avrupa devletlerinin büyük çoğunluğunun deneyimlerinin de gösterdiği gibi, çatışan çıkarları barındırmaya muktedir uygulanabilir ve etkili alternatiflerin var olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu önlemin gerekli görülmesi daha da az mümkün olacaktır.

135. Mahkeme herhangi bir zorunlu askerlik sisteminin yurttaşlar üzerine ağır bir yük getirdiğini kabul etmektedir. Bu, ancak eşitlikçi bir şekilde paylaşıldığı ve bu hizmetten muafiyet somut ve ikna edici sebeplere dayandığı sürece kabul edilebilir (bkz. *Autio*, yukarıda alıntılanmış). Mahkeme, başvurunun askerlik hizmetinden muaf tutulmasını gerekçelendiren somut ve ikna edici sebeplerinin olduğuna halihazırda karar vermiştir (bkz. yukarıda para. 111). Mahkeme ayrıca, başvurunun genel olarak yurttaşlık yükümlülüklerini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmemiş olduğuna da işaret etmektedir. Aksine, başvuru yetkililerden alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmesi için kendisine olanak sağlamalarını açıkça istemiştir. Dolayısıyla başvuru, ikna edici nedenlerle, toplumsal sorumluluğu alternatif hizmette bulunarak, zorunlu askeri hizmetle meşgul olan yurttaşlarıyla eşit derecede paylaşmaya hazırdır. Bu tür bir olanak bulunmadığından başvuru onun yerine hapis cezası çekmek zorunda kalmıştır.

136. Mahkeme dahası, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin “demokratik toplumun” ayırıcı özellikleri olduğunu vurgulamaktadır. Her ne kadar bireysel çıkarlar bazen grubun çıkarlarından sonra gelmek zorundaysa da demokrasi basitçe, çoğulculuğun görüşlerinin hüküm sürmesi anlamına gelmez: azınlıktaki kişilere adil ve düzgün muamele edilmesini sağlayan ve hakim konumların suiistimal edilmesini engelleyen bir denge elde edilmek zorundadır (bkz. *Leyla Şahin*, yukarıda alıntılanmış, para.108).

Dolayısıyla başvurununki gibi azınlıktaki bir dini grubun inançlarına devlet tarafından, onlara topluma vicdanlarının emrettiği gibi hizmet etme olanağı sağlanarak duyulan saygı, hükümetin iddia ettiği gibi haksız eşitsizlikler ya da ayrımcılık yaratmak şöyle dursun, birleştirici ve kalıcı çoğulculuğu sağlayabilir ve toplumdaki dini ahengi ve hoşgörüyü destekleyebilir.

137. Mahkeme son olarak, başvurunun yargılanmasının ve mahkumiyetinin Ermenistan yetkililerinin Avrupa Konseyi'nin isteği

üzerine alternatif hizmeti belirli bir zaman dilimi içerisinde getirmek için halihazırda güvence vermiş olduğu bir zamanda gerçekleştiğine işaret edecektir (bkz. yukarıda para. 50). Buna ek olarak, her ne kadar bu zaman dilimi içerisinde vicdani retçilerin mahkum edilmeyeceği taahhüdü AKPM'nin 221 sayılı Görüşünde açıkça belirtilmemişse de "...bu sırada, hapis cezalarına çarptırılmış tüm vicdani retçiler affedilecek...onun yerine..., kanun... yürürlüğe girdiğinde... alternatif sivil hizmet... görmelerine... izin verilecektir." cümlesinde zımnen yer aldığı söylenebilir.

Ermeni yetkililerinin bu tür taahhütleri, vicdan özgürlüğünün askerlik hizmetini reddederek de ifade edilebileceğini ve meselenin vicdani retçileri cezalandırmak yerine alternatif önlemler getirilerek ele alınabileceğini tanıdığına göstergesidir. Bu sebeple, başvurunun vicdani ret sebebiyle cezalandırılması, söz konusu zamanda Ermenistan'ın uluslararası taahhüdü neticesindeki resmi reform politikası ve uygulanmakta olan yasal değişikliklerle doğrudan çelişki içerisinde ve bu koşullar altında cezalandırılmanın, baskılayıcı bir toplumsal ihtiyaç tarafından gerektirildiği söylenemez. Başvurunun mahkumiyetinin kesinleşmesinden bir yıldan daha kısa sonra alternatif hizmet kanununun kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu durum daha da ortadadır. Başvurunun sonradan şartlı olarak tahliye edilmiş olduğu gerçeği durumu etkilememektedir. Ne de yeni kanunun kabul edilmesinin başvurunun davasına bir etkisi olmuştur.

138. Yukarıdaki tüm sebeplerden dolayı Mahkeme başvurunun mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9. maddesindeki anlamına göre demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale oluşturduğunu düşünmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİ HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

139. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

A. Zarar

140. Yakınan manevi zararları bakımından 10.000 Euro (EUR) talep etmiştir.

141. Hükümet talep edilen manevi zarar miktarının aşırı olduğunu öne sürmüştür. Ayrıca başvuru, gerçekten manevi zarar gördüğünü kanıtlamamıştır. Her koşulda, ihlalin olduğuna karar verilmesi yeterli hakkaniyete uygun tatmin oluşturmamıştır.

142. Mahkeme, başvuru vicdani sebeplerden ötürü orduda hizmet etmeyi reddettiği için cezalandırılması ve hapsedilmesinin sonucu olarak kuşkusuz manevi zarar gördüğünü düşünmektedir. Adil bir temelde karar vererek başvurucuya manevi zarar bakımından

10.000 EUR ödenmesine hükmetmektedir.

B. Giderler ve harcamalar

143. Başvuru, iç hukuktaki yargılama giderleri için 3.000 EUR, duruşmada bulunma giderleri de dahil olmak üzere, Daire önündeki yargılamada giderleri için 11.500 ve Büyük Daire önündeki yargılama giderleri için 3.000 EUR olmak üzere, giderler ve harcamalar için toplam 17.500 EUR talep etmiştir. Başvuru, biri kendi ülkesinden ve ikisi yabancı olmak üzere üç hukukçunun, yapılan işin her bir kısmı için ödenebilir götürü ücreti de içeren ve davasında nihai kararın alınması da dahil faturalarını ibraz etmiştir.

144. Hükümet, başvuru diğer maddelere ilişkin şikayetleri kabul edilemez bulunmuş olduğundan, yalnızca 9. maddeye ilişkin şikayetlerine dair gider ve harcamaları talep edebileceği-

ni bildirmiştir. Her koşulda, gider ve harcama talepleri gereğince belgelendirilmemiştir ve bu giderlerin gerçekten gerçekleştiğini göstermekte başarısız olmuştur. Başvurucunun ibraz etmiş olduğu faturalara, kendisi ve hukukçular arasında bu tür bir ödemenin ya da anlaşmanın veya gelecekte bu tür ödemeler yapılacağına kanıtı olarak bakılamaz. Ayrıca, duruşmada bulunma giderleri gibi gelecek giderlerin geri ödenmesini talep etmesi kabul edilemez. Dahası, hukukçuların ücretleri abartılıdır, fahiştir ve gereksizdir; başvurucu aşırı sayıda hukukçu tutmuştu ve işin epeyce çoğalmasıyla sonuçlanmıştır. Hükümet son olarak, iki yabancı avukatın Kanada'da ikamet ettiğini ve bu nedenle başvurucuyu temsil etmek için ilgili ölçütleri karşılamadıklarını öne sürmüştür.

145. Mahkeme yargılama gider ve harcamaların varlığına karar verilen ihlalle ilişkili olduğu ölçüde geri ödenebilir olduğunu tekrar etmektedir (bkz. *Beyeler / İtalya* (hakkaniyete uygun tatmin) [BD], no. 33202/96, para. 27, 28 Mayıs 2002). Mevcut davada, başvurucunun Mahkeme'ye yaptığı ilk başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1, 3 ve 5. fıkraları, 6. maddesi ve 14. maddesi gereğince çeşitli şikayetler içermekteydi ve bunların kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla talebin tamamı kabul edilemeyecektir ve bir indirim uygulanmalıdır. Mahkeme ne var ki, başvurucunun taleplerinin gereğince belgelenmediği veya talep edilen ücretlerin abartılı ya da anlamsız olduğu konusunda Hükümet'le aynı fikirde değildir. Ne de, Hükümet'in başvurucuyu Mahkeme önünde temsil etmesine izin verilmiş olan iki yabancı hukukçuya ilişkin görüşleriyle hemfikiridir. Yukarıdaki bilgilere dayanarak kendi tahminini yürüten Mahkeme, başvurucuya giderler ve harcamalar için 10.000 EUR ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme faizi

146. Mahkeme, gecikme faizi için Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme oranının baz alınmasının uygun olduğuna, bu orana üç yüzdellik puan eklenmesi gerektiğine karar vermiştir.

BU NEDENLERLE MAHKEME

1. On altıya karşı bir oyla Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna *karar vermiştir*:

2. On altıya karşı bir oyla

(a) Davalı devletin üç ay içerisinde başvurucuya aşağıdaki miktarları ödeme tarihindeki oranlar üzerinden Ermenistan dramına çevrilerek ödemesine:

(i) Manevi tazminat için 10.000 EUR'ya (on bin Euro) yüklenebilecek her türlü vergi eklenerek;

(ii) Giderler ve harcamalar için 10.000 EUR'ya (on bin Euro) başvurucuya yüklenebilecek her türlü vergi eklenerek;

(b) Yukarıda sözü geçen üç aylık sürenin dolmasından ödeme tarihine kadar, yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme oranına üç yüzdellik puan eklenerek bulunacak oranda basit faiz uygulanabileceğine *karar vermiştir*.

3. Başvurucunun hakkaniyete uygun tatmine ilişkin sair taleplerini oybirliğiyle *reddetmiştir*.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 7 Temmuz 2011'de Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda halka açık olarak yapılan bir duruşmada açıklanmıştır.

**ALMANYA'DA NEFRET SUÇLARI:
ÖNYARGI SAIKLİ SUÇLARIN SINIFLANDIRILMASI VE KAYIT ALTINA
ALINMASI ÇERÇEVESİNDE NEFRET SUÇLARININ ALMAN
HUKUKU'NDA UYGULANMA SİSTEMİ**

Dr. Alke Glet*

Çev. Ar. Gör. Merve Turanlı**

Özet

Makalede, son zamanlarda kriminolojik boyutuyla ulusal ve uluslararası hukukta önemli bir yer edinmiş olan "nefret suçları" incelenmiştir. Nefret suçu, kişiye veya gruba karşı ırk, din, dil, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi nedenlerle duyulan önyargıyla işlenen, doğrudan ve dolaylı şiddet içeren suçlar olarak tanımlanmakta ve literatürde "ön yargı suçları" veya "ön yargının tetiklediği" suçlar olarak yer almaktadır. Nefret suçları genel olarak farklı özellikleri taşıyan gruplara karşı işlenmektedir. Bunun sebebi, nefret suçunun tek bir kişiye değil de, mağdurla aynı niteliksel ve niceliksel özellikleri taşıyan gruba yönelik olmasından kaynaklıdır. Nefret suçları ve diğer deyimleriyle ön yargı saikli suçlar genel olarak soyut nitelik taşımaktadır. Bunun sonucu olarak da, nefret suçlarının tasnifinin yapılması aşamasında belirsizlikler meydana gelmektedir. Makalede, nefret suçu teriminden ne anlaşılması gerektiği açıklanacaktır. Terimin açıklaması yapılırken, raporlar, resmi olarak kayıt altına alınmış kişilere karşı işlenen suçların son rakamsal verileri, kolluk teşkilatı tarafından toplanan bilgiler ve mahkeme kararları konunun incelenmesinde yardımcı olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Nefret suçu, ön yargı saikli suçlar, politik saikli suçlar, yabancı düşmanlığı, ceza soruşturma kayıt sistemi.

Abstract

In this article, the subject of "hate crime", which has been a major subject in national and international law arena with its criminologic aspect, has been analysed. Hate crime as any crime based on a belief regarding the victim's race, religion, color, disability, sexual orientation, social status, national origin, or ancestry. The victims of hate crime are generally people or groups of minorities. This is due to the crime being towards a person which is associated with the characteristics of a certain group. Hate crimes and crimes with motive are generally of abstract quality. As a result, ambiguities are created whilst examining the description of such crimes. This article focuses on the proper definition of "hate crime". During this definition analysis; reports, most recent numerical data of suspects of hate crime, information gathered by law-enforcement officers and judicial cases are being examined and referred to.

Keywords

Hate crime, bias motivated offences, politically motivated crime, extremist offences, criminal investigation registration system.

* Makalenin yazarı, **Alke Glet**, Freiburg/Almanya'da, Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsünde kriminoloji araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır. Enstitü, ceza hukuku ve suçlarla mücadele konularında uluslararası ve disiplinlerarası karşılaştırmalı projeler yapmaktadır.

** Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

“Nefret suçları”, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1980 yılından beri kriminolojik boyutuyla gündemde yer almaktadır. Bunu takiben 2001 yılında Almanya’da bu uygulamayı benimseyerek benzer bir düzenlemeyle polis tarafından “politik motivasyonlu suçlara” ağırlık verilmiş ve aşırı sağ görüş odaklı olan suçların kayıt altına alınması sistemine başlamıştır. Nefret suçu, yoruma açık ve öznel bir yargıya dayanmaktadır. Bugüne kadar Alman Polisi tarafından yapılan uygulamalarda halen nefret suçunun tanımlanması ve sınıflandırılmasına dair eksiklikler bulunmaktadır.

Yüksek seviyedeki anlam bulanıklığı, belirsizlik ve keyfilik, Almanya’daki nefret suçlarının resmi istatistiklerinin geçerliliği hususunda bir tartışmaya zemin hazırlamış ve şiddet içeren yabancı düşmanlığı ve nefret/önyargı saikli diğer suçların tanımlanması ve kayıt altına alınması konusunda çatışmaya sebebiyet verecek durumlar ortaya çıkmıştır. Bu açıdan, nefret suçlarının Alman Hukuku’nda uygulanmasının özenli şekilde değerlendirilmesi ve Alman toplumundaki nefret suçları olaylarının doğası hakkında geçerli veriler toplayabilmek için güncel eğilim ve gelişmelerin analiz edilmesi gerekmektedir.

Giriş

“Nefret suçu” terimi ilk olarak 1980’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde gündeme gelmiştir. Ancak günümüzde, dünyadaki tüm toplumlar için çağdaş değeri olan cezai boyutlu bir kavramı tanımlamaktadır. Nefret suçları, geniş bir çerçevedeki farklı hedef gruplarına karşı; korkutma veya fiziksel saldırı gibi hukuk dışı davranışları kapsamaktadır (*Green, McFalls ve Smith, 2001*). Bu tarz suçlar öncelikle, mağdurun yakın çevresindeki kişilere karşı işlenmekte ve mağdurun ulusal veya etnik kökenine, cinsel yönelimine ya da benzer bir karakteristik özelliğine dayalı, nefret ya da aşağılama saiki ile oluşmaktadır. Ancak bugüne kadar, neyin tam olarak “nefret suçu”nu oluşturduğuna ve sonuçta bu kavramın nasıl tanımlanabileceğine dair evrensel olarak kabul edilmiş bir ölçüt oluşmamıştır. Yine de uzmanlar, bir suçu nefret suçuna dönüştürenin ne olduğu konusunda, temel olarak bir kimsenin gerçek ya da öyle algılanan gruba bağlılığı veya kimliğine karşı önyargının/nefretin varlığının gerekliliği görüşünü paylaşmaktadırlar (*Cogan, 2003*). Böylece kişiyi sindirmeyi amaçlayan suç, yalnızca tek bir kişiye

yönelik değil, aynı zamanda mağdurla aynı özelliği paylaşan tüm gruba yönelik olmaktadır. Tek bir kişiye karşı yapılan eylem, tüm gruba karşı bir mesaj olarak algılandığından suçun mağduru değişebilir hale gelmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1990 yılında Nefret Suçları İstatistik Yasası¹, yürürlüğe girmiştir. Anılan yasa çerçevesinde, Adalet Bakanlığı tarafından, mağdurun etnik kökeni, ırkı, ulusal kimliği, dini ve cinsel yönelimi kaynaklı işlenen suçlarla ilgili olarak veri toplanması zorunlu kılınmıştır (*Streissguth, 2003*). Nefret saikli suçların cezalandırılması düşüncesinin yerleşmesini sağlayan 1994 yılındaki bu yasa dolayısıyla, nefret suçlar Amerikan ceza hukukunda ayrı bir kategori olarak yer almıştır. Bu süreç zarfında resmi olarak kayıt altına alınmış nefret suçları hakkındaki veriler Federal Soruşturma Bürosu (FBI "Federal Bureau of Investigation) tarafından *Nefret Suçları İstatistikleri* adı altında yayınlanmıştır. 1990 yılındaki mevzuatı takiben, 1994 yılında *Nefret Suçlarında Ağırlaştırıcı Hükümler Yasası* yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığı ve FBI tarafından yayınlanan veriler sayesinde nefret saikli suç konsepti artık toplumsal, siyasal ve hukuki boyutlarda kurumsallaşmış olmaktadır. Her ne kadar nefret suçlarına karşı oluşan duyarlılık çerçevesinde çeşitli ülkelerde suça ilişkin veriler toplanıyor olsa da, suç hakkında ortak bir tanımlama yapmak ve bunu diğer suçlarla kıyaslamak mümkün olmamaktadır. Bugüne kadar, bu konu hakkında Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya arasında karşılaştırmalı olarak yapılan çalışmalar oldukça nadirdir (*Watts, 2001*). Nefret suçlarının yabancı düşmanlığı ve önyargı saikli diğer kategorilerinde de olduğu gibi, her iki ülke arasında ortak bir tanım yapmanın mümkün olmaması, her iki ülkenin tarihi geçmişinden ve deneyimlerinden kaynaklanmaktadır (*Aronowitz, 1994; Seebafer, 2003; Aydın, 2006; Coester, 2008*). Nefret suçunun hukuki kavramı, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960 yıllarında, siyah azınlıkların haklarına karşı ayrımcılık ve şiddet odaklı olarak yapılan linç etme

1 *Nefret Suçları İstatistik Yasası*, 1990 yılının Ocak ayında dönemin Başkanı George H.W. tarafından yasalaştırılmış ve 28 U.S. C.534 ile numaralandırılmıştır. Bu yasanın ardından mevzuatın ekleri olarak, 1994 yılında *Nefret Suçlarında Ağırlaştırıcı Hükümler Yasası ve yine aynı yılda fiziksel ve zihinsel engellileri ayrı bir nefret suçu kategorisi olarak tanıyan Şiddet Suçları ve Hukuki Yapıtrımları Yasası*, 1996 yılında *Kiliselerin Kundaklanması Önleme Yasası* ve 1999 yılında *Nefret Suçlarının Önlenmesi Yasası* çıkarılmıştır.

ve polis müdahaleleri nedeniyle ortaya çıkmıştır (*Jeness, 2007*). Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yıllarda başlayan medeni haklar, mağdurlarla dayanışma, kadın, eşcinsel, lezbiyen vb. hareketler bu hukuki kavramın devamını oluşturmuştur.

Almanya'nın tarihinde ırk ve Yahudi temelli nefret Nasyonal Sosyalistlere kadar uzanmaktadır. Daha sonradan yürürlüğe giren mevzuat ve ilkeler, anti-semitizm temelli şiddetin ve bunu da içine alan aşırı sağ görüş odaklı eylemlerin ve Yahudi soykırımının önlenmesini hedeflemekteydi (*Bleich, 2007, s15*).² Savaş sonrası dönemde Almanya, yüksek oranlarda göç almış ve bunun sonucunda ülke bünyesinde farklı etnik gruplar oluşmuştur. Birleşmeden sonra, Almanya'nın birden çok şehrinde etnik azınlıklara karşı gerçekleşen nefret saikli saldırının daha çok farkına varılmış ve bunun sonucu olarak bu eylemlerin nefret suçu kavramı başlığında nitelendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Göçmen ve sığınmacılara karşı Hoyerswerda(1991), Rostock(1992), Mölln(1992), Solingen(1993) şehirlerinde gerçekleştirilen bir dizi saldırı ve son olarak da Lübeck Sinagog'undaki kundaklama eylemi sonucunda nefret suçu politika ve ceza adaleti gündeminde önemli bir yer edinmiştir. Irkçı saiklerle, yabancılara karşı şiddet eyleminde bulunan ve yabancının öldürülmesi suçunu işleyen failin belirlenmesi ve failin eğilimleri hakkında bilgi toplama amacıyla gelişmeler yapılmıştır. Nefret suçu kavramı, geçmiş yıllarda çağdaş toplumsal tartışmaların defalarca konusu olmaktadır, artık bu gelişmelerle beraber nefret suçları terimi Alman literatüründe sık kullanılır hale gelmiştir (*Willems ve Steigleder, 2003; Schneider, 1995; 2001; McDevitt ve Williamson, 2002; Bannenberg et al., 2005*). Irkçılık ve yabancı düşmanlığı sorunlarının çözümüne yönelik reformlar genel olarak Avrupa Birliği tarafından yapılmaktadır. 1993 yılında Avrupa Konseyi tarafından Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu kurulmuş, bunun devamı olarak 1997 yılında, Avrupa Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı İzleme Merkezi oluşturulmuştur. Merkezin amacı, ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı Avrupa Bilgi Ağı Sistemi tarafından toplanan verilere dayanarak üye ülkelerdeki ırkçılık ve antisemitizmin nedenlerini, sonuçlarını ve etkilerini incelemektedir (OSCE/ODIHR, 2005).

2 Aşırı Sağ odaklı politik saikli suçlar, Yahudi ve yabancı düşmanlığı saikli suçları önlemek için Alman Ceza Kanun'undaki maddeler : a) §130 StGB: "Halkı tahrik"; b) §86.86a " Nazi propagandasını yaymak ve göstermek".

Almanya'nın geçmişinde yaşanan belirli deneyimlerden dolayı, önyargı temelli şiddet tamamen farklı bir içeriğe sahip olsa da nefret suçunun anlaşılmasına yardımcı olmaktadır. Nefret suçları kavramı günümüzde hâlâ Amerika'nın yaptığı tanımlamadan esinlenilerek oluşturulmaktadır. Alman kolluk teşkilatları, nefret saikli suçların verilerini içeren istatistiklerde, nefret suçlarının ağırlık olarak, sağ odaklı görüş taraftarlarınca göçmenlere karşı işlenen suçlar olduğunu belirtmektedir. Nefret suçunun tanımı, içerisinde çok geniş özellikler barındırdığından dolayı oldukça karmaşık bir konudur. Ön yargı saikli suçun pratikte ceza yargılaması özneleri ve kanun koyucu tarafından hangi cezai davranışı kapsadığı belirlenemediğinden ve dolayısıyla tanımlanamadığından zor bir konu haline gelmektedir. Konu için önemli bir örnek olarak, Ohio eyaletindeki bir yerleşim yerinde gerçekleşmiş olan "Ermyas davası" verilebilir. 16 Ocak 2006'da 37 yaşındaki Ermyas Mulugeta (Etiyopya kökenli) saldırganlar tarafından dayak yemiş ve kafasına ciddi derecede ağır darbeler almıştır. Yaklaşık iki hafta boyunca bilinçsiz olarak yatmış ve kendisine geldiğinde ise olayı hatırlayamaz hale gelmiştir. Ancak saldırıdan saniyeler önce şans eseri olarak Mulugeta karısının mail kutusuna iki kişiyle tartıştığını kaydeden bir mesaj bırakmıştır. Saldırganlardan biri, mağdur Mulugeta'yı 'zenci' kelimesini kullanarak aşağılamış ve bu durum da suçun önyargı saiki ile işlendiğinin tespit edilmesine yardımcı olmuştur. Bu durum kamu güvenliğine karşı açık bir tehdit olarak görülmüş ve bu yüzden Başsavcı o dönem ki hükümet liderlerinin de desteğiyle soruşturmaya başlamıştır. Saldırganlar hakkında yabancı düşmanlığı saiki ile insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulmuş ve dava medyada büyük bir yankı uyandırmıştır. Bunun sonucu olarak, politik alanda yabancı düşmanlığı ve ırkçılık konusunda hararetli tartışmalar yapılmaya başlanmıştır (*Zeit Online, 2007*). Yapılan saldırının başlangıçta nefret suçu olarak etiketlenmesine rağmen, olaydaki yabancı düşmanlığı saiki noktasındaki belirsizlikler nedeniyle eylemin nefret suçu oluşturup oluşturmadığı hakkında şüpheye düşülmüştür. Bu durumun sonucu olarak, dava, Başsavcı tarafından düşürülmüş ve saldırganlar hakkında beraat kararı verilmiştir. "Ermyas Davası"nda nefret saikinin belirlenmesinde özellikle devletin ve siyasi alanın baskısı altında zorluk yaşanmıştır.

Almanya'da halen nefret suçu hakkındaki tüm kavramlar tümüyle açığa konamamıştır. Nefret suçlarının doğal yapısı gereği, belirsiz bir sınıflandırma aşaması oluşturması ve suçun karakterize edilme yoksunluğundan dolayı suçun tam olarak nitelendirilmesinin ampirik olarak yapılması gerekmektedir (Bannenber, Rössner and Coester, 2005; Coester, 2008). Nefret suçu ülkenin ceza politikasının bir unsuru haline geldiğinden beri konu hakkında derinlemesine bir bilimsel tartışma yapmak acil bir mesele olarak görülmektedir.³

Makalede, Almanya'da nefret suçundan ne anlaşıldığı tanımlanmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken, raporlar, resmi olarak kayıt altına alınmış, kişilere karşı işlenen suçların son rakamsal verileri ve kolluk teşkilatı tarafından toplanan bilgiler incelenecektir. Tartışmanın odak noktası, Almanya'da görülen nefret suçlarının istatistiklerinin değerlendirilmesi, suçun tanımlanması ve sınıflandırılmasını etkileyen faktörlerin belirlenmesidir. Bu çalışma oluşturulurken, Alman ceza politikası içerisinde yabancı düşmanlığı gibi nefret saikli suçların tanımlanması ve yer alması amacıyla akademik metinlerden, polis verilerinden ve hükümet kaynaklarından yararlanılmıştır.

Almanya'da Nefret Suçunun Ortaya Çıkması

2000 yılına kadar Alman Federal Ceza Soruşturma (*Bundeskriminalamt*) ve Federal Anayasa Koruma Bürosu, (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) tarafından, Almanya'da işlenen aşırı sağ görüş odaklı politik ve yabancı veya yahudi düşmanlığı geçmişli tüm suçlar kayıt altına alınmıştır. Bu kayıt sistemi öncelikli olarak, Almanya'ya karşı işlenen ve devletin temel demokratik ilkelerini tehdit etme amacı güden aşırı suçlara odaklanmıştır (*Motiv der Systemüberwindung*). Değişkenlik gösteren sınıflandırma ve birbirinden tanımlamaların uygulanması metotları sebebiyle resmi kayıtlı davalarda büyük farklılıklar (*Rübl, 2002,*

3 Bu noktada şuna değinilmesi gerekmektedir ki; nefret Alman Ceza Kanun'unda (StGB) açık olarak yer almamaktadır. Gerçi Alman Ceza Kanunu, Irkçılık ve Önyargı saikli suçlar açısından cezayı hafifletici veya ağırlaştırıcı hükümler içermektedir (46.Bölüm, 2. paragraf (StBG) – Cezalandırmayı Belirleyen İlkeler). Mahkeme, kararında failin lehinde ve aleyhinde olan ifadeleri dengelemek durumundadır. Bunu yaparken, özellikle şunlar dikkate alınmalıdır: Failin saiki ve amacı; failin suçu işlerkenki ruhsal hali ve olayla ilgili kastı, herhangi bir görev ihlali, kusuru, geçmişi, kişisel ve mail durumu, fiilden sonraki ve yargılamadaki davranışları, zararı tazmin, mağdur ile uzlaşma çabası (13 Kasım 1998 tarihinde geçen Ceza Yasası).

p9) ve halkın bu suçların niteliği hakkındaki endişeleri ortaya çıkmıştır. 2000 Eylül ayında iki gazete tarafından açıklanan verilere göre birleşmeden itibaren 10 yıl içinde 93 kişi sağ odaklı görüş taraftarlarınca nefret saikinin etkisi altında öldürülmüştür (*Tagesspiegel, Sept.13, 2000*). Buna karşın, resmi istatistiklerde bu sayı 24 olarak gösterilmektedir (*Kleffner and Holzberger, 2004*). Medya tarafından suçlar hakkında yapılan kronolojik yayınlar ve kolluk teşkilatı tarafından açıklanan sayısal veriler arasında büyük uyumsuzluk oluşması sonucunda, hükümet tarafından suç istatistiklerinin ve sınıflandırma metodlarının tekrar gözden geçirilmesi konusunda baskı yapılmıştır. “Nefret suçu” terimi ilk defa 2001 yılının Ocak ayında Federal İç İşleri Bakanlığı tarafından suçun, kolluk kayıt sisteminin önemli bir parçası olması özelliği nedeniyle ülkenin ceza politikası alanına kesin olarak dahil edilmesine neden olmuştur. Nefret suçları, siyasi kaynaklı olma (*politisch motivierte Kriminalität*) özelliği yanında, mağdurun ırk⁴, ulusal köken, dil, renk, cinsiyet, yaş, fiziksel görünüm, cinsel yönelim ve diğer benzer faktörlere dayalı olarak aynı özellikleri taşıyan bir grupla gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği veya üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere karşı işlenen her türlü suç olarak gösterilmiştir (*Bundeskriminalamt, 2004, pp7-8*).

Polis Tarafından Kayıt Altına Alınan Nefret Suçları

Politik saikli suçlar için ceza soruşturma kayıt sistemi (*Polizeiliches Definitionssystem Politisch motivierte Kriminalität - PMK*) adlı yeni tanımlama sistemi ile, nefret suçlarının sınıflandırılması ve kayıt altına alınması konusunda ülke çapında geçerli olacak standartlar oluşturulmuştur. Suçlar, eylemin ağırlığına ve niteliğine göre kategorilere ayrılmaktadır. Bunlar; 1) Propaganda suçları, 2) Siyasi saikli suçlar, 3) Siyasi saikli şiddet suçları, 4) terör suçlarıdır. Birinci kategoride yer alan propaganda suçu, nefret suçu olarak sınıflandırılmış ve konuya ilişkin ayrı bir kategoride yer almıştır. Nefret suçunun sınıflandırılmasının temelinde, suça ve failin suçu işlerken mevcut saikine ilişkin durumların kolluk güçleri tarafından değerlendirilme biçimi belirleyici bir unsur olmuştur. Yani kayıt altına alınarak yapılan sınıflandırma işlemi aslında suçun tah-

4 Yazardan not: “İrk”(Almanca : Rasse) kelimesi bu bağlamda dikkatli kullanılmalıdır. İrk kavramı, ihtilafli bir konunun parçasıdır ve tüm ırkçı etkileri eleştirmek amacıyla kullanılmıştır (Cremer, 2008, p4).

mini olarak altında yatan asıl sebebe göre yapılmaktaydı. Bunlar, 1) sol odaklı görüşü savunanlar tarafından işlenen suçlar 2) sağ odaklı görüşü savunanlar tarafından işlenen suçlar⁵ 3) yabancılara karşı işlenen suçlar 4) tanımlanamayan suçlardır (suç kategorileri için Tablo 1'e bkz.).

Tablo 1- Politik Saikli Nefret Suçları ve Nefret Suçları Hakkında Polis Kayıtları Sistemi

Suçun Niteliği			
Propaganda Suçları (Ceza Kanunu 86,86a)	Politik Saikli Suçlar	Politik Saikli Şiddet Suçları	Terörizm
Suçun Yaygın olarak Görüldüğü Başlıklar			
Nefret Suçu (Yabancı Düşmanlığı / Anti Semitizm (Yahudi Düşmanlığı)/ Diğerleri			
Suçun Alanları			
Sol görüş odaklı politik saikli suçlar	Sağ görüş odaklı politik saikli suçlar	Yabancılara karşı işlenen politik saikli suçlar	Belirlenmemiş

Yeni sınıflandırma ve kayıt sistemi, önceki terminolojiye yatkın olan baskın oryantasyondan ayrılmayı amaçlamak için oluşturulmuştur. Yeni sistemle beraber devlet, eylemi tetikleyen siyasi saik odaklı raporlama standartlarını tanıtmıştır. Daha öncede belirtildiği gibi, nefret suçları politik saikli suçların belirli bir alt kategorisini temsil etmektedir. Bu alt kategoriler de, yabancı düşmanlığı ve Yahudi düşmanlığı suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bundan ötürü, yabancı düşmanlığı suçları, mağdurun gerçek ve hissedilen ulusal veya etnik köken, ırk, renk, dinden ötürü işlenen nefret suçu olarak açıklanmaktadır. Yahudi düşmanlığı eylemleri, Yahudi düşmanlığı hissinden dolayı işlenen suçlar olarak belirlenmektedir (*Bundeskriminalamt, 2004, p8*). Bu bakımdan, nefret suç-

5 Politik saikli şiddet suçları, insan öldürme, saldırı, kişinin haksız yere dövülmesi, kundaklama, kişi hürriyetinden yoksun bırakma, şantaj, emniyet görevlilerine karşı direnç ve cinsel suçlarını kapsayan bir nitelendirilme olarak kullanılmaktadır (propaganda suçları bunların dışındadır).

ları insan hakları ve anayasal haklara, Almanya'nın demokratik ve çoğulcu sistemine karşı bir tehdit göstergesidir (*Schneider, 2003, p115*). Kayıt altına almanın yenilenmiş sistemi, bu işlemin ülke genelinde belli standartlara oturtulması ve kapsamlı tanımlama kriterinin yürürlüğe konmasından ötürü tüm ilgili kanıtların, belirli Suç Soruşturması Büroları tarafından oy birliğiyle karar verilen ve belli bir standarda oturtulmuş prosedüre bağlı olarak kaydedilmesini, değerlendirilmesini ve raporlanmasını temin etmekteydi (*BMI/BMJ, Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001, p267*). Yeni sistem, cezayı gerektiren suçların aşırı bir altyapısı olmaması veya failin saiklerini kabul etmeyi reddetmesi durumlarında bile nefret suçları olarak teşhis edilmesini ve kayıt altına alınmasını geliştirmek için tasarlanmıştır.

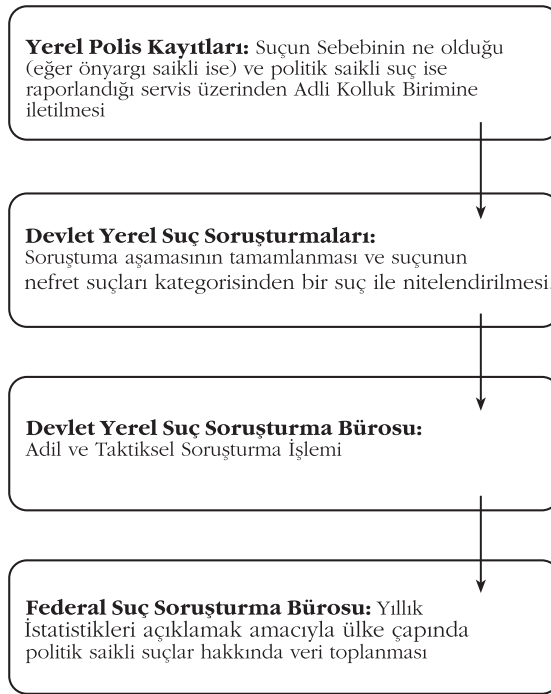
Örgütsel Prosedürler

Nefret suçunun tanımlanması ve kayıt altına alınması, polis teşkilatının yapısı içerisinde belirli bir organizasyonel prosedür gerektirmekte ve bu şekilde yapılmaktadır. (Nefret suçunun kayıt altına alınması konusu için Tablo 2'ye bakınız). Bir suç işlendiğinde, genellikle devriyede olan emniyet görevlisi duruma müdahale eder, olay raporunu tamamlar ve failin suçu işleme anındaki saikinde nefret ya da önyargı olup olmadığı konusunda ilk değerlendirmesini yapar. İşlenen bir suçun “nefret suçu” olarak sınıflandırılması için, polis raporunda şu şekillerde belirtilmesi gerekmektedir: suç ile ilgili genel durumun belirlenmesi, fail ve mağdurun ırk veya etnik köken farklarının belirtilmesi, mağdurun algısı, olaya ilişkin görgü tanıkları veya şüpheliler, kanundışı sembol ya da tehdit unsuru oluşturabilecek söz veya eylemlerde bulunulması, failin nefret suçu ile ilişkilendirilen bir örgütün mensubu olması, ya da failin daha önceden benzer bir suç işlemiş veya benzer bir suça iştirak etmiş olması (*Schneider, 2003, p117*).

Son olarak, suça ilişkin durum bilgisi politik saikli suçların raporlandığı servis üzerinden Adli Kolluk Güvenlik Birimi'ne iletilir. Birim tarafından suçun politik saikli olduğuna kanaat getirilirse, soruşturma devam eder (*Klinitz, 2006*). Soruşturma aşaması geçildikten sonra, adli kolluk suçun niteliğine göre bir kategori belirler ve suçun hangi saikten (yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı, vb.) kaynaklandığını tanımlar. Raporlama sistemi aktif hale geldikten sonra, Devlet Suç Soruşturma

Birimi tarafından “adli ve taktiksel soruşturma” aşamasına geçilir. Davanın kayıt altına alınıp doğrulanması için, birim tarafından suçun işlendiği yer, şüpheliler ve durum ile ilgili bilgiler kaydedilir. Olayın tamamı veya politik saik incelendikten sonra suçun niteliğinin nefret suçu olma olasılığının değerlendirilmesi aşamasına geçilir (*BMI/BMJ: Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001, p265*).

Tablo 2- Nefret Suçlarının Polis Tarafından Kayıt altına alınmasında Organizasyonel Prosedürler



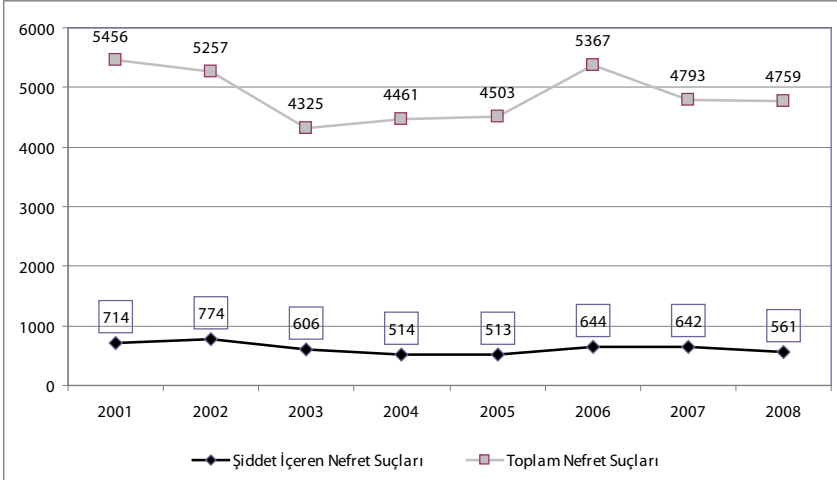
Almanya’da kolluk kuvvetleri Federal Eyaletlerin kontrolü altına olduğundan politik saikli suçlar ve nefret suçları ile ilgili istatistikler eyaletler düzeyinde tutulmaktadır. Bunun devamı olarak, kayıt altına alınan tüm suçlar, Adli Suçlar Soruşturma Bürosuna (*Bundeskriminalamt-BKA*) raporlanmakta ve hükümete verilecek yıllık istatistiksel rapor oluşturulmaktadır. Ancak Anayasanın korunmasıyla ilgili basılan raporda (*Bundesverfassungsschutzbericht*), nefret suçundan etkilenen mağdur gruplarıyla ilgili sınırlı veriler bulunmaktadır. Kamuoyuna duyurulan

resmi rakamlar mağdurun karakteristikliğiyle yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı, sol ve sağ kaynaklı politik suçların verileriyle farklılık göstermektedir (*Bundesverfassungsschutzbericht, 2008, p30*). Aşağıda verilen istatistikler direkt olarak Adli Suçları Soruşturma Bürosunun istatistiklerinden alınmıştır ve nefret suçları mağdurları ve ailelerinin saikleriyle ilgili unsurlar hakkında detaylı bilgi vermektedir.

Almanya'da Nefret Suçunun Yaygınlığı

Yenilenen tanımlama sisteminin ilk ortaya çıktığı 2001 yılında, Almanya'da nefret suçuyla ilgili (5456 dava) yüksek oranda dava sayısı bulunmaktaydı (Kayıtlı nefret suçlarının karşılaştırılması için 3.tabloya bakınız). Fakat bu derecede artışın sebebi, Almanya'da genel olarak suç olaylarının artışı ya da suç raporlama sistemlerinin değiştirilmesi sonucunda nefret suçları kavramının eskiye oranla daha fazla suç eylemini içinde barındırmasıdır. Bunlara ek olarak, kamuoyu ve polisin, nefret suçlarına yönelik duyarlılıklarının artması gösterilebilir. Kayıtlı rakamlar, 2003 ten 2005'e kadar düşüş göstermiş ve yıllık dava sayısı 4300- 4500 arasında sabit hale gelmiştir. 2006 yılında ise, kayıtlı nefret suçları sayısında hızlı bir artış olmuş ve dava sayısı 5367'ye yükselmiştir ki bu da %20'lik bir artışa denk gelmektedir. Bu davaların 644'ü mağdurlara yönelik yaralama fiillerini içermektedir (*2005, p513*). İç İşleri Bakanlığı (*Bundesministerium des Inneren*) bu artışın gerekçesi olarak, 2006 yılında Almanya'nın ev sahipliğini yaptığı Dünya Kupasını göstermiştir. Dünya kupasının yapıldığı sırada, yabancı korkusu saikli suçlardan kaynaklanan (genel olarak sağcı saikli kategorize edilmiş) kamuoyu gerginliği ve bununla ilgili politik tartışmalar gerekçe olarak gösterilmiştir. Buna ek olarak, turnuvaların öncesinde ve turnuvaların oynanması sırasında kolluk güçlerinin etkin olarak varlık göstermesi de suçun artmasını tetiklemiştir. Kayıtlı vakaların sayısı 2007 yılında düşme göstermiştir. Toplam 4793 tane nefret suçu kayıt altına alınmıştır ki; bunların 642'si şiddet unsuru içeren saldırılardan oluşturmaktadır. Nefret suçuyla ilgili son kayıtlar 2008 yılında Federal Polis tarafından tutulmuştur. Toplam rakam 4759'a düşmüştür ki bunların 561'ini şiddet unsuru içeren saldırılar oluşturmaktadır.

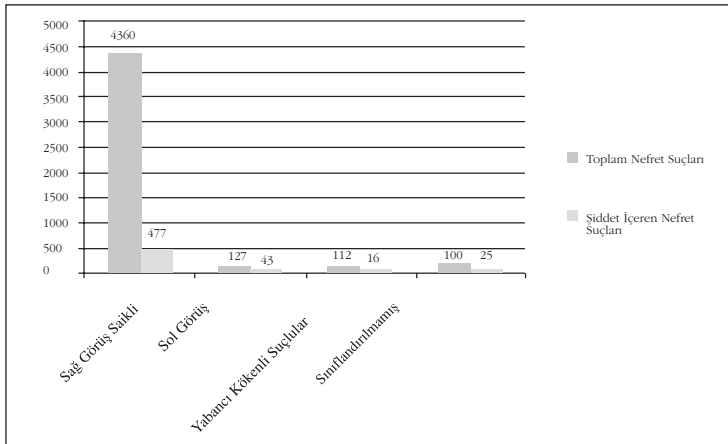
Tablo 3- 2001–2008 yıllarındaki Kayıt Altına Alınan Nefret Suçları Toplamları



Nefret Suçunun Fail Kategorizasyonu

4.tabloda, 2008 yılındaki politik ve nefret saikli suçların faillerinin suçlu işlemelerinin altında yatan asıl sebepler gösterilmektedir.⁶

Tablo 4- 2008 Yılında Suçlu Kategorilerine göre Nefret Suçları



6 Her yıl konuya ilişkin oldukça benzer bir dağılım listesi oluşturulduğundan dolayı 2008 yılındaki durum örnek olarak seçilmiştir. 2008 yılında 4.759 nefret suçu (bunların 561 tanesi şiddet saikli suçlardır) Federal Suç Soruşturma Bürosu tarafından kayıt altına alınmıştır.

4. tabloya bakıldığında, genel olarak nefret suçlarının %91.6'sının (4360 dava) aşırı sağ görüşü savunan kişiler tarafından işlendiği görülmektedir. %2.7'sinin (127 dava) ise, genel olarak sol görüşü savunan kişiler tarafından işlenmektedir. %2.4'ünün (112 dava) ise, genel olarak nefret suçunun yabancılar tarafından işlendiğini göstermektedir. Aşırı Sağ görüş odaklı saikten kaynaklı nefret suçlarının, diğer nefret suçları ile karşılaştırıldığında yüksek ölçüde propaganda suçlarının kaynağı olduğu görülmektedir.⁷ Şiddetle ilgili nefret suçları ise farklı gruplar arasındaki dağılımlarına bakıldığında oranların yaklaşık olduğu görülmektedir. 2008 yılında aşırı sağ görüş odaklı suçluların yaralama suçları bakımından 477 dava, ancak sol görüşlüler bakımından 43 dava bulunmaktadır. Yabancı kökenli suçlular ise, 16 şiddet kaynaklı nefret suçu işlemişlerdir. Bunların dışında kaydedilen suçların 160'sı ise (25'i şiddet kaynaklı nefret suçudur) az önce saydığımız üç kategoriden herhangi birine girmemektedir.⁸

Nefret Suçunun Mağdurları

Almanya'da şiddet kaynaklı nefret suçları mağdurlarının karakteristik özellikleri çok dikkatli bir şekilde analiz edilmeli ve yorumlanmalıdır. Politik kaynaklı nefret suçlarının kayıt altına alınma sistemi, istatistiksel çerçevede bir suçun birden fazla başlık altında yer almasına olanak sağlamaktadır. Nefret suçları başlığı altında, politik saikli suçlar dışında düzenlenen diğer suç kategorileri; yabancı düşmanlığı, sosyal statü, etnik kimlik, Yahudi düşmanlığı, cinsel yönelim, din, bedensel engellilik saikli suçlardır. Ancak, farklı alt kategorilerde yer alan suçların sayısı her zaman “sadece seçilmiş mağdurlara yönelik olan nefret suçu” olaylarının sayısını yansıtmamaktadır. (*Abgeordnetenhaus Berlin: Press release:*

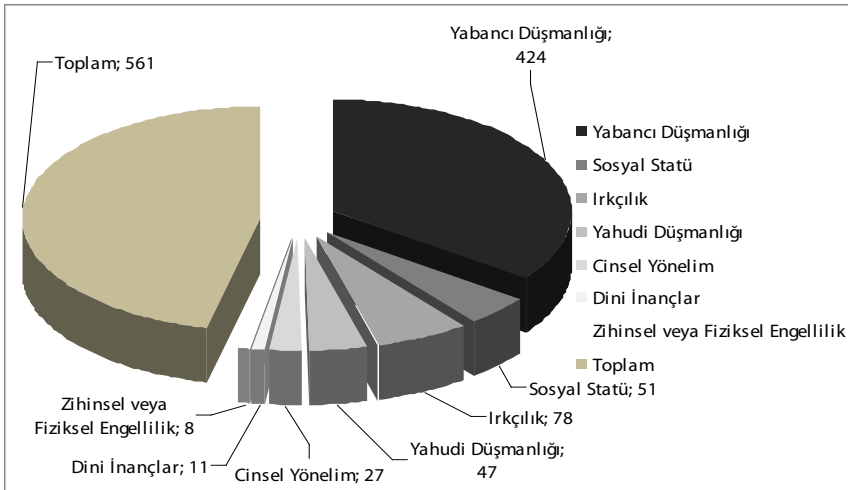
7 Almanya'da propaganda suçları, Anayasaya aykırı gruplar tarafından, Anayasaya aykırı eylemler ve sembollerin açığa çıkarılması ve yayılması sonucunda oluşan suçlardır (Alman Ceza Kanunu §86, 86a). Tarihsel nedenlerden kaynaklı olarak Alman Ceza Kanunu'nun Anayasaya aykırı söylemler ve Nasyonel Sosyalizm hakkında propaganda yapma konusundaki özelliklerinden dolayı Almanya bu kategorinin algılanmasında Amerika Birleşik Devletleri'nden oldukça farklıdır. 2007 yılında sağ odaklı politik suçların %83,9'u propaganda suçlarıyla ilişkili olmuştur (Bundeverfassungsschutzbericht 2007, p20).

8 Belirli bir politik altyapı kategorisine sokulamayan politik saikli nefret suçları (sağ görüş odaklı, sol görüş odaklı, yabancı kaynaklı), “belirlenemez/ not specified” olarak etiketlenir ve buna bağlı olarak da bu kategori altında yer alır.

16/11491). Bu nedenle, bu tür istatistikler sadece nefret saikli şiddet kavramının belli kategorilerindeki eğilimleri ve gelişmeleri incelemek için temel olan verileri sağlar.

Almanya'da 2008 yılında alınan verilere göre, şiddet kaynaklı nefret suçlarının alt kategorilerinden en ağırlıklı olan yabancı düşmanlığıdır. Bunu, sosyal statü, ırkçılık, ve Yahudi düşmanlığı takip etmektedir. (Mağdurların bu tür suçlardan etkilenmesine yönelik dağılımları için bakınız 5.tablo). Federal Suç Soruşturması Bürosu tarafından açıklanan verilere göre, sağ kaynaklı şiddet genelde siyasedir ve Yahudi düşmanlığı, yabancı düşmanlığı veya ırkçılık saikleriyle işlenir. Ancak aynı zamanda, lezbiyen-gay-biseksüel-travesti topluluğu üyelerine, özürsüz veya evi olmayan (sosyal statü) insanlara karşı da işlenen suçlar da bu kategorinin altındadır. Sol görüşlü şiddet suçları ise çok az görülmekle beraber, temelde sosyal statüsü düşük olan kişilere ve sağcı görüşe sahip olan kişilere karşı işlenmektedir. Yabancılar tarafından işlenen nefret suçları ise, yabancı düşmanlığı, Yahudi karşıtlığı, din odaklı gruplara karşı işlenmektedir.

Tablo 5- 2007 Yılındaki Şiddet İçeren Nefret Suçlarının Mağdur Grupları



Yeni Eğilimler ve Gelişmeler

Anayasayı Koruma Federal Bürosu (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) tarafından yayınlanan son rakamlar sonucundan da anlaşıldığı gibi nefret suçlarının üzerine acil olarak dikkat çekilmesi gerekmektedir, Bu durum da göstermektedir ki , Almanya açıkça nefret suçları kategorisi altında yer alabilecek cezai suçlarda bir artış yaşamaktadır. 2008 yılındaki verilere göre, genel olarak 4360 suçun, aşırı sağ görüşü savunanlar, yabancı düşmanlığı ve Yahudi düşmanları tarafından işlendiğini görülmektedir. 2008 yılında şiddet eylemleri tüm suçların 477'sini oluşturmaktaydı. 2004 yılından beri ilk defa nefret saikli eylemler, mağdurların ölümleri ile sonuçlanmaktadır. Aşağıda, ölüm ile sonuçlanmış iki nefret saikli şiddet eylemi olaylarının özeti verilecektir (Bkz. kutu1–2).

Kutu 1- Diskoda Cinayet, 16 Ağustos 2008

Olay, 16 Ağustos 2008 gecesi, Saxony-Anhaltda bulunan Magdeburg'daki gece kulübünün çıkışında, 20 yaşındaki Bastion O. tarafından sanat fakültesi öğrencisi Rick L.'nin dövülmesi ile başlamıştır. Bastion O. giyimi de dâbil olmak üzere "neo-nazi" örgütünün bilinen bir üyesidir. Magdeburg Bölge Mahkemesi tarafından adam öldürme suçu işlemekten ötürü yargılanmaktadır. Bastian O. yargulamada verdiği ifadesinde, sabaha karşı 04.30 sularında "Fun Park" adlı gece kulübünü terk ettiğini belirtmiştir. Evine doğru giderken yolda mağdur Rick L. ile karşılaşır. Rick L ile, O.'nun siyasi görüşünden dolayı tartışmaya başlarlar. Tartışma sırasında, O., öğrencinin kafasına yumruk atar ve onu yere düşürene kadar vurmaya devam eder. L. Yere düştükten sonra sanık O., L.'nin kafasına, midesine ve genital bölgesine botlarıyla tekme atmaya devam eder. L. orada ölür. Dava halen devam etmektedir (Langericht Magdeburg, 2009).

Kutu 2- Templin'de Cinayet, 22 Temmuz 2008

22 Temmuz 2008 yılında Sven P.(19) ve Christian W. (22) adlı iki sağ görüşe sahip kişi tarafından 55 yaşındaki evsiz Bernard K. Templin'de (Brandenburg) öldürülmüştür. Bernd K., başına gelen darbeler ile iki şabıs tarafından öldürülünceye kadar vahşice dövülmüştür. Neuruppin Bölge Mahkemesi, işlenen cinayeti “ olağanüstü düzeyde acımasız ve insanlık dışı” bir eylem olarak nitelendirmiştir. Her iki şabısın da daha önceden, ağır şekilde adam yaralama ve kundakçılık suçlarından sabıkalari bulunmaktadır. Kararın ilanı sırasında Baş yargıç, faillerin mağduru seçmelerindeki belirleyici faktörün Neo-Nazi kaynaklı siyasi düşünceleri ve mağdurun düşük sosyal statüsünden (evsiz olmasından) kaynaklı olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Sven P, 10 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Christian W. ise, cinayete iştirakten ve ağır yaralama suçundan 9 yıl 3 ay hapis cezası almıştır (Focus Online, 2009).

Polisin Kayıt Altına Alma Sisteminin Değerlendirilmesi ve Almanya'da Nefret suçu İstatistikleri

Geçtiğimiz yıllarda, Almanya'da nefret suçlarına ilişkin olarak veri toplama sistemini geliştirmek amacıyla önemli çabalar harcanmıştır. Sistemin geliştirilme çerçevesinde, farklı mağdur kategorileri incelenerek tanımlamaya dâhil edilmiştir. Politik kaynaklı suçların kayıt altına alınması için 2001 yılında oluşturulan sistem, hem ulusal suç istatistiklerinin kesin ve düzenli olmasının hem de önceki raporlama yöntemlerinin kalitesinin artırılması açısından büyük bir ilermedir. Buna rağmen, kayıt sistemi önemli eksiklikler göstermektedir.

Yeni kayıt sistemine geçildikten sonra, suçların tanımlanması ve belirlenmesi için, İç işleri ve Adalet Bakanlığı, politik kaynaklı suçlar, nefret suçları ve polisin bu suçlar karşısındaki takdir yetkisindeki konuları kapsayan bir rapor yayınlamıştır (*BMI/BMJ: Erster Periodischer Sicherheitsbericht 2001, p265*). Ancak, polis operasyonel kılavuzlarında “nefret saiki” olarak değerlendirilen ve sınıflandırılan konu, ceza adaleti tarafından nefret suçlarının işlenmesi bakımından bağımsız olarak değerlendirilememiş ve henüz keşfedilememiştir. Bir olayın nefret suçu olarak tespiti için, “nefret” veya “ön yargı” temel saik olarak tanımlan-

malıdır. Ama yine de, saiki doğru tespit etme konusunda da problemler doğmaktadır. Genelde işlenmiş olan suç herhangi bir kategoriye sokulamıyorsa nefret suçu olarak değerlendirilmektedir. Şüpheli ya da mağdurun herhangi "gruba" bağlı olduğuna dair açık bir gösterge bulunmuyor ve suç farklı türlerde olan birden fazla saik veya birden fazla mağdur içeriyorsa yine nefret suçunun saikinin değerlendirilmesi aşamasında zorluklar ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlara ek olarak da, dosyaların sorumlu soruşturma kurumlarına devirlerinde genellikle problemler yaşanmaktadır. Aslında birçok polis memuru için Nefret Suçunun resmi tanımını bilindik bir kavramı ifade etmemektedir.

Mağdur gruplarının desteklenmesi için oluşturulan grup (*Opferperspektive*) tarafından yayınlanan çalışmaya göre, suç failinin aşırı uç siyasi görüşleri savunan grubun üyesi (grupla doğrudan bağlantılı) olduğu suçlar genel olarak nefret suçu olarak kayıt altına alınmaktadır (*Grell et al., 2008, p47*). Buna ek olarak, nefret suçunun tanımlanmasının iki ana kategorisi olan (istisnalar dışında) yabancı düşmanlığı ve Yahudi düşmanlığı, ağırlıklı olarak, politik saikli aşırı sağ görüşü savunanlar tarafından işlenen suçlar olarak kayıt altına alınmaktadır. Sonuç olarak, nefret suçlarının temel esasları olan nitelikler (mağdurun kökeni dışındaki küçümsemeyen doğan suçlar, cinsel yönelim, sosyal statü, dinden kaynaklı suçlar, alman kökenli olmayanlara yabancılar tarafından işlenen suçlar veya Almanlara saldırıda bulunan yabancılar) göz ardı edilmekte ve anılan suçlar nefret suçları olarak kabul edilmektedir (*Peucker, 2006, p3*). Yenilenmiş Polis kayıt sistemi ile nefret suçları mağdurları üzerine özelleşen sivil toplum örgütlerinin ortaya çıkardıkları suç istatistikleri arasında genel tutarsızlıklar bulunmaktadır.⁹ Örneğin, 2008 yılında kolluk teşkilatının yayınladığı iki tane olum olayı kayıt altına alınmış olmasına rağmen, mağdurlara yardım grupları tarafından nefret suçu saikiyle işlenen suçlarının sayısının aslında beş olduğu ve bunların resmi polis raporunda kayıt altına alınmamış olduğu belirtilmiştir. Aşağıda nefret suçu olaylarının ayrıntılı açıklanması için Bkz. 3-5 (*Kaynak: ReachOut Berlin, 2008*).

9 *Human Rights First (Önce İnsan Hakları* adlı örgüt)'ün Almanya için 2007 yılında verdiği raporda, 600 kişinin aşırı sağ odaklı politik suçlar mağduru olduğunu belirtmiştir. Ancak aynı yıl Almanya'da tutulan polis kayıtlarında bu sayının 514 olduğu belirtilmiştir. (*Human Rights First.2007, p7*).

Kutu 3- Dessau-Roßlau, 1 Ağustos 2008

Olayda, 1 Ağustos 2008 günü iki kişi, Dessau Saxony- Anhalt'da yer alan tren istasyonunun önündeki park yolunda, 50 yaşındaki evsiz Hans-Joachim S. 'i "öldürme şebvetiyle" vahşice öldürmüşlerdir. Adli rapora göre, mağdur; başına aldığı birden fazla darbe sonucunda ölmüştür. Savcılıktan alınan bilgilerde, iki suçlunun mağdura karşı evsiz olduğundan yani onun sosyal statüsünden dolayı ağır bir küçümseme duyduklarını ve bundan dolayı suçu işlediklerini belirtmişlerdir. Her iki suçlu da cinayetten sorumlu tutulmuştur. 24 yaşındaki Sebastian K., müebbet hapis cezasından hüküm giymiş, 34 yaşındaki Thomas F. ise 12 yıl hapis cezasından hüküm giymiştir. Dava, mahkemenin eylemi ahlında sağ kanat şiddetinden kaynaklı bir suç olarak tanımlanmasından dolayı oldukça eleştiri almıştır. Buna rağmen, bölge başsavcısı, görülen dava ile, sağ kanat şiddetinin arasında bir illiyet bağı görmediğini belirtmiştir.

Kutu 4 - Berlin Marzahn, 6 Ağustos 2008

20 yaşındaki Vietnamese Cha Dong N. Berlin- Marzahn'da 6 Ağustos 2008 yılında halka açık bir caddede öldürülmüştür. 35 yaşındaki sanık Tino W. mağdurla süpermarketin önünde karşılaşmış ve onu orada bıçaklamıştır. Saatler sonra, Cha.Dong N. ağır yaralarından dolayı olay yerinde hayatını kaybetmiştir. Tino W., daha önceden de mağdura karşı ırkçı söylemlerde bulunmuş ve mağduru tehdit etmiştir. Mağdurlar üzerine sosyalleşen sivil toplum örgütü CURA bu eylemi ırkçı saikli bir suç olarak sınıflandırmıştır (CURA, 2008).

Kutu 5- Bernburg, 24 Ağustos 2008

18 yaşındaki Marcel W. Saxony-Anhalt'daki Bernburg şehrinde defalarca bıçaklanarak öldürülmüştür. 20 yaşındaki David B. insan öldürme suçundan hüküm giymiştir. B., sağcı görüşlere sahip bir grubun üyesidir ve kendisi daha önceden propaganda suçları işlemekten dolayı mahkum edilmiştir. Maktül W.B.'nin işlediği önceki yaralama suçuna ilişkin davada tanıklık yapması gerekiyordu.

Almanya'da nefret suçları kayıt sisteminin sorunu, suçun tanımlanması aşamasında altında yatan politik saikin nefret suçları istatistiklerinde yer almamasından kaynaklanmaktaydı. Yeni kayıt sistemi daha önce sadece "aşırı" suçları kayıt altına alan önceki düzenlemeyle bağlı olmamasına rağmen, kategorizasyon şeması cezai soruşturmanın uzman polis birimlerine atanması ve dolayısıyla suçun politik saikli suçlar kataloğu içinde nefret suçu olarak belirlenmesi için hala saldırganın belirli "grupla" bağlantılı olmasını gerektirmektedir. Özet olarak, Almanya'da, nefret suçunun raporlanma ve ölçme modeli, hala siyasal eğilime yöneliktir (*Kubink, 2002, p340*). Buna rağmen, ön yargı saikli suçlar, politik bir saik olmadan oluşabilmektedir (*Coester, 2008, p369*). Nazi propagandasının altında aslında Nasyonel Sosyalizme ideolojik olarak mutlak bir bağlılık gerçeği yatmaması gibi (*Aronowitz, 1994, p42*). Bu nedenle, güncel yaklaşımın sonucu olarak sadece veri toplamak ve nefret suçunu sınıflandırmak önyargı saikli olayların açıklanması bakımından gerçekçi bir sonuç sağlanmasında yeterli değildir. Nefret suçlarının hala bilinmeyen ve bildirilmeyen büyük bir boyutu olması ve kayıt altına alınmayan rakamlar altında karanlıkta kalmış olduğu bir gerçektir (*Aydin, 2006, p366*).

Sonuç

Bu makalede, nefret suçu kavramının, Almanya'daki kurumsal yapılar içerisinde nasıl uygulamaya konulduğu ve Alman polisi tarafından suçun nasıl tanımlandığı, sınıflandırıldığı ve kaydedildiği analiz edilme-ye çalışılmıştır. Ülkelerin farklı tarihsel geçmişleri nedeniyle, Alman nefret suçu kavramı Amerika'daki sisteme göre oldukça farklı şartlar altında gelişme göstermiştir. Almanya'da nefret suçları *siyasi saikli suçlar* olarak kabul edilmektedir. Bunun sebepleri, bu tür suçların insanlık için bir tehdit oluşturması, mağdurun anayasal haklarını ihlal etmesi, demokrasiyi baltalaması ve ülkenin çoğulcu yapısına zarar vermesidir. Bu konu Alman yaklaşımında, kayıt altına alınan nefret suçu olaylarının, fail odaklı sisteme dayalı olarak sınıflandırılması ve fail olduğu iddia edilen kişinin bu suçu işlerken ki saikini siyasi gerekçelerden dolayı oluşturduğu temelinde belirtilmektedir. Bu yaklaşımın dezavantajı, kolluk kuvvetleri açısından, nefret saikini tanımlamak, olayı sınıflandırmak ve bunu nefret suçunun tanımında bulunan parametrelere göre sınıflandırmak bakımından zorluk yaratıyor olmasıdır. Bu nedenle polis, işlendiği öngörülen nefret suçlarının isabetli olarak sınıflandırılması ve bu olaylara

hukuki tanımlamaların uygulanmasında pek çok sorunla karşı karşıya kalmaktadır (Ziercke, 2006; Kubink, 2002). Buna ek olarak, bir suçun belirli bir kategoriye atanma süreci, toplumun çıkarları ile ilgili çatışmalar, resmi çıkarlar, yabancı düşmanlığı veya diğer nefret saikli eylemlerdeki devlete özgü farklılıklar sonucunda sık sık çatışmalarla damgalanmaktadır.¹⁰ Nefret suçunun belirlenmesi söz konusu olduğunda, bu durum yüksek derecede anlam karmaşası, belirsizlik ve keyfiliğe sebep olur ve nefret suçu istatistiklerinin geçerliliği ve nefret suçu kategorilerinin kullanılılışığı konusunda önemli bir tartışmaya yol açar.

Başlangıçta da söz edildiği gibi, Almanya'da nefret suçlarının ampirik incelenmesi, kolluk güçlerinin bu suçlara nasıl bir tepki verdiği ve suçların yaygınlığı konusunda büyük bir sıkıntı yaşanmaktadır. Aronowitz, Almanya ve Amerika Birleşik Devletlerinde görülen nefret suçları hakkındaki karşılaştırmalı çalışmasında, konu hakkında oldukça önemli bir soru yöneltmektedir. Şunu söylemektedir:

Tam olarak ne olduğunu bilmediğimiz ve tam olarak ne şekilde oluştuğunu bilmediğimiz bir olayı nasıl başarılı bir şekilde ele alabiliriz? Bunun için, nefret suçunun kesin olarak belirlenmesi, bununla paralel olarak uygun bir raporlama ve kayıt sistemi, polis ve diğer ceza adaleti sağlayan kurumlar tarafından da tanımlama yapılması gerekmektedir. (Aronowitz, 1994, p40).

Terimin kendisi, zaten şimdiden politikleştirilmiş ve medya tarafından ırkçı saldırılara karşı halkın büyüyen endişelerini yansıtmak amacıyla çarpıcı duygusal nitelendirme olarak kullanılmaktadır. Almanya, nefret saikli suçlar hakkında; süresi uzatılmış hukuki yaptırımlar ve arttırılmış ceza tedbirleri hakkında sürekli devam eden tartışmalara tanık olmaktadır. Avrupa Komisyonu konuyla ilgili olarak, tüm üye devletlerde işlenen ırkçı ve yabancı düşmanlığı saikli suçları önlemek amacıyla *Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile İlgili Mücadele Çerçeve Kararı*'ni belirtmiştir.

10 Bu problem uygulamalı olarak Saxony-Anhalt olayında görülebilir. Daha önceki yıllarda, devlet tarafından yüksek oranlarda sağ odaklı şiddet eylemi kayıt altına alınmış ve bu kategoriye giren suçların sayısı 2007 yılının ilk yarısında hızla azalmıştır. Basında çıkan haberlere göre bu düşüşün asıl sebebi, polis memurları tarafından bu olayların dikkate alınmaması ve dolayısıyla suç sayılarına dahil edilmemesidir. (Spiegel Online, "LKA soll Rechtsextremismus- Statik geschönt haben", Kasım, 2007).

Nefret suçu, farklı yorumlara açık kategorilere ve öznel yargılara sahip olduğundan dolayı, nefret suçu kavramı hakkında nihai ve uyumlu sınıflandırmaya ulaşmada zorluk yaşanmaktadır. Bu nedenle bu tartışmanın temel amacı, nefret suçu kavramının Alman anlayışındaki nefretten doğan şiddet kavramına dönüşmesi hakkında genel bir bakış açısı sağlamak ve bu kategorinin alman hukukunun uygulanması sistemine yerleştirilmesinin değerlendirilmesidir. Bu şimdiki kadar Almanya'da nefret suçlarının sadece sembolik bir çekiciliğinin olmasının bir sonucu olabilir. Nefret suçları İstatistiklerinde sağlanan veriler, ülkede yaşanmakta olan mevcut durumun gerçeğini yansıtmama ihtimalindedir ve özellikle siyasal suç politikası kararları alan kişiler tarafından eleştirel olarak yaklaşılmaktadır.

Politik Çıkarımlar

Almanya, çeşitli göçler ve çok kültürlülük sonucunda çatışmaların ülkesi haline gelmiştir. Almanya'nın nefret suçu sorununa yaklaşımı Birleşik Devletlerdeki nefret suçları yaklaşımından doğal olarak farklıdır; ancak bu suç olgusunun doğasını uluslararası alanda karşılaştırmalı olarak inceleyecek olursak bu farklılığı her zaman göz önünde bulundurmamız gerekmektedir. Alman nefret suçları modelinin hala suçlunun politik (sağ-sol odaklı politik görüşü) tutumuna odaklandığı gerçeği bu kavramın uygulanmasında ciddi kısıtlamalar ortaya çıkarmaktadır. Sadece, suçlunun muhtemel suç işleme nedenlerini değil aynı zamanda mağdurun durumunu da göz önüne alan, olaya ve suçun koşullarına daha hassas yaklaşan bir yayınlama metodu oluşturmak suçun tanımlanması aşamasında daha etkin olacaktır. Suçlunun belirli bir gruba dahil olma gerekliliğinden uzaklaşmak, kurumsal sınırların gayri resmi gruplara dönüştüğü ve bir çok sağ görüşlünün giderek daha az tanınır hale geldiği bu dönemde daha da önemli olmaya başlamaktadır¹¹. Bu yaklaşım, kimlik, sınıflama ve kayıt prosedürlerinin kalitesine dair daha

11 “Otonom milliyetçiler” tanımlaması Almanya'da ilk defa 2003-2004 yıllarında ortaya çıkmıştır. Aşırı sağ odaklı politik görüşü olan ve şiddet eğilimleri benimseyen bu grup, gösterilerde genel olarak sol odaklı politik görüşü olan kişilerle, aynı taktiksel ve davranışsal modelleri sergilemekte ve onlara özgü kıyafetlerle giyinmektedirler. Bunlar, siyah kapüşon, güneş gözlüğü ve Che Guevara tişörtü gibi şeylerdir (Hoffman, 2008, pp19-24).

fazla bilgi sağlamanın yanı sıra nefret suçları terimini Alman kolluk güçleri için daha anlaşılır kılmak amacıyla daha yoğun polis programlarının uygulanmasını da vazgeçilmez kılmaktadır.

Bu nedenle, Almanya'daki nefret suçları olgusu üzerine yapılacak esaslı bilimsel araştırmaların, yanı sıra bu kavramın hem uygulanabilirliği hem de yararları üzerine geniş kapsamlı akademik tartışmaların teşviki gerekmektedir. Ulusal düzeyde kapsamlı bir veri sistemine ulaşmak ve nefret suçunun özellikleri ve sınırlarına dair bir anlayışın oluşturulması için nefret saikli suçlara dair mevcut istatistiklerin detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu açıdan kriminolojik olgunun eksiksiz uluslar aşırı incelemesinin yapılması ve konuyla ilgili karşılaştırmalı çalışmaların başlatılması gerekli görülmektedir. Bu alanda yapılacak ampirik araştırmalar, soruna uygun bir şekilde yaklaşmak ve nefret suçlarıyla ilgili genel bilginin geliştirilmesi yoluyla önleyici ve denetleyici tedbirlerin alınması konularında kural koyuculara ve kanun uygulayıcılarına yardım edecektir.

İŞKENCE SAVUNMASI*

Prof. Susan Marks **

Çev. Stj. Av. Işıl Aral***

Özet

Bu makale neyin normal neyin istisnai olduğu ve bu ikisinin birbiriyle ve insan haklarıyla olan ilişkisi üzerine. Bir şey için kendini savunmak birçok farklı ve görünürde zıt şeyleri gerçekleştirmek için yapılabilir ve ilk bölümde özellikle bunlardan iki tanesinin altını çizeceğim. Tartışmanın geri kalanında bu iki çeşit savunmanın kötü durumları istisnai göstererek sınırlandırmak için kullanılan iki farklı yol olabileceğini göstermeye çalışacağım. Kötü durumları istisnai olarak sınırlandırma yönteminden bahsederken bu durum için "istisnacılık" terimini kullanacağım. Bir kötü durum örneği olarak da işkenceyi ele alacağım. Dolayısıyla, işkence için yapılan savunmalardan, işkence hakkında eylemin istisnai olduğunu belirten argümanlardan, ve bunlarla bağlantılı olarak insan haklarının sınırlarından ve bu konuya olan katkısından bahsedeceğim. Makale boyunca, hem eski insan hakları davalarına hem de çok yeni tartışmalara ve olaylara atıfta bulunacağım.

Anahtar Kelimeler

İşkence, istisnacılık, gerekçe olarak savunma, itiraf olarak savunma, Abu Garib, George Bush, Yüksek İsrail Mahkemesi, patlamaya hazır bomba.

Abstract

This article is concerned with what's normal and what's exceptional and how those two things relate to one another and to human rights. I'm going to approach those issues from a slightly oblique angle, starting with the concept of apology. To apologise for something can be to do a number of different, and apparently antithetical, things, and in the first part of the article I'll highlight two of these in particular. In the remainder of the discussion I'll try to show how those two sorts of apology correspond to, and can elucidate, two ways of marking out bad situations as exceptional. I'll use the term 'exceptionalism' to refer to that process of marking out bad situations as exceptional. And as my example of a bad situation, I'll take torture. So I'll be talking about apologies for torture, exceptionalist arguments with respect to torture, and in connection with them the contribution and limits of human rights. Along the way, I'll be referring both to old human rights cases and to very recent discussions and events.

Keywords

Torture, exceptionalism, apology as justification, apology as avowal, Abu Ghraib, George Bush, Supreme Court of Israel, ticking time bomb.

* Bu makale, 2004 yılında Nordic Journal of International Law dergisinin 73. sayısında yayınlanmıştır. Çeviri, London School of Economics öğretim üyesi Prof. Marks'ın izni ile yayınlamaktadır.

** Bu makale, Mayıs-Haziran 2004 tarihinde Lund'ta, Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü'nde gerçekleştirilen "İnsan Hakları ve İstisnalar" adlı İskandinav İnsan Hakları Araştırma Kursu için hazırlanan bir yazı temel alınarak yazılmıştır. Beni çağırarak kursta yer almamı sağlayan Gregor Noll'e ve eleştirileri için tüm katılımcılara teşekkürlerimi belirtirim. Matthew Craven ve Morris Lipson'a argümanlarımı geliştirmem için yardımlarından ötürü ayrıca teşekkür ederim.

*** İstanbul Barosu.

1. Giriş

14 Mayıs 2004 tarihinde, İngiliz mizah dergisi Private Eye'ın hatırlanacak bir kapağı vardı. İlk sayfanın üst kısmında büyük başlık olarak “Amerika’yı Utandıran Görüntü” yazısı yer alıyordu. Amerika’yı utandıran görüntü neydi? Vücudu tellerle bağlanmış, kafası örtülmüş bir şekilde bir kutunun üzerinde duran birinin görüntüsü müydü? Bir tasmaya bağlanmış çıplak bir erkeği köpek gibi sürükleyen bir kadının görüntüsü mü? Hayır, birbirlerine yakın duran ve sanki aralarında bir şaka paylaşmış gibi gülen George Bush ve Donald Rumsfeld’in görüntüsüydü. Bush Rumsfeld’e “Iraklı tutuklulara işkence yapılıyor” diyordu. Rumsfeld ise “Görüyor musun, işler normale dönmeye başladı” diye cevap veriyordu.

Bu makale neyin normal neyin istisnai olduğu ve bu ikisinin birbiriyle ve insan haklarıyla olan ilişkisi üzerine. Bu konuları biraz dolambaçlı bir açıdan ele alarak savunma kavramından yola çıkacağım. Bir şey için kendini savunmak birçok farklı ve görünürde zıt şeyleri gerçekleştirmek için yapılabilir ve ilk bölümde özellikle bunlardan iki tanesinin altını çiziceğim. Tartışmanın geri kalanında bu iki çeşit savunmanın kötü durumları istisnai göstererek sınırlandırmak için kullanılan iki farklı yol olabileceğini göstermeye çalışacağım. Kötü durumları istisnai olarak sınırlandırma yönteminden bahsederken bu durum için “istisnacılık” terimini kullanacağım. Bir kötü durum örneği olarak da işkenceyi ele alacağım. Dolayısıyla, işkence için yapılan savunmalardan, işkence hakkında eylemin istisnai olduğunu belirten argümanlardan, ve bunlarla bağlantılı olarak insan haklarının sınırlarından ve bu konuya olan katkısından bahsedeceğim. Makale boyunca, hem eski insan hakları davalarına hem de çok yeni tartışmalara ve olaylara atıfta bulunacağım. Bunların yanında, Rumsfeld’in Abu Garip’te işkence gören tutuklular hakkında gerçekten söylediklerine de yer vereceğim. Her zamanki gibi, mizah belli bir gerçeklikten bahseder (ya da ben böyle düşünüyorum) ama tabii ki Private Eye Rumsfeld’i kendi sözleriyle konuşturuyor. Rumsfeld’in gerçekten söylediği şey aslında “özür diliyorum”du.

2. Savunma

Eğer sizden “savunma” kelimesi ile eş anlamlı birkaç kelime söylemenizi istesem, büyük olasılıkla diğer birçok kelimeyle beraber aralarında kabullenme, itiraf, temize çıkarma, mazeret, açıklama, affetme, doğrulama gibi kelimeleri içeren uzun bir liste sunardınız.¹ Kuşkusuz, her terim kelimenin farklı bir anlamına işaret ediyor ancak bizim amacımız için bu listedeki iki kilit anlama dikkat çekmek yeterli. Biri savunmanın en eski anlamlarından olan bir kişinin inançlarını, yükümlülüklerini, hareketlerini savunmasıdır. Plato’nun *Sokrat’ın Savunması* adlı eseri Sokrat tarafından kendisini suçlayanların ithamlarına karşı yaptığı konuşmayı anlatır. Ünlü bir ortaçağ savunmasında, Clairvauxlu Aziz Bernard ikinci haçlı seferini hazırlama ve destekleme fikrinin haklılığını göstermeye çalışır. Sör Philip Sidney’nin, 16. yy’nin son zamanlarına ait *Şiir için Savunma* adlı eseri şairin sanatına karşı ileri sürülen iddialara karşı kendini savunduğu bir yapıttır. Kardinal John Henry Newman’ın 1864’te yayınlanan *Apologia Pro Vita Sua* adlı eseri Newman’ın Anglikanizm’den Katolikliğe geçişini açıklar. Buradaki temel amaç eleştirileri çürütmek, suçu reddetmek ya da sorgulanan şeyin aslında doğru olduğunu göstermek olduğuna göre, bu eserlerdeki savunmayı kullanıldığı anlam bakımından *gerekçe olarak savunma* diye adlandırılabilir.

Savunmanın diğer kilit anlamı tabii ki güncel olarak daha yaygın kullanılan bir yanlışlığın ya da başarısızlığın pişmanlıkla kabul edilmesi, özür dilenmesidir. Eğer gerekçe olarak kendini savunmak kişinin kendini temize çıkarması anlamını içeriyorsa bir kendini suçlama eylemidir. Bu durumda, yapılan şey için izin istemek ya da onu reddetmek yerine, suçlamayı kabul edersiniz. Kişisel ilişkiler düzeyinde, kişinin gururuna dokunsa ve bazen zor olsa da özür dilemek konuşmalarımızda sıklıkla başvurduğumuz bir eylemdir. Ancak tüm dünyaya ya da belli gruplara hitaben dilenen özürler bugünkü hayatımızda alışık olduğumuz ve belki de gittikçe de alıştığımız bir durum. Bu durum şirketlerin müşterilerine karşı ticari şikayetleri sonrası ya da devlet görevlilerinin kendi ülkeleri ya da başka ülkelerdeki vatandaşlarına karşı da söz konusu olabiliyor. Ve bazen bu özürler devlet görevlileri tarafından dilendiğinde, Bill Clinton’ın Monica Lewinski konusunda yalan söylediği için Amerikan

1 Tartışmanın ilerleyen kısmında, Marina Warner’ın aydınlatıcı açıklaması üzerinden gideceğim, ‘Sorry: the present state of apology’ (Özür: özürün güncel durumu), www.opendemocracy.net.

halkından özür dilemesinde olduğu gibi, kişisel seviyede de dile getirilebiliyor. Ya da bu özür temsil gücüne dayanarak veya resmi bir kapasitede de sunulabilir. Bu nedenle Ruanda soykırımının başlangıcının 10. yıldönümünde Belçika Başbakanı Guy Verhofstadt Ruanda halkından soykırımın gerçekleşmesine izin verdiği için özür dilediğini duyduk. Kraliçe II. Elizabeth Yeni Zelanda'da Kraliyetin resmi görevlilerinin Waitangi Sözleşmesi'ni ihlal etmeleri nedeniyle Maoriler'den özür diledi. Ve 1998'de o zamanki Japon Başbakanı Keizo Obuchi Japonya'nın Kore'ye yaptığı sömürgeci işgal için özür diledi. Tüm bu açıklamaların nedeni sorumluluğu üstlenmek ve hatayı kabul etmek olduğuna göre savunmanın bu ikinci anlamına *itiraf olarak savunma* diyelim.

Bu iki tür savunma arasında nasıl bir ilişki var? Bahsettiğim ilk anlamıyla savunma (gerekçe olarak savunma) kesinlikle ikinci anlamıyla kullandığımız savunma değil. Sokrat toplanan Atinalılardan kendi davranışı için bir savunmada bulursa da kesinlikle bu durumdan üzgün olduğunu belirtmedi. Tam tersine, kendi sonuna meydan okudu ve suçlu bulunduktan sonra bile devlete önemli bir hizmette bulunduğunu, cezalandırılmak yerine ödüllendirilmesi gerektiğini belirterek idam cezası almamak için mutad olan sürgün cezası savunmasında bulunmadı. Ya işleri tersine çevirip ikinci anlamıyla savunmanın (itiraf olarak savunma) birinci anlamdaki savunmaya hizmet edip etmeyeceğini değerlendirmeye çalışırsak ne olur? Herhangi bir değerlendirme yapmadan bakarsak, bu iki çeşit savunmanın zıt olduğunu söyleyebiliriz. Kendini suçlamak aynı zamanda kendini aklamak anlamına gelmez. Ancak, biraz daha düşünerssek, bu durumun bu kadar da net olmadığını görebiliriz. Fransızların “qui s'accuse s'excuse” (kendini suçlayan özür diler) diye bir terimleri vardır ve özür dileme eyleminin illa ki kişiyi kurtaran, Hristiyan doktrinindeki gibi itirafın günahların affedilmesini ve suçluluğun yok olmasını sağlayan sürece benzer bir tarafı vardır. Bu duruma birazdan geri geleceğim.

Ancak bunun başka bir tarafı daha var. Bir olaya değin bir yanlışlığın kabul edilmesi üstü kapalı olarak kendi davranışını savunmak ya da başka bir olayla ilişkilendirerek yanlış haklı göstermeye çalışmak olabilir. Toplumun bildiği ve ilgilendiği konular söz konusu ise en azından. Aslında, halktan dilenen özürler ne hakkında oldukları kadar neyi dışarda bıraktıkları, söylemeden geçtikleri konusunda da dikkate değerdir.

Japonya Başbakanı Kore'nin istilası için özür diledi ancak Koreli "rahatlatıcı kadınlar"ın cinsel köleliği hakkında özür dilemedi. Kraliçe, Maoriler'den Waitangi Sözleşmesi'nin 19. yy'deki ihlalleri için özür diledi ancak kendisi ve ailesinin, göz kamaştıran servetlerine rağmen neden hiçbir zaman vergi ödemediklerini İngiliz halkına açıklamadı. Haçlı seferleri ve Engizisyonun suçlanmayı hak ettiğini kabul ederek neredeyse yüze yakın sefer özür dileyen Papa, 20. yy sırasında İtalyan faşizmi ve Almanya'daki Nazizm'de Kilise'nin suç ortaklığı hakkında bir şey söylemekten kaçındı. Özürden daha çok olmasa da, özür dilememe de önemli anlamlar içeriyor ve bu durum halen devam eden tartışmaları ilgilendiren üst düzeyden gelen retler konusunda da karşımıza çıkıyor: Avustralya Başbakanı John Howard'ın Avustralyalı Aborijinler'in "kayıp jenerasyon"undan özür dilemeyi reddetmesi ve Amerikan İdaresi'nin kölelik konusunda, gelen isteklere karşın özür dilemeyi reddetmesi, vb.

Şu ana kadar hep özür dileyenin bakış açısına odaklandım ama yakın zamanda yapılmış özür literatürüne dair bir çalışmada Marina Warner bize özürün her zaman bir ilişki içerdiğini, "tek taraflı değil, taraflar arası bir sözleşme" demek olduğunu söylüyor.² Özür "karşılıklı kendini oluşturma" eylemi içerisinde "bir objeye yönelir ancak süjenin kendisine geri döner". İtiraf anlamına gelen savunmada, savunmayı yapan "sorumluluğu üstlenir ya da suçu kabul eder ve pişmanlığından bahseder".³ Ancak, suç itirafı yapılan kişi, özür dilenenin affı olmaksızın istenilen uzlaşma ve suçtan kurtulma sağlanamaz. Aziz Augustin'in *İtirafı*'ı hakkında, Warner şöyle der: "Özür ancak özür dilenen kişinin kabulü ile birleştiğinde özür dileyeni suçundan arındırır ve kefarete dönüştür. Söylenen, ancak affeden tarafından kabul edildiğinde etkili olur."⁴ Bu benzetmeye devam ederek Warner halktan dilenen özürlerden "gelişmiş, seküler bir sözlü sihir" olarak bahseder.⁵ Aslında, belki de özür o kadar da seküler değil çünkü Warner aynı zaman da devlet görevlilerinin halktan diledikleri özürlerde kendilerini rahip rolüne benzer bir rol biçtiklerini söylüyor. "Sözlü olarak geri adım atmaları, insanları

2 M. Warner, 'Sorry: the present state of apology', Part 1 (The Present State of Apology) [Özür: özürün güncel durumu, Bölüm 1, Özürün Güncel Durumu] s. 2.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*, Bölüm 3 (Sahne İki: Aziz Augustine'nin İtirafı), s. 4.

5 *Ibid.*, Bölüm 1 (Özürün Güncel Durumu), s. 4.

rahatlatmak ve yatıştırmak için yaptıkları sihirli dini eylemlerdir.”⁶ Ve “eğer sonuç iyileşme ise” o zaman “özür kesinlikle Augustine’in *İtirafı*’nda olduğu gibi adalete katkı sağlar? Ya da bu kamusal eylem daha hileli bir şeyler içerir?”⁷

3. Gerekçe

Şimdilik bu soruyu bir kenara bırakalım ve savunma hakkında söylediklerimin insan hakları ve istisnacılıkla nasıl ilişkilendiğini değerlendirelim. Bu konuyu açıklamak için daha önce belirttiğim gibi işkence ile ilgili argümanları inceleyeceğim. Özellikle, farklı anlamda bir savunma olsa da, hem savunma hem de istisnai özellikteki işkenceyle ilgili iki argüman üzerinde duracağım. İlk ele alacak olduğum ilk anlamıyla savunma, yani gerekçe olarak savunma. Bu anlamda bir savunma, işkencenin bazen istisnai olarak meşru sayılabileceği iddiasını taşır. Bizim gibi insan haklarını savunan hukukçular işkenceyle ilgili konularda istisnalardan bahsederken, aklımızda bu tür bir istisnacılık (meşru gösterici istisnacılık olarak adlandırılabilir) vardır. Tabii ki, şu an söylemem gerektiği gibi uluslararası insan hakları hukuku bu argümanı açık bir şekilde reddeder. Ancak, bu durum bu argümanın hiç ileri sürülmediği anlamına gelmez. Tam tersine, nerede ve ne zaman olursa olsun işkence söz konusu ise, üstü kapalı bir şekilde bile olsa bu argüman hep dile getirilir. Aynı zamanda, bu argümanı destekleyen düşüncelerin açık bir şekilde de dile getirildiğini yakın zamanlarda gördük. O kadar ki 2002 Ocak ayında haftalık İngiliz *The Economist* dergisi (anlamsız haberlere yer vermesi ile bilinen bir dergidir) kapak dosyası olarak “İşkence meşru görülebilir mi?” sorusunu sordu.⁸

Bugün kimse işkencenin kural haline gelmesi gerektiğini savunmadığına göre, işkenceyi meşrulaştıran argümanların hangi şartlar altında ileri sürüldüğüne baktığımızda bu argümanların hep istisnailik çerçevesinde şekillendiğini görüyoruz.⁹ Ortaçağ ve modernitenin ilk zamanlarında Avrupa’da işkence cezai işlemlerinin olağan bir parçasıydı.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*, Bölüm 3 (Bölüm 2: Aziz Augustin’in İtirafı), s. 3-4.

8 *The Economist*, 11-17 Ocak 2002.

9 İşkencenin tarihi hakkında bkn. E. Peters, *Torture (İşkence)* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, İkinci Basım, 1996).

Şüpheliler yalnız itirafların doğruyu ortaya çıkaracağı gerekçesiyle “sorgulanırdı” ve yalnız işkencenin doğru itirafları elde etmeyi sağlayacağına inanılırdı. Ancak, 18. yy ve 19. yy'nin ilk zamanlarında birçok Avrupa devleti işkenceyi lağveden yasalar oluşturdular. Bu reform Voltaire, Montesquieu ve belki de içlerinde en meşhurları olarak Cesare Beccaria gibi yazarlar tarafından desteklendi. Beccaria, işkenceyi “gerçeğin ocağı” olarak değerlendirmenin ahlak dışılığı ve mantıksızlığı üzerine uzun sayfalar yazdı. İşkencenin lağvedilmesi aklın yeniden aydınlanmasına dair bir işaret olarak kutlandı. Yakın tarih yazımı ise daha farklı bir bakış açısı sunuyor. İşkencenin lağvedilmesi geç modern dünyada güç dengelerinin değişimine ve özellikle de insanların bedenlerine zarar vermeye dayanan bir sistem yerine insanların düşüncelerini yeniden programlamaya dair iddialı projeleri içeren bir sosyal kontrol sisteminin ortaya çıkmasına neden oldu. Her iki şekilde de nihai sonuç 19. yy sonunda işkencenin olağan ceza hukukundan silinmiş olmasıdır.

Tabii ki bu durum işkencenin yok olmasına neden olmadı. İşlerin bugünkü durumu tam tersinin geçerli olduğunu gösteriyor. Sovyet Rusya'dan Fransız Cezayir'e ve daha da ötesine baktığımızda 20. yy'da sistematik işkence rejimleri kurulmuştu ancak bunlar eski zamanlara göre kapsam, ölçek ve kullanılan yöntemler bakımından sınırlanmıştı. Ancak o zaman bile işkence, cezai yaptırımların olağan bir parçası haline gelmemişti. İşkence artık daha gölgede kalan bir alana aitti ve “polis”, “askeri sorgucular”, “gizli servis ajanları” tarafından “ulusal güvenlik” için “olağanüstü güç” kullanarak yapılan “istihbarat çalışmaları” haline gelmişti. Bu nedenle Uluslararası Af Örgütü gibi sivil toplum kuruluşları ortaya çıktı ve görünürlüğü ve tanınırlığı işlerinin temel hedefi haline getirdiler. 20. yy'nin ikinci yarısında, ve kısmen bu tip sivil toplum örgütlerinin de etkisiyle, ulusal düzeyde başlayan işkencenin resmi olarak yasaklanma süreci uluslararası insan hakları hukuku tarafında da desteklendi. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 5. maddesi “hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez” der. Bu madde ayrıca Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde, benzeri diğer bölgesel sözleşmelerde ve İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de tekrarlanmaktadır. Bütün bu sözleşmelerde işkence mutlak olarak yasaklanmıştır. Bu

demektir ki hiçbir durum bu yasağın kısıtlanması hakkında meşru bir sebep oluşturmayacaktır. Ayrıca ne savaş halinde ne de diğer bir ulusal tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda bu maddenin dışına çıkılmaz veya madde farklı şekilde uygulanamaz. İnsan hakları mahkemele-ri ve diğer insan haklarını koruyan mekanizmalar bu özellikleri göz önüne alarak tekrarlar işkence ve diğer zalimane gayriinsani veya küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmama hakkının mutlak, şarta bağlanmayan ve ihlal edilemez özelliklerine dikkat çekmişlerdir. Bir örnek olarak, İnsan Hakları Komitesi bu hakkın ihlalini mazur gösterebilecek “hiçbir açıklamanın ya da hafifletici sebebin dile getirilemeyeceğini” belirtmiştir.¹⁰

İnsan hakları hukuku yazıda daha önce belirttiğim, işkencenin bazen istisnai olarak meşru olabileceği iddiasına dayanan “istisnacılık” argümanını açık bir şekilde reddetmektedir. Peki bunu söylemek doğru mu? İşkence amacı ne olursa olsun her zaman yasak mı olmalı? 1971’de Fransız Ordusunda Cezayir Savaşı sırasında Cezayirlilerden sorumlu olan General Jacques Massu, yayınladığı hatıratında kendi yönetimi altında işkencenin uygulandığını kabul ediyor ve bunun “teröristlerin planlarını öğrenmek ve masum insanların ölümünü engellemek için tek yol” olduğunu söylüyordu.¹¹ 16 yıl sonra, İsrail’de emekli hakim Moshe Landau yönetimindeki bir Araştırma Komisyonu terörizm ile mücadele için İsraili gizli servis ajanlarının kullandığı sorgulama yöntemleri üzerine bir rapor hazırladı. Komisyon, bazı hallerde sorguyu yapan kişilere “orta dereceli fiziksel baskı” uygulamalarına izin veren resmi talimatların verildiğini onayladı (bu tanımlamanın içine girebilecek uygulamalardan bazıları uluslararası insan hakları hukuku bağlamında işkence kabul edilmekteydi). Bu sonucu açıklayabilmek için Komisyon karşılaştığı durumu şu şekilde anlatan bir gizli servis çalışanının söylediklerine yer verdi: “Biz burada devlet güvenliğini tehlikeye sokan ‘lağımın temizlenmesinden’ bahsediyoruz” ve “bu hiç de hoş olmayan iş zorla bize yüklendi. Üzerinizi kirletmeden lağımı temizleyemezsiniz.”¹²

10 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 20 (madde 7), 1992, para. 3.

11 D. Johnson, ‘General Jacques Massu’, *The Guardian*, 28 Ekim 2002. Johnson’ın açıklamalarına göre 2000 yılında Jacques Massu’nun kurbanlarından birinin hatıratını yayınlamasından sonra, General işkenceye başvurduğu için pişman olduğunu belirtti.

12 Düşmanca Terörist Aktivitelere İlişkin Gizli Servisin Sorgulama Metotları Üzerine Araştırma Komisyonunun Raporu, referans verilen eser İşkenceye Karşı Komite ve Diğerleri/İsrail Devleti ve Diğerleri, Yüksek İsrail Mahkemesi karar, 6 Eylül 1999.

Araştırma Komisyonu tarafından onaylanan talimatlara daha sonra Yüksek İsrail Mahkemesi'nde karşı çıkıldı ve 1999'da verilen bir karar uyarınca Yüksek Mahkeme kendisinin “fiziksel yöntemler” olarak tanımladığı uygulamaların kullanılması hakkının gizli servis çalışanlarına kanuni olarak tanınmadığı kararına vardı.¹³ “Bir gizli servis görevlisine, bir polislin sahip olduğundan daha farklı veya daha geniş özel sorgulama yetkileri veren kanuni bir talimat olmadığına göre”¹⁴ terörle mücadelede sorgulamaları normal prosedürü takip etmelidir bu durumda söz konusu uygulamalar konu dışı kalmaktadır. Ancak, Mahkeme bu tür kanuni talimatların ileride verilebileceğini yok saymamıştır. Mahkeme “eğer, gene de İsrail'in güvenlik sorunları için fiziksel yöntemlere başvurmak gerekli görülürse... bu durum halkı temsil eden yasama organı tarafından karara bağlanmalıdır. Şu an için bu konu üzerinde bir görüş belirtmiyoruz” demiştir.¹⁵ Mahkeme ayrıca “fiziksel yöntemlerin sorgulama amaçları için kullanılmasına dair ab initio izin verilmesi” ile “gereklilik” savunması yaparak “cezai sorumluluktan post factum kaçabilme olanağı” arasında fark olduğunu beyan etmiştir.¹⁶ Bu son duruma ilişkin Mahkeme, terörle mücadele sorgulamalarıyla ilgili bir gizli servis ajanına karşı ileri sürülen, ceza hukukunu ilgilendiren iddialar hakkında vereceği kararın gereklik savunmasına dayanmasını engellemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme işkenceye karışmış gizli servis çalışanlarının cezai sorumluluktan kurtulma ihtimallerini de açık bırakmıştır.

Değerlendirmesi gereken konuları sıralarken, Mahkeme Araştırma Komisyonu'nda da söz konusu olduğu gibi devlet avukatlarının “patlamaya hazır bomba” argümanını ileri sürdüğünü belirtmiştir. Mahkemenin bu meşhur senaryoyu destekleyen değerlendirmesi şu şekildeydi: “Belli bir şüpheli yakın bir zamanda patlayacak bir bombanın yeri hakkında bilgiye sahiptir. Bu bilgi olmaksızın bombayı etkisiz hale getirmenin bir yolu yoktur. Ancak bu bilgi elde edilirse bomba etkisiz hale getirilebilecektir. Eğer bomba etkisiz hale getirilmezse bir sürü insan ölecek ve sakat kalacaktır. Böyle bir durumda bir sorgu görevlisi bombanın yeri-

13 İşkenceye Karşı Komite ve Diğerleri/İsrail Devleti ve Diğerleri, Yüksek İsrail Mahkemesi kararı, 6 Eylül 1999.

14 *Ibid.*, para. 32.

15 *Ibid.*, para. 39.

16 *Ibid.*, para. 14. Mahkeme bu ayrımın davaya katılan bütün taraflar tarafından kabul edildiğini belirtmiştir.

le ilgili bilgiyi elde etmek için fiziksel yöntemlere başvurabilir mi?”¹⁷ Daha önce belirttiğim gibi Mahkeme'nin cevabı hayırdı. Ancak Mahkeme'nin gizli servis görevlilerinin cezai sorumluluklarının kaldırılması olasılığını açık bırakmış olması patlamaya hazır bomba argümanını tamamıyla reddetmediklerini göstermektedir. Aslında hakimler gizli servis görevlilerinin, onların iddialarına göre “terörle savaşmak ve bu savaşta kazanmak için zaruri” olan bir aracı kullanmalarını yasaklamak konusundaki kaygılarını açıkça belirtmişlerdi.¹⁸ “Bizler içinde bulunduğumuz, bazen içine battığımız terörizm gerçeğinin zorluklarının farkındayız. Bu kararın teröristlerle mücadele kabiliyetine zarar verecek olması konusunda endişeliyiz ve bu durumdan rahatsızız.”¹⁹

11 Eylül'den bu yana önemli pek çok yazar patlamaya hazır bomba senaryosunun Amerika Birleşik Devletleri'nde tekrar değerlendirilmesi gerektiğini belirttiler. Temyiz Mahkemesi 7. Daire hakimi Richard Posner'a göre “yalnız teoriye sıkı sıkıya bağlı insan hakları savunucuları kazanç yüksek olsa bile işkencenin yapılabileceğini reddediyorlar. Bunun doğru olduğunu düşünen hiç kimse sorumluluk gerektiren konularda bulunmamalıdır.”²⁰ Harvard'ta hukuk profesörü olan Alan Dershowitz'e göre işkencenin mutlak olarak yasak olması yalnız saflık değil aynı zamanda ikiyüzlülük ve son tahlilde dar görüşlülüktür. Yazar görüşünü şu şekilde açıklıyor: “Hiç bir kuşku yok ki eğer gerçekten patlamaya hazır bir bomba durumu söz konusu olsaydı, icra makamları işkence yapardı. Asıl tartışma bu işkencenin hukuk sisteminin içinde mi dışında mı gerçekleşmesi gerektiği. Bu sorunun cevabı açık: İşkence yapılabilecekse, kanun tarafından buna izin verilmeli.”²¹ Dershowitz işkence yapılmadan önce hakimlerin “işkence izni” vermelerini sağlayacak gerekli düzenlemelerin yapılmasını öneriyor. Bunun, terörle mücadelede bir yandan sessiz bir şekilde işkenceye izin verip, öbür taraftan halkın karşısında bu durumu kınamaktan daha dürüst olacağını söylüyor. Daha önemlisi, işkenceden etkilenen kişilerin belli bir düzene sokulmamış ve

17 *Ibid.*, para. 33.

18 *Ibid.*, para. 9.

19 *Ibid.*, para. 40.

20 Referans verilen eser S. Levinson, 'The Debate on Torture: War Against Virtual States', (İşkence Tartışması: Sanal Devletlere Karşı Savaş), *Dissent*, Yaz 2003 (yazar, Alan Dershowitz'in bir sonraki dipnotta belirten makalesindeki argümanları desteklemektedir).

21 A. Dershowitz, Commentary (Yorum), Los Angeles Times, 8 Ekim 2001.

keyfi uygulamalardan böylece korunacağını belirtiyor. Yazar “demokrasi hesap sormak ve şeffaflık demektir. Bu durum özellikle olağandışı durumlar söz konusu olduğunda daha da önem kazanır. En önemlisi, demokrasi hukukun üstünlüğünü gerektirir. İşkence gibi olağandışı uygulamalar hukukun dışında gerçekleştiğinde bu gerekliliğe uymak imkansızlaşır.”²² Bu açıdan bakıldığında, işkencenin mutlak olarak yasaklanması baskı rejimlerine cevaben bir anlam ifade edebilir. Ancak, işkence yalnızca baskı rejimlerini desteklemek için kullanılmaz. Günümüzde demokratik devletlerde masum insanların ölmelerini veya sakat kalmalarını engellemek için de kullanılıyor ve devletler de işkencenin yeraltı hücrelerinde gizli polislerin takdirine kalmasındansa hukuk çerçevesi içinde kullanılmasını sağlıyorlar.

Bu düşünce ve incelemeler tabii ki sorgulanıyor.²³ Bu düşüncelere karşı ileri sürülmüş veya sürülebilecek itirazlardan dört tanesinin altını çizeceğim. Bu argümanlardan ilkinde göre işkence yanlıştır ve sonuçları ne olursa olsun hiçbir zaman meşru görülmemelidir. Oyun yazarı Ariel Dorfman bu argümanı ileri sürer ve Dostoyevski'nin Karamazov Kardeşler'inin meşhur pasajını dile getiriyor. İvan kardeşi Alyosha'dan “amacı insanlara mutluluk getirmek, onlara barış ve huzur vermek olan, insanlığın kaderini inşa etmekle görevli olduğunu” hayal etmesini söyler. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için küçük bir canlıya, küçük bir çocuğa işkence yapılması gereklidir ve bu kaçınılmazdır. Alyosha bunu hayal ederken İvan sorar: “bu şartlar altında hala bu yapının mimarı olmayı kabul eder misin?”, Alyosha sessizce “hayır” diye cevap verir “kabul etmezdim” der.²⁴ Dorfman'a göre Alyosha'nın hayırı işkencenin bizi “sonsuz kadar yıpratıp ahlaksızlığa sürükleyeceğini” belirtmektedir.²⁵ Dorfman der ki “Alyosha'nın İvan'a insanlık adına söylediği şey kendisi adına bir başkasının işkence yapmasının sorumluluğunu kabul etmeyeceğidir”.²⁶ Alyosha, herkese cenneti getirecek bir sonucu sadece bir kişiye cehen-

22 *Ibid.*

23 Bu düşüncelerin mizahi bir eleştirisi için bkn. J. Gray 'A Modest Proposal For Preventing Torturers in Liberal Democracies From Being Abused, and For Recognizing Their Benefit to The Public' (Liberal Demokratilerde İşkencecilerin Suistimalinin Engellemesi ve Faydalarının Tanınması için Basit Bir Öneri), *New Statesman*, 17 Şubat 2003, s. 22.

24 F. Dostoyevski, *Karamazov Kardeşler*, (Oxford: Oxford University Press), s. 308.

25 A. Dorfman, 'Are there times when we have to accept torture?' (İşkenceyi kabul etmemizi gerektiren durumlar var mıdır?), *The Guardian*, 8 Mayıs 2004.

26 *Ibid.*

nem yaşatmak pahasına dahi olsa kabul etmeyecektir, ki zarar görecektir kişi Dorfman'ın da belirttiği gibi bazı hallerde İvan'ın varsayımındaki çocuk kadar masum ve zararsız biri olacaktır.

İkinci bir itiraz daha önce bahsettiğim *Economist*'te “işkenceye karşı tabu” olarak ele alınan konunun pratik sonuçlarına dair.²⁷ Eğer işkencenin yapılacağını kabul etmek zorundayız, gene de bu durum hukuka aykırı kalmalıdır. İşkence yapanların bunun yanlış olduğunu bilmeleri gerekir. Ve işkence mağdurları, hukukun eliyle kendilerine eziyet çektirenlere bırakılmamalıdır. İsraili bir akademisyen olan Mordechai Kremnitzer bu düşüncüyü Araştırma Komisyonu'nun İsrail'de işkencenin serbest bırakılmasına ilişkin raporuna cevaben ileri sürmüştür. Yazar, işkenceye izin verildiği takdirde “genel olarak koruma sağlayan hukuk, şüphelinin yaralanmasına, acı çekmesine (karşı koyamayacağı acılar çekmesine) izin verir ve onu çaresiz bırakır. Fiziksel darbeler ve acı çekmenin kendisinden de daha önemli olan (ki bunlar da azımsanacak şeyler değildir) böyle bir durumda ‘şüpheliler onları çok ağır cezalandıracak kişilere satılmıştır’ Şüpheliyi koruması gereken hukuk ona arkasını dönmüş ve bir darbe de o vurmıştır.”²⁸ Bu açıdan bakıldığında, vatandaşları şiddetten koruması ve suçu kanıtlanıncaya kadar herkesi masum kabul etmesi gereken hukuk, işkencenin kanunlaştırılması ile küçük düşürülmektedir. Öyle ki Alan Dershowitz'in düşüncesine göre şüpheliler bu acılara devlet görevlilerinin ellerinde maruz kalacaktır.

Üçüncü bir itiraz, işkencenin belki patlamaya hazır bomba senaryosunda meşru görülebileceği ancak genelde bu kadar da olağanüstü olmayan hallerde kullanıldığı yönünde. Bu görüşe göre işkence yasallaşmamalıdır çünkü hiçbir kanun işkencenin istisnai olarak kullanılmasından kaçınılmaz bir şekilde düzenli olarak kullanılmasına geçişi engellemez. Aynı şekilde, Uluslararası Af Örgütü İsrail Araştırma Komisyonu'nun “orta dereceli fiziksel baskı” uygulanmasına izin verdikten sonra binlerce insanın taş atmak ve benzer suçlardan işkence gördü-

27 ‘İşkence Meşru Görülebilir mi?’, *The Economist*, 11-17 Ocak 2002, s. 23.

28 M. Kremnitzer, ‘The Landau Commission Report – Was the security service subordinated to the law, or the law to the ‘needs’ of the security service?’ (Landau Komisyon Raporu – gizli servis hukuka uyumuş muydu, ya da hukuk mu gizli servisin ‘ihtiyaçlarına’ uyumuştur?) 23 *Israel Law Review* (1989) s. 251, referans verilen eser N. Belton, *The Good Listener* (İyi Dinleyici), s. 415.

ğünü ve işkencenin “rutin ve sistematik” hale geldiğini belirtti.²⁹ Af Örgütü’ne göre 1999’daki Yüksek Mahkeme’nin kararına rağmen bu durumu tersine çevirmek çok zor. Amerikalı hukukçu akademisyen Richard Weisberg “tiksinilecek bir uygulamanın “iyi işkence” “kötü işkence” diye ikiye ayrılması bu uygulamanın tamamen kabul edilmesine dair yolu açar” diyor.³⁰ Yazar, “kimse patlamaya hazır bomba varsayımı konusunda saf görünmek istemiyor ... ancak asıl saf olanlar bu konuyu sürekli dile getirenler olabilir”. Sonuç olarak, asıl kişi elinizde mi bilemezsiniz. Ve bombanın yerini bilen kişi elinizde olsa bile gerçeği söyleyip söylemeyeceğini bilemezsiniz. İşkence yoluyla elde edilen bilgi güvenilmezdir ve işkencenin bu kötü şöhreti herkes tarafından bilinir. “Bu yüzden de işkence her şart altında cezalandırılır.”³¹

Son argüman daha önce belirttiğim üç noktadan daha farklı bir konuda duruyor. Bu argüman, patlamaya hazır bomba varsayımında işkencenin meşru olup olamayacağı iddiasıyla ilgili değil. Buradaki iddia böyle bir durumda işkencenin meşru olup olamayacağının yanlış soru olduğunu söylüyor. Bu soru, işkencenin bilgi almaktansa güç kullanmak üzerine olduğu noktasını kaçırıyor. Bu görüşe göre “Bomba nerede?” sorusunu işkencenin amacı olarak ele almak, işkencecinin savunmasını fazla ciddiye almak demek. Bu, işkencecinin zalimliğinde “cevapta” bulunabilecek bir mantık atfetmek olur. Tarihçi Edward Peters, George Orwell’in 1984 adlı kitabında Winston Smith’ten alınan bilginin onu sorguya çekenler tarafından önceden bilindiğine işaret eder. Sorguyu yapanların işkencedeki amacı onun işbirliği yapmasını sağlamaktır.³² Peters’a göre işkence aslında böyle yürür. “İşkencenin birincil amacı mağdurdan bilgi almak değildir” der, “asıl amaç mağdurun kendisidir, işkencenin kazancı mağdurdadır yoksa gücünü kaybedecektir”.³³ “Acı içindeki beden” adlı ünlü eserinde Elaine Scarry de aynı fikirdedir. Scarry’ye göre, işkencecinin “sorusu” ve mağdurun “cevabı” “mutlak acıyı mutlak güç yanılmasına” çevirmek için kullanılan özenle hazır-

29 Bknz ‘Ask Amnesty’ (Af Örgütü’ne Sorun), www.amnestyusa.org/askamnesty/torture200112.html.

30 R. Weisberg, ‘Response to Sanford Levinson’ (Sanford Levinson’a Cevap), *Dissent*, Yaz 2003.

31 Ibid, referans verilen yazar David Cole.

32 E. Peters, *Torture* (İşkence) (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, ikinci baskı, 1996), s. 161.

33 *Ibid.*, s. 164.

lanmış bir törenin parçalarıdır.³⁴ Sorguyu yapan kişinin işkence ile, mağdurun “dünyasının kendisinin, sesinin neredeyse veya tamamen kaybolduğu” bunaltıcı bir güç gösterisi sahneye koyduğunu belirtiyor. Cevap: “Evet, neredeyse her şeyimi kaybettim, bana ait neredeyse hiçbir şey kalmadı, bu ses, çıkardığım sesler bile artık benim kelimelerim değil, başkalarının kelimeleri”.³⁵

İşkence mağdurlarına yardım etmek için bir örgüt kuran İngiliz bir aktivistin yaptıkları ve hayatı hakkındaki bir kitapta Neil Belton işkencecilerin kendilerini aklamaya çalışmalarını fazla ciddiye almanın tehlikesi üzerinde duruyor. Patlamaya hazır bomba senaryosunun bir hayal olduğunu ve bu hayalin “işkencenin kendini haklı gösterecek bir sebebe ihtiyacı olduğu her sefer mezardan çıkartılıp diriltildiğini” söylüyor.³⁶ Belton bu durumu “savaş sonrası en uzun süren ve en sinsi hayallerden biri” olarak tanımlıyor.³⁷ İşkenceyi, bir felaketi önlemekle görevli kişilerin bilgi edinmek için yapması gereken talihsiz bir olay ya da bizler sokaklarda rahatça dolaşabilelim diye politik lağım çukurlarına inen kişilerin kıymeti bilinmez işi olarak görmektense yazar, bu tip düşüncelere karşı direnmemiz ve felsefecilerin dünyayı algılayışlarında olduğu gibi işkencesiz bir dünya fikrini benimsememiz gerektiğini belirtiyor. Belton “işkencesiz bir dünya düşüncesi çok önemlidir ve mümkündür; korkmamız gereken bombayı bulup, felaketi önleyip dünyayı kurtardığını ve herkesi iyileştirdiğini düşünen bu melankoliğin hayalidir.”³⁸

4. İtiraf

Şimdiye kadar, işkenceye dair bir istisnacılık olarak savunmanın ilk anlamı olarak bahsettiğim gerekçe olarak savunma üzerinde durdum. Söylediğim gibi, bu daha çok insan hakları alanında üzerinde durulan bir istisnacılık türü: istisnacılığa dair argümanlarımız çoğunlukla normal insan hakları ölçütlerinden sapmanın haklı olduğu ya da haklı olması gerektiği durumlara ilişkin (insan hakları dilinde ihlal ve kısıtlama dedi-

34 E. Scarry, *The Body in Pain* (Acı İçindeki Beden), (Oxford: Oxford University Press, 1985), s. 27.

35 *Ibid.*, s. 35.

36 N. Belton, *The Good Listener* (İyi Dinleyici), (London: Phoenix, 1998), s. 216.

37 *Ibid.*, s. 411.

38 N. Belton, *The Good Listener* (İyi Dinleyici), s. 399.

ğimiz) sorular etrafında şekilleniyor. Ancak yakın geçmişteki olaylar, ikinci anlamıyla savunma olarak tanımladığımız itiraf olarak savunmaya karşılık gelen bir istisnacılık türünün de dikkate alınması gerektiğini gösteriyor. İşkençe için istisnai olarak izin istemekten ziyade bu diğer tür istisnacılık (buna itiraf için özür dileyenler diyelim) söz konusu hareketlerin haklı olamayacağı görüşünden hareket ediyor. Daha da önemlisi, bu görüş bu hareketlerin gerektiği şekilde kınanması gerektiğini ve hiçbir şekilde en küçük bir haklılık iddiasının bile olamayacağı noktadan hareket ediyor. Bu bağlamda, özür dileyen sorumluluğu kabul eder, hatasını itiraf eder ve pişmanlık gösterir. Buradaki istisnacılığın başka bir özelliği daha vardır: yapılanın normal uygulamadan münferit bir sapma olduğu ima edilir ya da söylenir. İtiraf olarak özür dileyenlerde iddia edilen işkencenin meşru olmadığı ve istisnai olduğudur.

19 Mayıs 2004'te Amerikan Ordusu'nun yedek askerlerinden Jeremy Sivits Bağdat'ın dışındaki Abu Garip hapisanesinde Iraklı tutuklulara işkençe yapılırken çektiği, artık alıştığımız fotoğraflarla ilgili olarak Amerikan Askeri Mahkemesi'nin önüne çıktı.³⁹ Bir yıl hapis cezasına çarptırılmış ve bu olayla ilgili olarak askeri mahkeme tarafından ordu-dan atılan yedi Amerikan askeriden ilki olmuştu. Bağdat'taki duruşmasında, Sivits'in "Irak halkından, annesi ve babasından ve çıplak bir insan piramidi şeklinde akılsızca fotoğraflarını çektiği tutuklulardan" göz yaşlarını tutarak özür dilediği bildirilmişti. "Özür dilemek istiyorum" demişti. "Herkesi hayal kırıklığına uğrattım. Bu ben değilim. O tutukluların fotoğraflarını çekmemeliydim". Birkaç hafta önce, 5 Mayıs'ta Amerikan Başkanı George Bush Amerikan Hükümeti tarafından kurulan ve Arapça yayın yapan al-Hurra televizyonuna röportaj vermişti.⁴⁰ Başkan Bush izleyicilere Amerikan ordusunun bazı görevlileri tarafından tutuklulara yapılan muamelenin kendisi için "nefret uyandırıcı" olduğunu söyledi.⁴¹ Bush, "o hapisanede gerçekleşenlerin benim bildiğim Amerika'yı yansıtmadığını Irak halkının anlaması gerekir" dedi.⁴² Devamında, "demok-

39 Bknz. L. Harding, 'I'm sorry. It just isn't me' (Üzgünüm. Ama bu ben değilim), *The Guardian*, 20 Mayıs 2004.

40 Bknz. B. Whitaker ve diğerleri, "Arab World scorns Bush's TV 'apology'" (Arap Dünyası Bush'un televizyondaki özrünü ciddiye almıyor), *The Guardian*, 6 Mayıs 2004.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

rasilerde her şey mükemmel değildir, hatalar yapılır” dedi.⁴³ Ancak kapsamlı bir soruşturmanın yapılacağına ve suçluların adalete teslim edileceğine söz verdi. Bush’un bu yaklaşımını eski Irak lideri Saddam Hüseyin’in yaklaşımı ile karşılaştıranlar, Saddam Hüseyin’in “eğitimli işkencecilerinin hiçbir zaman yargılanmadığını ve kötü muameleye karşı hiçbir zaman soruşturma yapılmadığını” söyledi. Bush açık bir şekilde özür dilemese de, Beyaz Saray sözcüsü Scott McClellan’ın “özür kelimesini yarım düzine kere” dile getirdiği belirtildi.⁴⁴ McClellan Başkanın “meydana gelen olaylar için ve bu olayların sebep olduğu acılar için çok üzgün” olduğunu söyledi.⁴⁵ Kısa bir süre sonra, 7 Mayıs’ta Donald Rumsfeld de bu pişmanlık korosuna katıldı. Amerikan Senatosunun Komite görüşmelerinden birinde Abu Garip’teki kötü muameleleri kınayarak, olayların “Amerika’yı temsil eden” davranışlar olmadığını, söz konusu tutuklulara “en derin üzüntüsünü belirterek onlardan özür dilediğini” ve olaylar için bütün sorumluluğu üstlendiğini senatörlere belirtti.⁴⁶ “Bu olaylar benim gözetimim altında gerçekleşti” dedi ve ekledi “Savunma Bakanı olarak olaylardan sorumluyum. Bütün sorumluluğu üstleniyorum”.

Bu açıklamalar, kişisel veya bireysel ya da ulusal veya resmi düzeyde olsun biraz önce açıkladığım türde istisnacılığa örnek oluşturuyor. Sivits yaptıklarının kendisi için istisnai olduğunu, yapanın kendisi olmadığını söylüyor. Yaptıklarında kendini tanıyamadığını belirtiyor. Bu arada, Bush ve Rumsfeld yapılanların “Amerika’yı temsil eden” davranışlar olmadığını söylüyor. Olaylar onların bildiği Amerika’yı yansıtmıyor ve eskiden Amerikan kurumlarında çalışmakla beraber artık bu kurumlardan uzaklaştırılacak olan birkaç sabotajcının işi olarak gösteriliyordu. En ünlü klişelere yer vermek gerekirse bunları yapanlar birkaç çürük elma, denetlenemez sadistler, çapulculardı. Ancak eleştirmenler, gerekçe olarak istisnacılığın işkencenin genel olarak cezalandırılmasını sağlayacağını iddia ettikleri gibi, aynı zamanda Abu Garip’te olan olayların istisna olarak gösterilmesini de sorguladılar. Eleştirmenler, itiraf olarak kendini

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 Bknz. S. Jeffrey, ‘Rumsfeld apologises for Iraq jail abuse’ (Rumsfeld Irak’taki hapisshanedede olan kötü muamele için özür diliyor’, *The Guardian*, 7 Mayıs 2004.

savunmanın işkencenin gerçekleşmesine neden olan şartların olağanlaşmasına ve normalleşmesine yardım etmesi konusundaki endişelerini de ifade ettiler. Bu bağlamda ileri sürülen ya da sürülebilecek üç argüman üzerinde duracağım. Bu argümanların her biri istisnacılığın günümüz gerçeklerinin nasıl üzerini örttüğüne dikkat çekecek. Göremediğimiz bir şeyi irdeleyemeyiz, sorgulayamayız ve değiştirmek için harekete geçemeyiz. Bu yüzden de bu argümanlar gerçeklerin üzerinin örtülmesinin istisnacılık sayesinde nasıl devamlılık kazandığını gösterecekler.

Bu konudaki ilk ve en açık argüman istisnacılık dilinin bu tür ihlallerin normalliğinin üstünü örttüğü yönünde. Saddam'ın kötü muameleleri savaşın meşruiyetini oluşturan temel taşlardan biriydi ve mağdurlar da aslında o yüzden tutukluymuştu. Eğer işkence eylemleri Amerikan güçleriyle Saddam rejimi arasındaki sınırın bulanması anlamına geliyorsa, Başkan Bush'un özrü (eylemlerin soruşturulacağına ve suçluların cezalandırılacağına dair sözü de) bu sınırların daha da keskinleşmesine neden oldu. Ancak, birçok kişinin fark ettiği gibi Abu Garip'teki olaylar aslında o kadar da olağandışı olmayabilir. Bu düşünceye dair en önemli gösterge işkencenin Abu Garip ve Irak'taki diğer hapishanelerde, Bush yönetiminin kabul ettiğinden çok daha yaygın ve sistematik olduğu iddiası. Ancak bunun da ötesinde, bazıları Irak'taki kötü muamelenin daha geniş ve sıradanlaşan bir şiddet düzeniyle örtüştüğünü iddia etmekteydi. Birçok kişi Guantanamo'daki tutuklularla Irak'taki tutuklulara yapılan muamele arasındaki bağa dikkat çekti. Bazıları da Amerikan hapishanelerindeki acımasızlıkların yaygınlığına. Bir gazetecinin dediği gibi "Abu Garip'teki sorun, orada yaşananlarla, çok kalabalık ve özel sektör tarafından, sorumluluk taşımayan kişilerce yönetilen hapishaneler olarak tanınan Amerikan hapsedme modelinin" birbiriyle olan uyumuydu.⁴⁷ Bazıları ise Slavoj Zizek'in "Amerikan popüler kültürünün görünmeyen mahrem yüzü" ya da Rush Limbaugh'un "güzel vakit geçirmek" diye belirttiği daha yaygın bir duruma dikkat çektiler.⁴⁸ Zizek'e göre, "Ne zaman ordudaki bir bölükte ya da bir lisede bir şey ters gitse,

47 G. Younge, 'Brutality: the home truths' (Vahşet: yurttaki gerçekler), *The Guardian*, 11 Mayıs 2004.

48 S. Zizek, 'Between Two Deaths' (İki Ölü Arasında), *London Review of Books*, 3 Haziran 2004, s. 19. Rush Limbaugh'un yorumu için, bkn. S. Sontag, 'What have we done?' (Biz ne yaptık?), *The Guardian*, 24 Mayıs 2004.

askerlerin ya da öğrencilerin yaptıkları gösterilerde yaralanmaları ya da ölmelerinde, onları cinsel olarak aşağılayan ya da küçük düşüren pozlarla buna benzer fotoğrafları Amerikan basınında bulabilirsiniz”.⁴⁹

İkinci bir argüman da istisnacılık dilinin işkence eylemlerinin arkasında yatan şartları ve bu olaylara neden olan bağlamı gizlemesi üzerinde duruyor. Bu eylemleri gerçekleştirenleri Amerikan ordusuna getiren şey neydi? Onlara tüm bu acının ortasında gülmeyi ve işlerin yolunda olduğunu söylemeyi kim öğretti? Ve Iraklıların insanca davranılmasına gerek olmadığına dair düşüncelere nereden kapıldılar? Bu eylemlerin kabul edilebilir ve hatta görevlerinin bir parçası olduğuna inanmaları nasıl mümkün oldu? Naomi Klein “Bush Amerika’sının Çocukları” adlı bir yazısında Irak’taki işkence olaylarına karışanların geçmiş iş hayatlarına dikkat çekiyor.⁵⁰ Bazıları fabrikalarda çalışan ve fabrikalar kapandıktan ve işlerini Meksika’ya taşıdıktan sonra işsiz kalan kişilerdi. Klein Amerika’da neredeyse 900 000 imalat işinin 1994’te imzalanan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması’ndan sonra ortadan kalktığını belirtiyor. Bazıları daha önce bahsettiğim büyüyen hapisane sektöründe çalışmaya başladı. Bazıları üniversiteye gidebilmek için orduya katıldı. Klein’a göre Amerikan üniversitelerinin ücreti 1990’dan bu yana %50’den fazla arttı ve ordu askeri hizmet karşılığında bu ücretleri ödemeyi kabul ediyor. Klein yazısının sonunda şunu belirtiyor: “Tabii ki işkence eylemlerine karışan askerlerin yoksulluğu onları ne daha az ne daha fazla suçlu yapar. Ancak, onlar hakkında bilgi edindikçe, Amerika’da düzgün işlerin ve sosyal eşitliğin olmayışının onları Irak’a getiren ilk sebeplerden biri olduğunu daha iyi anlıyoruz . . . O insanlar George Bush’un arkasında bıraktığı çocuklar, düşük ücretli işlerden, kötü muamelelerle dolu hapishanelerden, karşılayamadıkları eğitim ücretlerinden ve kapanan fabrikalardan kaçan çocuklar.”⁵¹ Peki o moral dolu, işlerin iyi gittiğini söyleyen ve neşeye gülen pozları ne yapacağız? Klein’a göre bu “tam anlamıyla bir George Bush pozu”. Bush yönetimi “iyimserliği bir saldırı aracı olarak kullanmayı öğretti”. “Kriz ne kadar yıkıcı olursa olsun, kaç

49 S. Zizek, , ‘Between Two Deaths’ (İki Ölü Arasında), London Review of Books, 3 Haziran 2004, s. 19.

50 N. Klein, ‘Children of Bush’s America’ (Bush Amerika’sının Çocukları), *The Guardian*, 18 Mayıs 2004.

51 *Ibid.*

tane hayat harap olmuş olursa olsun” hep gülümsemeler vardı. Yapılan her şeyin mümkün olan en iyi dünyadaki en iyi şeyler için yapıldığına kararlı, Bush yönetimi “sürekli baş parmaklarını havaya kaldırıp her şeyin yolunda olduğunu söyledi”.⁵² Bu durum işkenceye karışanların Iraklılara insanca davranma gereği duymamalarının neden kaynaklandığı sorusunu cevapsız bırakıyor. Ancak bu aslında çok da gizemli bir durum değil. Susan Sontag, Abu Garip’te tutuklulara işkence yapılmasını “Bush yönetiminin dünyadaki çatışmalara ilişkin öğretilerle Amerikan iç ve dış politikasını temelden değiştirmeye çalışmasının doğrudan sonucu” olarak görüyor; bu durum “muhtemel terörist ilan edilen herkesin canavarlaştırıldığı ve insanlıktan çıkarıldığı o sözde terörle savaşın” diğer bir sonucu.⁵³ Eğer bu durumu süper güç öğretilerini destekleyen Manicilik ve ırkçı bir ideoloji olarak değerlendireceksek aynı zamanda tüm bu yaşananları, emperyalist isteklerle tropikal bölgelerde kontrol sağlamak ya da kontrolü elinde tutmak için işkence yapanların uzun tarihi içerisine yerleştirmemiz gerekir.

İşkence eylemlerine odaklanmak Irak’ın işgaline dair işkence ile ilgili olmayan sorunların karanlıkta kalmasına neden oluyor ve bu nokta da üçüncü argümanı oluşturuyor. Acımasızlık üzerinde takılıp, saplantılı şekilde merhamet edip, pornografi ile oyalandığımızda önemli bir sürü soruyu sormayı unutuyoruz. Bu tutuklular kimlerdi? Tutuklanma sebepleri neydi? Söylendiğine göre işkence eylemlerini gerçekleştirenler, yanlış veya doğru, askeri soruşturmaların yararı için tutuklulukları “yıpratmak” yönünde talimat aldıklarını belirtmişlerdi. Askeri görevliler ne tip bir bilgi elde etmeyi bekliyorlardı? Bu noktaların araştırılması bir sürü daha başka ve daha kapsamlı sorunun sorulmasına neden olacaktır. Hangi hakka dayanarak Irak işgal edilmişti? Savaş insanların hayatlarını nasıl etkiledi? Hangi ölçüde savaş insanların ölümlerine sebep oldu? Bu işkence eylemlerinin yanında birçok kişinin belirttiği gibi 20 Mart 2003’ten beri birçok insan öldürüldü. Yetkili çevrelerden gelen bir tahmine göre Irak’taki askeri işgalin sonucu olarak binlerce askerle beraber 10 000 sivil öldürüldü.⁵⁴ Bu ölümlerden başka, savaşın sağlık ve çevre konula-

52 *Ibid.*

53 S. Sontag, ‘What have we done?’ (Biz ne yaptık?), *The Guardian*, 24 Mayıs 2004.

54 30 Haziran 2004 tarihine göre. Bknz. www.iraqbodycount.net.

rında ciddi ve tahminen uzun süre etkili olacak sonuçları oldu. Uluslararası ölçütlere göre zaten kötü durumda olan bir durumu daha da şiddetlendirdi. Yabancı yatırımcıların bölgesel sorunları iş kapsamından çıkarmaları ve kamu sektörünün zar zor ayakta kalabilmesi sosyal sorunları da beraberinde getirdi. Bu gözlemler artırılabilir ancak benim söylemek istediğim açık. Bush yönetiminin arz ettiği tüm o hararetli özürlerle rağmen önemli konular göz ardı edildi. Abu Garip'teki olaylar bu sorunla çakışan ve onunla ilgili olaylardan tamamen ayrılarak ele alındı. Böylece bir kendini suçlama eylemi, kendini aklama eylemine, bazı olayların itirafıyla üstlenilen sorumluluk diğer bazı olayların reddine dönüştü. Bu şekilde reddedilen olaylar diğer durumlarla karşılaştırıldığında meşrulaştı. Belki de Abu Garip'teki olaylar karşısında Bush Yönetiminin özrünü bir aşılama olarak tanımlayabiliriz; böylece Amerika Birleşik Devleti yönetimi diğer bütün olaylar için bağışıklık kazandı. Ama “diğer bütün olaylar” bu işkence olaylarının da gerçekleşmesini sağlayan ortamı yarattı.

Şimdi insan hakları hukukunu olaylar çerçevesinde tekrar ele alalım. Gerekçeli istisnacılığı ele alırken, uluslararası insan hakları hukukun işkencenin bazen istisnai olarak meşru olabileceği argümanını açık bir şekilde çürüttüğünü söylemişim. İtiraf olarak kendini savunanlara karşı insan hakları ne ölçüde bir koruma sağlıyor? İşkencenin istisnailiğini aynı şekilde reddediyor mu? Bana göre uluslararası insan hakları hukuku bizi ikinci tip istisnacılık olarak belirttiğim (işkence olaylarının istisnai olduğu iddiası) durumla, birinci tip istisnacılıkla (işkence olayları istisnai olarak meşru görülebilir iddiası) olduğundan daha çok karşı karşıya bırakıyor. Bunu birçok farklı şekilde değerlendirebiliriz. İlk olarak, uluslararası insan hakları hukukunun sosyal süreç ve şartlardan bağımsız olarak, olaylara odaklanarak, sorunları kendi bağlamlarından çıkarma eğilimine dikkat çekebiliriz. Ancak Abu Garip olayında çarpıcı olan olaylardan ziyade fotoğraflara ve olayların nasıl temsil edildiğine odaklanma eğilimiydi. Birçok kişinin fark ettiği gibi asıl skandal fotoğrafları ve sadece ikincil olarak fotoğraflardaki eylemlerdi. Bu nedenle de Jeremy Sivits'in dileyeceği bir özür vardı. Aynı şekilde belki de bu yüzden Sivits Askeri Mahkeme'de yargılanan ilk kişilerden biriydi. Sivits'in yargılanmasının olayların ortaya çıkmasına elçilik eden kişinin hedef

alınması olarak algılanmamasının sebebi Jean Baudrillard'ın aşırı gerçekçilik üzerine yazdıklarına canlı bir örnek. Baudrillard'a göre artık bugün "aracın kendisi haber". Bu yalnız şeklin içeriği yuttuğu ya da etkisizleştirdiği anlamında değil, aynı zamanda daha da ileri giden bir anlamı ifade ederek şeklin içeriğinin *ampirik referanslarını* yutup etkisizleştirdiği anlamını da taşıyor.⁵⁵

İhlallerin görünürlüğünde bu sorunların önemli bir cephesi değişiyor. 20. yy'da işkencenin gerçekleşmesini sağlayan polis ve istihbarat operasyonlarının gölgede gerçekleşmesinden daha önce bahsetmiştim. Buna bağlı olarak, 60'ların başında Uluslararası Af Örgütü'nün kurulmasıyla beraber, yaptıkları işin ana amacı görünürlük ve tanınırlık olan sivil toplum örgütlerinin ortaya çıkışının da altını çizmiştim. Tabii ki, gizlilik sorun olma özelliğini koruyor. Ancak, dijital fotoğrafçılık ve internet ağı üzerinden iletişim bu durumu zorlamaya başladı. Öyle ki bazı araştırmacılar artık sorun haline gelecek olanın şeffaflık olduğunu söylemeye başladı. Fazlasıyla bilgilendiğimiz için artık daha fazla soracak, daha fazla eleştirecek, daha fazla yapacak bir şey olmadığı hissine kapılabiliriz. Amerikalı siyaset teorisyeni Jodi Dean'in açıkladığı gibi bilinirlik artık bir ideoloji aracı haline gelebilir.⁵⁶ Bilerek veya bilmeyerek, bilgi tedarik etmek muhalefeti etkisiz hale getirmek ve değişimi engellemek anlamına gelebilir. Bunu ihlalleri gizleyerek değil ama kurnazca onları ortaya çıkararak yapacaktır. Dean'e göre "Bugün her türlü korkunç politik süreç mükemmel bir şekilde şeffaf. Sorun olan insanların bunu dert etmiyor görünmesi. İnsanlar şeffaflıktan o kadar büyülenmiş durumda ki savaşıma arzularını kaybettiler (*Bak! Kimyasal işlerle uğraşan şirket gerçekten deniyor ... Bak! Hükümet paranın nereye gittiğini açıkladı...*)"⁵⁷ Bu eleştiri başka durumlara yönelik olsa da, Dean'in uğraştığı konu insan hakları hukuku için de geçerli ve bu bize gösteriyor ki bilinirlik başlı başına bir amaç olarak addedilirse insanları tepkisiz kılabilir.

55 J. Baudrillard, 'The Implosion of Meaning in the Media' in *Simulacra and Simulation* (Simulakra ve Simülasyon'da yer alan Medyada Anlamın Çöküşü) (Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994) özellikle s. 81-83.

56 Bknz. J. Dean 'Why the Net is Not a Public Sphere' (İnternet Neden Kamusal bir Alan Değildir), 10 *Constellations* (2003) s. 95.

57 *Ibid.*, s. 110.

Uluslararası insan hakları hukukunun istisnacığa dair bize gösterdiği başka bir nokta daha var. Bu nokta diğer insan haklarını izleme mekanizmaları tarafından da ele alınmakla beraber en çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dile getirildi. Bu görüşe göre işkenceye atfedilen bir utanç damgası vardır. Buna dair ilk açıklamalardan birini meşhur İrlanda davasında 1977 yılında Avrupa Mahkemesi yapmıştır.⁵⁸ Bu karar öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu İrlanda tarafından karşı gelinen soruşturma tekniklerinin işkence olduğunu belirtmişti. Mahkemeye göre “Sözleşmenin “işkence” ve “insanlık dışı, onur kırıcı muamele” diye bir ayrıma gitmiş olması işkenceye kasten, çok ciddi ve acı çektiren insanlık dışı davranışlarda bulunmak olarak tanımlanabilecek bir özellik atfedildiğini göstermektedir.”⁵⁹ Söz konusu davadaki olaylarla ilgili olarak Mahkeme bu olayların insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olduğunu kabul etmişti, ancak “işkence kelimesinin ima ettiği şekilde belli bir yoğunlukta ve zalimlikte acının oluşmadığı” sonucuna varmıştı.⁶⁰ Aynı şekilde İngiliz Hükümeti, işkenceden değil, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleden sorumlu bulunmuştu. Sorgulanan kişilerin bakış açısından sorgulama tekniklerine dair tecrübeleri ve meydana getirdikleri sonuçları anlatan kısa bir yazıda, John Conroy muhafazakar Daily Telegraph’ın bu kararı bir “zafer” olarak tanımladığını belirtiyor.⁶¹ Bu durumun da gösterdiği gibi işkenceye özel bir damga vurmak, diğer şiddet yöntemlerinin büyük ölçüde kabul edilebilir olduğu düşüncesinin benimsenmesine yardım ediyor. Böylece, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelenin yasaklanmış olmasına rağmen, uluslararası insan hakları hukuku hükümetler için gerekli olan tek şeyin işkenceden kaçınmak olduğu şeklinde bir algı yaratıyor. Aslında, bu durum hükümetlerin yapması gereken tek şeyin “işkence” kelimesinden kaçınmak olduğu şeklinde de algılanabilir. Bu nedenle, devlet görevlileri üstü kapalı sözlerin arkasına sığınmaya teşvik ediliyor: İsrail Araştırma Komisyonu ve İsrail Yüksek Mahkemesi için “orta dereceli fiziksel baskı” ve “fiziksel yöntemler”, Abu Garip’teki tutuklara yapılan kötü muameleye karşı Amerika Birleşik Devletleri yönetiminin verdiği cevapta da “kötü muameleler” ve

58 İrlanda/İngiltere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, 13 Aralık 1977.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 J. Conroy, ‘The Internment’ (Hapsetme), Granta, Spring 1992, s. 223.

“fiziksel şiddet olayları” sözleri kullanılıyor. Ancak, Neil Belton’ın İsrail’le ilgili olarak söylediği gibi “bu ciddi dilin oluşturduğu sisin arkasından işkence gerçeği çıkıyor”.⁶²

Bu tartışmanın başında Marina Warner’ın halka karşı yapılan bu savunmaların acıları dindirmek, insanları sakinleştirmek ve iyileştirmek için kullanılan “gelişmiş, seküler bir sözlü sihir” olarak tanımladığından bahsetmiştim. Gerekçe olarak savunmayla ilgili olarak gördüğümüz gibi işkence söz konusu olduğunda insanları iyileştirecek kişiyi melankolik ve kullanmak zorunda kaldığı hoş olmayan kötü yöntemlerle fiziksel olarak engellenmiş biri olarak görürüz. Buna karşılık itiraf olarak savunma söz konusu ise iyileştiren kişi tam tersi bir ruh halindedir. Donald Rumsfeld hakkında bir gazeteci “iyimser görünüyor” demişti.⁶³ Pişmanlığın dile getirilmesiyle beraber artık endişe edilecek bir şey kalmadığı konusunda insanları telkin etmek de beraberinde geliyor: her şey yolunda. Bu noktada ses tonu gene neşeli, iyimser ve moral verici oluyor. İster Rumsfeld’in senatörleri yatıştıran hali, ister Jeremy Sivits’in mahkemede rolünü abartarak oynayışı olsun, kendini savunan kişi korkunç, utanılacak eylemlerinden bahseder ama konuşması bittiğinde bizi gene gülümsetir. Bu iyimser tavrı, *yang*’in melankolik *yin*’e olan tavrını ne yapmamız gerekiyor? Mayıs 2004’te Irak’ta öldürülen genç bir Amerikalının babası olan Michael Berg’e kulak kabartalım. Uzunca atıfta bulunulmayı hak eden, dikkate değer bir yazıda Berg itiraf olarak savunma yapanlar hakkında kendi görüşünü belirtiyor.⁶⁴

Berg yazısının başında, insanların ona oğlu Nick’in acımasız sonunun suçunu neden Bush yönetimine yüklediğini sorduklarını belirtiyor. Sürekli sordukları: “Onu öldüren beş kişiyi suçlamıyor musun?” Berg onları da suçladığını belirtiyor. Ancak “O beş kişi o korkunç olayı gerçekleştirdiklerinde olaya kendilerini çok da kaptırmamışlardı” diyor ve bunun onu biraz olsun rahatlattığını söylüyor. “Nick’i bıçaklayan kişinin onun nefesini kendi elinde hissettiğine ve orda gerçek bir insan olduğunu bildiğine eminim. Eminim ki diğerleri de oğlumun gözlerinin içine

62 N. Belton, ‘The Good Listener’ (İyi Dinleyici), s. 409.

63 M. Riddell, ‘A new monster-in-chief’ (Yeni bir canavar yönetici), The Observer, 9 Mayıs 2004.

64 M. Berg, ‘George Bush never looked into Nick’s eyes’ (George Bush Nick’in gözlerinin içine hiç bakmadı), *The Guardian*, 21 Mayıs 2004.

baktılar ve en azından dünyanın geri kalanının gördüklerine dair bir parıltı gördüler. Ve gene emin ki, o katiller o kısacık an için yaptıkları şeyden hoşlanmadılar”. Buna karşılık Berg’e göre George Bush ve Donald Rumsfeld hiçbir zaman yaptıklarından hoşlanmadıklarını gösterecek bir şey yapmadılar. Yaptıklarına her zaman inandılar ve yaptıklarıyla uyum göstermeyecek her şeyi savurup attılar, dışladılar, reddettiler. Söyledikleri “Bu biz değiliz”. “Bu ben değilim”. “Bu yaşananların gerçekten biz olmadığını anlamalısın”. Berg devam ediyor: “George Bush bir baba olmasına rağmen benim acımı ya da ailemin acısını ya da Nick için yas tutanların acısını anlayamaz. Çünkü o bir politikacı ve yaptıklarının sonuçlarına katlanmak zorunda değil ... Donal Rumsfeld Iraklı tutukluların cinsel istismarı için sorumluluğu üstlendiğini söyledi. Ortada bir sonuç yoksa sorumluluğu nasıl üstlenebilir? Sonuçları üstlenen kişi Nick oldu.” Tedavi etmeye çalışan o melankolik gerçekten melankolikse, Berg bizi bu noktada bu ümit veren tedavi konusunda uyarıyor. Bu kendini savunmalar onun bu kötü işleri yapmaya yenilmez, iyimser ve sonuçların onun hiçbir şekilde engelleyemediği bir şekilde devam etmesini sağlıyor. “Oğlum öldüren o katillerden daha çok, asıl bir masada oturup hala yaşayan insanların hayatlarını bitirmek veya mahvetmek için planlar yapanlara dayanamıyorum” diyor Berg.

5. Ret

Daha önce cevaplamadığımız bir soruya şimdi geri dönelim. Bu savunmalar acaba dünyadaki adalete bir katkı sağlıyor mu ya da halktan dilenen bu özürlerin arkasında daha farklı bir hile mi var? Bu makale savunma kelimesinin iki farklı anlamına yapılan vurgu ile başladı: kendini haklı çıkarmak için savunma ya da itiraf olarak savunma. Bu iki anlamla ilgili olarak, iki farklı istisnacılığın altını çizdim: bir tarafta kötü olaylar bazen, istisnai olarak meşru olabilir; öbür yanda da kötü olaylar meşru olamaz ama istisnaidir. Bu temelde, söz konusu savunmaların anlamını değerlendirirken göz önüne alınması gereken iki süreci açıklamaya çalıştım.

Bu süreçlerden biri itirafın gerekçeye dönüştüğü süreçtir. Belli konular için suçlanmayı hak ettiğini itiraf eden kişi yapılanın istisnai, münferit ve anormal olduğunu söyleyerek diğer konular için suçlanmayı reddedebilir. Belli bir konuda hatanın kabul edilmesi bir tür bağışklık sağ-

lamaya yarayabilir, böylece kendini savunan kişi diğer her türlü eleştiriye karşı dokunulmazlık kazanır. Bu nedenle, ikinci tür istisnacılık iddiası, birinci tür istisnacılık olan kendini haklı çıkarma iddiası için de temel oluşturabilir (aynı zamanda tabii ki, birinci tür istisnacılık, ikinci tür istisnacılığa dair bir savunma yapmayı gerektirecek hareketleri yapanları teşvik edip cesaretlendirebilir). Dikkat çekmeye çalıştığım diğer süreç ise istisnanın kuralları tekrar şekillendirmeye çalışmasına dair olan süreç. Bu sürece teorisyenler ve aktivistler bir çok farklı bağlamda dikkat çektiler. İşkenceyle ilgili argümanlara baktığımızda daha önce de gördüğümüz gibi istisnacılık üzerinde bu kadar durulmasına rağmen, gerekçeli istisnacılık işkencenin tamamen onaylanmasına neden olabilir. Aynı şekilde, itiraf için kendini savunanlar işkence eylemlerini mümkün kılan şartları karartarak işkencenin normalleşmesine neden olabilir. Bu durum aynı zamanda şiddet eylemlerini, tahakkümü ve ihlalleri mümkün kılacak global bir sistemin normalleşmesine de yardım edebilir. 1940'ta yazılmış unutulmaz bir yazısında Walter Benjamin istisnacılık söz konusu olduğunda normallikten bahsetmenin bu istisnaların artmasına neden olacak bir hareket olduğunu söylüyordu. "Mazlum geleneği bize içinde yaşadığımız "olağanüstü halin" aslında bir istisna değil kural olduğunu gösteriyor. Bu görüşün hakim olduğu bir tarih anlayışını benimsememiz gerekir."⁶⁵

Ancak bu makaledeki tek derdim normal ve istisnai olan ile ikisi arasındaki ilişki olmadı. Aynı zamanda bu ikisinin insan haklarıyla olan ilişkisini de açıklamaya çalıştım. Benjamin'in "mazlum geleneği" sözünün gösterdiği gibi uluslararası insan hakları hukuku işkence söz konusu olduğunda gerekçeli istisnacılığın tehlikelerine dikkat çekiyor. İnsan hakları hukuku işkencenin bazen, istisnai olarak meşru olabileceği argümanını kesin bir dille reddediyor. Ancak, itiraf savunmalarının tehlikelerine gereken ilgiyi göstermiyor, işkencenin meşru olmadığı ama istisnai olarak mümkün olduğu argümanına da çok fazla direnmiyor. Aynı zamanda, gerekçeli istisnacılar ve itiraf olarak savunma yapanların ikisinin de dayandığı bazı görüşlere haklılık payı veriyor: işkencenin güç gösterisi

65 W. Benjamin, 'Theses on the Philosophy of History', Thesis VIII, (Tarih Felsefesi Üzerine Tezler, Tez VIII) alındığı eser *Illuminations (Aydınlanmalar)*, H. Arendt, ed. (London: Pimlico, 1999), s. 248.

yapmaktansa bilgi almak için kullanıldığı; sorunun gizlilik olduğu ve çözümlerin şeffaflık olduğu düşüncesi; hukukun güç ihlallerini her zaman kontrol edebileceği düşüncesi ve bazen bu ihlallere destek olabileceği fikrini gözden kaçırmaması; olağanüstü halin normal durumlardan ayrı tutulması gerektiği düşüncesi; son olarak işkencenin içinde gerçekleştiği baskıcı olan veya olmayan geniş bağlamdan ayrılabilmesi düşüncesi. Tüm bunların sonucunda benim düşünceme göre insan hakları hukuku bu durumun karşısında olmasına rağmen gerekçeli istisnacılığa doğru çekilme tehlikesi altında.

Bu savunmalar dünyadaki adalete bir katkı sağlıyor mu? Şüphesiz ki bu mümkün ama benim yazımın ana noktası tüm bunların arkasında daha büyük bir hilenin saklanması olabileceği. Öbür taraftan, herkesin bildiği gibi hileler ancak belli bir noktaya kadar işe yarar ve bu şekilde bitirmeden önce Marina Warner'ın incelemesinden öğrenmemiz gereken başka bir konu var. Bu konu da savunmaların tek taraflı bir eylem değil, bir ilişki, iki taraf arasında bir anlaşma olması. Warner'ın açıkladığı gibi eğer savunma karşı tarafla buluşmaz ve onun onayıyla bir araya gelmezse, savunmayı yapan istediğine ulaşamaz. Savunmayı reddedebiliriz. Halka yapılan savunmalar Michael Berg'ün de dediği gibi beraberinde kritik bir kaldıraç getirir. Bu kaldıraçla sorumluymuş gibi davrananların sorumsuzluklarını, ceza sözü verenlerin cezasız kaldığını, pişmanlık iddiasındakilerin aslında pişman olmadıklarını gösterebiliriz. Aynı zamanda, bu fırsatı değerlendirerek, kederle veya neşeyle halkı iyileştirmeye çalışanlara, dünyanın iyileştirmekle düzelemeyeceğini gösteririz. Dünyanın yönetim şekli hasta değil ama baskı altında ve ihtiyacımız olan şey tıp değil, adalet.

Hazırlık Hareketi – İcra Hareketi Ayrımının Önemine İlişkin Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Stj. Av. Ceren Yakışır*

Özet

5237 sayılı Ceza Kanunu ile teşebbüs kurumu, 765 sayılı Kanuna göre farklı düzenlenmiştir. Yeni Kanunda suçun teşebbüs aşamasında kalabilmesi için önce elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanması esas alınmıştır. Ancak uygulamada hazırlık hareketi – icra hareketi ayrımının tam olarak ortaya konulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı kuralı genişlemiş olmaktadır.

İncelemeye konu olan karardaki hukuki uyumsuzluk; olayda geçen eylemin adam öldürme suçunu mu yoksa tehdit suçunu mu oluşturduğudur. Dolayısıyla adam öldürme suçu üzerinden hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin ayrımına yapmış olduğu vurgudan dolayı söz konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hazırlık hareketleri, icra hareketleri, teşebbüs, adam öldürme, tehdit.

Abstract

Attempt to crime is defined a more different way in Turkish Penal Code no.5271 to Previous Turkish Penal Code no. 765. In the new Penal Code is predicated on the directly to start committing a crime deliberately with the appropriate actions. However, in the practicing area is not emphasized the differences between the preparatory acts and executory acts. In this way the rule that is not penalized the preparatory acts are expanded.

In our study, we analyzed a decision of Assembly of Criminal Chambers of the Turkish Court of Cassation. This decision is about that the action of case is crime of murder or threat. So that the study deals with the decision of which is Assembly of Criminal Chambers of the Turkish Court of Cassation emphasized on the differences between the preparatory acts and executory acts through the crime of murder.

Keywords

Preparatory acts, executory acts, attempt, murder, threat.

* İstanbul Barosu.

K A R A R

YARGITAY KARARI

Kararı veren

Yargıtay Dairesi : 1. Ceza Dairesi

Mahkemesi : KARAMAN Ağır Ceza

Günü : 30.07.2009

Sayısı : 161-187

Davacı : K.H

Şikayetçi : F.F

Sanık : M.F

Sanık hakkında öldürmeye teşebbüs suçundan açılan kamu davasında, değişen suç niteliği itibarıyla sanığın 5237 sayılı TCY'nin 106/1-1. cümle ve 62. maddeleri uyarınca 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin, Karaman Ağır Ceza Mahkemesince verilen 19.04.2007 gün ve 34-66 sayılı hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince, 12.05.2009 gün ve 154-2727 sayı ile;

“Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesi uyarınca değiştirilen 5271 sayılı CMK’nin 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında; ceza miktarının üst sınırının 2 yıla çıkartılması, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarla ilgili sınırlandırmanın da kaldırılması nedeniyle yerel mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması” gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozma ilamına uyan Karaman Ağır Ceza Mahkemesince 30.07.2009 gün ve 161-187 sayı ile;

Yine sanığın aynı şekilde cezalandırılmasına ve hakkında 5237 sayılı TCY’nin 50 ve 51. maddeleri ile ilerde suç işlemekten çekineceğine dair mahkeme heyetine olumlu kanaat gelmediğinden hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Sanık müdafii tarafından temyiz edilen bu hüküm ise, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 20.04.2010 gün ve 1184-2673 sayı ile;

“1-Dosya kapsamına göre; sanığın, kardeşi mağdurun yaşam tarzı ile ilgili duyduğu dedikodular üzerine, telefonla arayarak öldüreceğini söylediği, bıçakla mağdurun evinin önüne geldiği sırada, mağdurun önceden durumu haber verdiği polisler tarafından yakalandığı, sanığın savunmalarında, mağduru öldürmek için evine gittiğini açıkça beyan ettiği anlaşılmalı; sanığın, işlemeyi düşündüğü suçun icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması ve öldürme kastının söze ve eyleme bağlı olarak ortaya çıkması karşısında, öldürmeye teşebbüs suçu yerine, tehdit suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması,

2- Takdiri indirim maddesinin ‘TCK’nun 62/1. maddesi’ yerine, ‘TCK’nun 61/2. maddesi’ olarak yazılması” isabetsizliğinden ceza miktarı itibariyle 1412 sayılı Yasanın 326/son maddesi hükmü nazara alınarak bozulmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 30.06.2009 gün ve 18137 sayı ile;

“Sanık, kız kardeşi mağdur F. F.’nin iffetsiz bir yaşam tarzını benimsemişliğiyle ilgili duyduğu söylentiler sonucu, onu telefonla arayarak, öldüreceğini söylemiş, bıçakla mağdurun evinin önüne geldiği sırada, mağdurun önceden durumu haber verdiği polisler tarafından yakalanmış, savunmasında kardeşi F. F.’yi öldürmek için evine gittiğini, ‘... ancak evine gittiğimde kendisiyle karşılaştığımda nasıl davranacağımı şimdi bilemiyorum’ şeklinde düşünce dile getirmiştir.

Sanığın iç dünyasını ilgilendiren kastın niteliğinin belirlenebilmesi için, dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle sonuç çıkarmak zorunluluğundan hareketle, olay öncesi, sırası ve sonrasında; sanığın mağdura yönelik söz ve davranışlarının tümü birlikte değerlendirilerek sanıkta saklı kalan kasıt ortaya çıkarılmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, bir an için sanığın hazırlık hareketlerini icraya koyup ve mağdurla doğrudan doğruya karşı karşıya gelip, ona suç aletini yönelttiğinde, darbe sayısı ve şiddeti, hedef alınan nahiyelerin yaşamsal bakımdan önemi ve eylemini sonlandırış biçimi gözetilerek suç vasıf verilmelidir. Sanığın savunmasında açıkça değindiği ‘karşılaştığım-

da nasıl davranacağımı bilemiyorum' tarzındaki düşüncesinin, aleyhe yorumlanarak, öldürme kastının söze ve eyleme bağlı olarak ortaya çıkması şeklinde nitelendirilemez. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan 'aşılamayan kuşkunun sanık lehine yorumlanması' gerektiği dikkate alındığında, sanığın öldürme kastıyla hareket ettiğinin şüpheli kaldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda; sanığın öldürmeye kalkışma eylemi öncesinde o ana kadar ortaya çıkan eylemi, TCK'nin 106/1-1. cümlesi kapsamında kalan tehdit suçunu oluşturmaktadır" gerekçesi ile itiraz yasa yoluna başvuru olarak, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20.04.2010 gün ve 1184-2673 sayılı bozma ilamının kaldırılmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, sanığın eyleminin öldürmeye teşebbüs mü, yoksa tehdit suçunu mu oluşturduğuna ilişkindir.

10.05.2006 günü saat 17.30 sıralarında, 2*****4 nolu telefonda polis merkezini arayan F. F'nin, kardeşi M. F'nin kendisini öldürmeye geleceğini bildirmesi üzerine olay yerine giderek beklemeye başlayan kolluk görevlilerince, saat 18.00 sıralarında mobileti ile olay yerine gelen 1,54 promil alkollü sanık, mağdurenin evinin önünde sap kısmı 14 cm, metal kısmı 14,5 cm olan ekmek bıçağı ile yakalanmıştır.

Sanık M. F.;

Kolluktaki savunmasında; F. F'nin evine duyduğu dedikodulardan dolayı öldürmek amacı ile gittiğini, orada polislerin olduğunu görünce düşündüklerini gerçekleştiremediğini, daha önce telefonla annesini aradığında mağdur ile görüşüp, öldüreceğini söylediğini, onun da "gel bekliyorum" demesi üzerine gittiğini,

C. Savcılığında saptanan beyanında; şikâyetçinin boşandıktan sonra başka biriyle gayri resmi yaşadığını duyduğunu, kızgınlıkla arayıp bağı-

rıp, çağırıp, öldüreceğini söylediğini, eline bıçak alıp, öldürmek amacıyla şikâyetçinin evine doğru yola çıktığını, evinin önünde polisler tarafından yakalanması nedeniyle amacını gerçekleştiremediğini, şikâyetçiyi öldürmeye karar verdiğini, bıçaklayıp öldüreceğini, şu an öldürme gibi bir niyetinin olmadığını,

Duruşmada saptanan savunmasında ise; benzer anlatımda bulunarak, amacının öldürmek olduğunu, ancak evine gidip, kendisiyle karşılaştığında nasıl davranacağını şimdi bilemediğini,

Söylemiştir.

Mağdur F. F. kollukta alınan beyanında; “bugün 17.30 sıralarında evde idim, annem beni telefonla aradı, evi terket, kardeşini doldurmuşlar, seni öldürmeye geliyor dedi, arkasından kardeşim M. telefonu aldı, bağırıp, çağırıp, 7-8 kez seni öldüreceğim dedi, telefonu kapattı, bunun üzerine önce 155’i sonra, Yunus Emre Polis Merkezini arayarak durumu bildirdim, tahminen beş dakika sonra ekip geldi, 10-15 dakika sonra da kardeşim geldi, ekip kendisini dışarıda aldı, sonra benimle birlikte polis merkezine getirdiler, beni ölümle tehdit eden sanıktan şikâyetçiyim” demiş,

Duruşmada ise; “olay günü kardeşim M. F. beni telefonla aradı, beni öldüreceğini söyledi, ben de polise haber verdim. Polisler de kendisini yolda yakaladılar” şeklinde beyanda bulunmuştur.

5237 sayılı TCY’nin 35/1. maddesinde teşebbüs; “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” şeklinde tanımlanmış,

Madde gerekçesinde ise; 765 sayılı TCY’ndaki eksik-tam teşebbüs ayırımına son verildiği, bunun uygulamada birçok duraksamaya yol açtığı ve bu ayırımın objektif bir ölçütünün bulunamadığı belirtildikten sonra, getirilen diğer bir yeniliğin ise icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olduğu, “failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçütün kabul edilmesi halinde, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılabileceği, çünkü hazırlık hareketleri

aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilceği, bu nedenlerle, tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütünün madde metninden çıkartılarak “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı,

Ayrıca kullanılan aracın suçun yasal tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerektiği ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği, bu nedenle maddeye, suçta teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramının dahil edildiği, belirtilmiştir.

Öğretide de; 5237 sayılı TCY'nin 35. maddesinde teşebbüs açısından, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütünün kabul edilmesiyle objektif teorinin benimsendiği, suçun yasal tanımında, unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi gerektiği, örneğin öldürmek için silahını hasmına doğrularak nişan alınmasının icra hareketleri sayılması gerektiği, öldürmek için silah veya zehir satın alınmasının ise, belirleyici bir niteliğe sahip olmaması nedeniyle hazırlık hareketi sayılacağı belirtilmiştir. (Doç. Dr. M. Koca-Doç.Dr.İ. Üzülmez; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, sh. 378 vd.)

Bir kimsenin suça kalkışmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun yasal tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanık öldürmeye elverişli olduğu yönünde kuşku bulunmayan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelmiş ise de, daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk güçlerince yakalanmış olup, yasanın be-

nimsediği objektif teori esas alındığında, bu hareketler öldürme suçu yönünden ancak hazırlık hareketleri niteliğindedir. O ana kadarki hareketlerin, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü çerçevesinde icra hareketleri kapsamında kabulü olanaksızdır. Özel Dairece benimsenen sübjektif teori kabul edilerek, eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi, 5237 sayılı TCY'nin 35. maddesine açık aykırılık oluştura-cağı gibi suçta ve cezada yasallık ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Bu itibarla sanığın yakalandığı ana kadar ki fiillerini 5237 sayılı TCY'nin 106/1-1. cümlesi kapsamında kabul eden yerel mahkeme hükmü isabetli olup, Yargıtay C.Başsavcılığının bu yöne ilişkin itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Diğer yönden, yerel mahkemece sanığın, 5237 sayılı TCY'nin 53. maddesinin 1. fıkrasının a, b, d ve e bentlerindeki haklardan ceza süresince (c) bendindeki haklardan ise şartla tahliye tarihine kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesi 3. kişiler açısından da, 1. fıkranın (c) bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmaması sonucunu doğuracağından hukuka aykırı olup, takdiri indirimine ilişkin uygulama maddesinin de 62/1 yerine 61/2 olarak gösterilmesi isabetsizdir. Ancak bu iki hukuka aykırılığın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CYUY'nin 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, yerel mahkeme hükmünün bu iki hukuka aykırılık yönünden düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Kurul Üyesi, Özel Daire ilamında belirtilen nedenlerle itirazın reddi yönünde oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,
- 2- Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20.04.2010 gün ve 1184-2673 sayılı bozma kararının

KALDIRILMASINA,

- 3- Karaman Ağır Ceza Mahkemesinin 30.07.2009 gün ve 161-187 sayılı kararının takdiri indirimine ilişkin maddenin 62/1 yerine 61/2 olarak

gösterilmesi ve 53. maddenin yanlışlığı uygulanması isabetsizliğinden BOZULMASINA, ancak bu hususta 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca 1412 sayılı Yasanın halen yürürlükte bulunan 322. maddesi gereğince karar verilmesi olanaklı bulunduğundan, yerel mahkeme hükmünün, takdiri indirime ilişkin maddenin 61/2 yerine 62/1 olarak, 53. maddenin ise sanığın, 53. maddenin 1. fıkrasının a, b, c, d ve e bentlerindeki haklardan mahkûm olduğu hapis cezası süresince kendi altsoyu üzerinde ise (c) bendindeki haklardan şartla tahliye tarihine kadar yoksun bırakılmasına, şeklinde düzeltilmesi suretiyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

4- Dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 19.10.2010 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

A. OLAY

Sanık M.F, kız kardeşinin iffetsiz bir yaşam sürdürdüğü yönünde duyduğu söylentiler üzerine, kardeşini telefonla arayarak, öldüreceğini söylemiş ve bıçakla kardeşinin evine gitmiştir. Kız kardeşinin, yaşadığı korkuyla durumu telefonla polisler haber vermesi üzerine sanık M.F, kendisinden önce eve ulaşan polisler tarafından yakalanmıştır.

B. HUKUKİ SORUN

Sanığın söz konusu hareketlerinin adam öldürmeye teşebbüs suçunu mu yoksa tehdit suçunu mu oluşturduğudur.

C. SORUNUN ÇÖZÜMÜNDE YARARLANILACAK KAYNAKLAR

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

MADDE 35: - (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan

yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

MADDE 87: - (1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

MADDE 106: - (1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

D. MERCİİLERİN GÖRÜŞLERİ

1. Sanığın Eyleminin Öldürmeye Teşebbüs Suçunu Oluşturduğu Görüşü:

Yargıtay 1. Ceza Dairesi

Sanığın savunmalarında, öldürmek için kardeşinin evine gittiğini açıkça beyan ettiği, mağdurun önceden polise durumu bildirmesi üzerine sanığın yakalandığı ve icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı gerekçesiyle Yerel Mahkemenin, olaydaki eylemin tehdit suçunu oluşturduğu yönündeki kararının bozulmasına karar vermiştir.

Ceza Genel Kurulu'nun Karşı Oyu

Genel Kurul üyelerinden iki yargıç, Özel Dairenin gerekçelerine paralel olarak karşı oy kullanmışlardır.

2. Sanığın Eyleminin Tehdit Suçunu Oluşturduğu Görüşü: Karaman Ağır Ceza Mahkemesi

Sanık hakkında öldürmeye teşebbüs suçundan dava açılmış olsa da yargılama sırasında suçun niteliğinin değiştiği gerekçesiyle tehdit suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK'nin 106/1 maddesi uyarınca 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

Başsavcılığın dayandığı gerekçe; sanığın savunmasında değindiği “karşılaştığımda nasıl davranacağımı bilemiyorum” şeklindeki beyanının aleyhe yorumlanarak, öldürme kastının söze ve eyleme bağlı olarak ortaya çıkarılamayacağı, olay öncesi, sırası ve sonrasında, sanığın mağdura yönelik söz ve hareketlerinin birlikte değerlendirilerek kastın varlığının ortaya çıkarılması düşüncesinden hareketle, sanığın kastının şüpheli kaldığıdır. Bu sebeple; sanığın öldürmeye kalkışma eylemi öncesinde, o ana kadar olan eylemin tehdit suçunu oluşturduğundan bahisle Ceza Dairesinin kararının kaldırılması talep edilmiştir.

Ceza Genel Kurulu

Yeni Ceza Yasasıyla birlikte icra hareketleri açısından objektif teorinin benimsendiği ve buna bağlı olarak yapılan hareketlerin objektif olarak suçun yasal tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olması ve failin kullandığı aracın, yasal tanımdaki neticeyi gerçekleştirmeye uygun olarak kullanılması gerektiği gerekçesine yer vermiştir. Dolayısıyla sanığın, polisler tarafından yakalanıncaya kadar olan eyleminin, icra hareketi olarak kabul edilemeyeceği yönündeki değerlendirmesi üzerine tehdit suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

E. DEĞERLENDİRME

Ceza Genel Kurulu'nun kararı ile ilgili görüşlerimize yer vermeden önce, teşebbüs kurumu ile hazırlık hareketleri ve icra hareketleri arasındaki farkın önemine dikkat çekmek gerekmektedir.

765 sayılı Ceza Yasası'nda mevcut olan eksik – tam teşebbüs ayrımı, her ne kadar 5271 sayılı Ceza Yasası'nda yer almasa da aradaki farkı belirten kıstasa öğretide tanım olarak yer verilmektedir. Örneğin İçel teşebbüsü; “Failce işlenmek istenen bir suçun icrasına elverişli araçlarla başlanmasına karşın, elde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerinin tamamlanamadığı veya icra hareketlerinin tamamlandığı halde failin isteği (iradesi) dışındaki nedenlerden dolayı sonucun meydana gelmemesi” şeklinde tanımlamaktadır¹.

1 İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul, s. 235.

Teşebbüsü, kronolojik bir sıraya göre tanımlamak da mümkündür. Buna göre; kişi önce işlemek istediği fiili düşünür; daha sonra düşünce karar aşamasına gelir; verilen bu kararın uygulanabilmesi için gerekli olan hazırlık hareketleri yapılır; daha sonra işlenmesi kastedilen suçun icra hareketlerine başlanır; suç yoluna böylece girmiş olan kişi, bu yolda ilerlemesini, yani icra hareketlerini elinde olmayan sebeplerle bitiremez veya bu hareketleri yapıp bitirdiği halde yine elinde olmayan sebeplerle netice meydana gelmemiş olabilir².

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, suç işleme kastı olan kişinin suç yoluna (iter criminis) girmiş olması, icra hareketlerinin başlangıcıdır ve ceza hukukunun alanını ilgilendirmektedir. Aynı yönde Uğur Alacakaptan teşebbüsü; “İşlenmesi tasarlanıp kararlaştırılan suç, dış alemdeki yolunu başlıca iki evreden geçerek tamamlar: a- icra, b- tamamlama. Bir eylemin gerçek anlamda suç teşkil edebilmesi bu noktaların her ikisinden de geçmesi halinde düşünülebilir. Teşebbüs halinde kalan eylemde, suçun tamamlanmasını mümkün kılan son evre noksan kalmıştır. Bu bakımdan, teşebbüs halinde kalan eylem, yasadaki tipe uymaz³.” şeklinde tanımlanmaktadır.

5237 sayılı TCK'nin 35. maddesinde teşebbüs; “Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur.” şeklindeki kanuni tanımdan yola çıkarak teşebbüsün dört koşulu ortaya çıkmaktadır. Bu koşullar sırasıyla:

1. Bir Suçun İşlenmesine Yönelik Kastın Bulunması

Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda kast, ayrı bir kast türü değildir ve teşebbüs kastı şeklinde bir kast türü de yoktur⁴. Buradaki kast, suçun tamamlanmasına yönelik kاستtır. Kastın bilme ve isteme unsurlarının, suça teşebbüste de var olması gerektiğinden tamamlanmış suçta olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçta da, işlenmek istenen suç tipindeki objektif unsurlar, ağırlatıcı nedenler failce bilinmeli ve tipik eylemin gerçekleştirilmesi istenmelidir⁵.

2 Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.2, 1. Bası, İstanbul, Eylül 1989, s.431.

3 Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara, 1970, s. 59

4 Önder, s.435

5 İçel Kayıhan, s. 239

2. Elverişli Hareketler

765 sayılı Ceza Yasasında elverişli “vasıta” teriminin kapsamı genişletilerek, 5271 sayılı Yasada elverişli “hareketler” şeklinde düzenlenmiştir. Hareketin elverişli olmasını açıklayan sübjektif ve objektif iki kriter vardır. Sübjektif kritere göre; hareketin, suçu gerçekleştirmeye yetecek elverişlilikte olmasından ziyade, fail tarafından da elverişli olarak kullanılması gerekmektedir. Objektif kritere göre ise; hareketin, objektif olarak suçun oluşmasını sağlamaya yeterli olması gerekmektedir. Salt failin ne derece elverişli kullandığının bir önemi yoktur.

Doktrinde de hâkim görüş, somut olayda suçun oluşmasını sağlayan her hareketin, o suç için elverişli olduğudur⁶.

3. İcra Hareketlerine Başlama

Suç işlemek kastıyla yapılan bir eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının tespiti açısından önemli bir ölçüttür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, eylemin suç yoluna ve dolayısıyla ceza hukuku alanına girip girmediğinin tespiti, hazırlık hareketlerinin nerede bittiğinin ve icra hareketlerinin nerede başladığının belirlenmesiyle olacaktır. Bu iki hareketin ayrımının yapılmasına ilişkin teorileri İçel, aşağıdaki gibi sınıflandırıp açıklamaktadır:

a. Sübjektif Teori:

İcra başlangıcının belirlenmesinde failin suç işlemeğe yönelik iradesinin ve tehlikeli durumunun dikkate alınması⁷ savunulmaktadır.

b. Objektif Teori

b1. Biçimsel Teori: Fail tarafından gerçekleştirilen hareket suç tipinde unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak bulunuyorsa icra hareketidir.

b.2. Nedensellik Teorisi: İcra hareketleri, suç tipinin oluşmasına kesin bir şekilde neden olan hareketlerdir. Buna karşılık, suç tipine neden oluşturucu hareket yapılması olanağını sağlayan koşullar hazırlık hareketi sayılır. _

6 Alacakaptan, s. 61; Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, 7. Bası, Ankara, 1966, s. 624; İçel, s. 240; Önder, s. 436

7 İçel, s. 244

Bu teoriyi destekleyen “*Şüpheye Yer Vermeme Görüşü*”nün savunucusu Francesco Carrara’ya göre; hareket failin bir suça yöneldiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyabiliyorsa icra hareketidir, buna karşılık failin gerçekleştirdiği hareketin, hangi suça yönelik olduğu kesin olarak belirlenemiyorsa, hazırlık hareketi olarak değerlendirilir⁸.

b. 3. Maddi Teori: Hareketin nitelik yönünden değerlendirilmesi suretiyle icra başlangıcı belirlenir. Yani, failin suç tipindeki harekete doğal ve zorunlu olarak bağlı hareketleri icra hareketleridir.

b. 4. Hukuksal Yarar Teorisi: Suçun icrasına başlandığının kabul edilebilmesi için, hukuken korunan, somut bir tehlikenin varlığı gereklidir.

Teoriler bu olmakla birlikte doktrindeki hâkim görüş; hiçbir teorinin tek başına icra hareketlerinin başlangıcını belirlemeye yetmediğidir. Bu nedenle somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Şayet failin eylemi, suçun kanuni tanımındaki hareketi karşılıyorsa o eylem, icra hareketidir. Ancak failin eylemi, suçun kanuni tanımında yer almıyorsa failin iradesi, kastının yönü belirlenmelidir. Bu yönde Alacakaptan; suçu meydana getiren hareketlerin gösterilmeyip, yalnız cezalandırılacak sonucun belirtilmesiyle tanımlanan suçlar (örneğin adam öldürme) açısından failin o ana kadar yapmış olduğu hareketlere vücûd veren kastın yönünün saptanması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte failin yaptığı hareketlerin belli bir suç kastıyla yapıldığına saptanmasıyla yetinilmeyerek bu hareketlerin, tamamlandıkları takdirde kast edilen suçu meydana getirmesinin mümkün olup olmadığı da araştırılmalıdır⁹. —

4. Suçun Elde Olmayan Nedenlerle Tamamlanamaması

İcra hareketlerinin başlamasıyla suç yoluna giren failin istemi dışındaki nedenlerle, suçun kanuni tanımındaki neticenin meydana geleme mesidir. 765 sayılı Yasada mevcut olan eksik-tam teşebbüs ayırımına burada değinmek istemiyoruz. Ancak bu ayırım, keskin bir şekilde 5271 sayılı Yasada yer almasa da yine aynı sonuca varmaktayız. Suç, icra hareketlerinin başlaması ve neticenin meydana gelmesi ile oluşur. İster icra

8 Carrara F, “Grado nella forza fisica del delitto”, Opuscoli di Diritto Criminale, Vol. I., Proto, 1878, s. 433

9 Alacakaptan, s. 62-63

hareketleri tamamlanamadan olsun, ister tamamlandıktan sonra bile netice meydana gelememiş olsun suç, teşebbüs aşamasında kalır ve oluşan zarar ile tehlikenin ağırlığına göre kanunda belirlenen oranlar dahilinde ceza indirimi, hakimın takdirine bağılı olarak gerçekleşir.

Teşebbüs kurumunu bu şekilde açıkladıktan sonra somut olayımızdaki hareketin, icra hareketi olarak kabul edilip edilemeyeceğı ve neticede adam öldürmeye teşebbüs suçunun mu meydana geldiğini incelemek gerekmektedir.

Olayımızda sanığın sadece kardeşine telefon edip seni öldüreceğim demesi ve kardeşinin evine gelmesi, sanığın kastının adam öldürme yönünde olduğunu göstermez. Evin önüne gelmesi kanaatimizce bir hazırlık hareketidir ve bundan sonraki davranışlar, örneğin bıçağı kardeşine doğrultması, icra başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Kardeşinin evine varır varmaz polisler tarafından yakalanması, gerçek niyetini belirlememizi engellemektedir. Dolayısıyla Ceza Genel Kurulu'nun kastının belirlenememesi nedeniyle oluşan şüpheli durumun sanık lehine yorumlanarak Ceza Dairesinin bozma kararının kaldırılması yönünde kararına katılmaktayız.

Genel Kurul, gerekçesinde icra hareketinin başlangıcının belirlenmesinde objektif teorinin esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre; "sanık; öldürmeye elverişli olduğu yönünde kuşku bulunmayan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelmiş ise de, daha önceden evinin önünde güvenlik önlemi alan kolluk güçlerince yakalanmış olup, yasanın benimsediğı objektif teori esas alındığında, bu hareketler öldürme suçu yönünden ancak hazırlık hareketi olabilir. O ana kadarki hareketlerin, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü çerçevesinde icra hareketleri kapsamında kabulü olanaksızdır.¹⁰" O ana kadar olan eylem, yerel mahkemenin de isabetli kararında olduğu gibi tehdit

10 Aynı yönde yine Ceza Genel Kurulu'nun 16.04.1984 tarih, 1-1/149 sayılı kararına göre; "Sanık 500.000 lira karşılığı mağduru öldürmek için anlaşmış, öldüreceğı şahsı görmüş, nerede oturduğunu, nerelere ne zaman gideceğini saptamıştır. Öldürme için elverişli yer seçilmiş, elverişli silah kendisine verilmiş, bu silahla pusu yerine giderek hedefin geçeceği zamana kadar beklemeye başlamıştır. Ancak, durum kendisine bildirilen mağdur emniyete haber vermiş ve sanık elindeki tüfek ile, mağdur daha olay yerine gelmeden, yakalanmıştır." şeklindeki olay için icra hareketlerinin varlığını kabul etmemiştir.

suçunu oluşturmaktadır. Tehdit suçunun kanuni tanımı yukarıda verilmiştir. Bu tanımdan yola çıkarak anlaşılmaktadır ki, 765 sayılı Yasadaki gibi adi-şartlı tehdit ayrımı yapılmamaktadır. Dolayısıyla örneğin; sanığın başkası ile nişanlandığını öğrendiği mağdureye “yüzüğünü atmazsan seni öldürürüm” demesi¹¹, talep edilen şeyin yapılmamasına yönelik şartlı tehdit ile somut olayımızdaki telefonla arayarak seni öldüreceğim denmesi arasında tehdit suçunun maddi unsuru açısından bir fark yoktur. Nitekim suç ile korunmak istenen hukuki değer; koşula bağlı olmayan tehditte kişinin iç huzuru ve güvenlik duygusu, koşula bağlı tehditte ise, irade oluşturma ve oluşturduğu iradeye uygun biçimde davranma özgürlüğü korunmaktadır¹².

Olayımızda da mağdur kız kardeş, sanık ağabeyinin; kızgınlıkla öldüreceğim seni demesi ve daha önce durumdan haberdar olan mağdurenin annesinin de uyarısı üzerine iyice korkmuş ve huzuru kaçmış olduğundan korunmak için polis çağırmıştır. Tehditin amacı ve netice gerçekleşmiştir. Ancak kesici bir aletle evin önüne gelmesinden sonra, kız kardeşini öldüreceği yönünde kuvvetli bir belirti yoktur. Nitekim sanık, duruşmadaki ifadesinde “Kendisiyle karşılaştığında nasıl davranacağımı bilemedim.” demek suretiyle kastını tam olarak ortaya koyamamaktadır. Sanığın, hazırlık hareketleri üzerinde geniş bir düşünce iktidarına sahip oldukları için suç işleme iradesi dış dünyada somutlaşmadan kararından cayma imkanı her zaman vardır. Anayasa ve AİHS ile de güvence altına alınan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca olayımızdaki bu duruma, Genel Kurul kararında belirtildiği gibi sanık lehine yorumlanması gerekmektedir. Bu gerekçeyle Ceza Dairesinin kararının kaldırılması yönündeki kararı yerindedir.

11 Tezcan-Erdem-Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.Bası, Ankara, Kasım 2008, s. 344

12 Üzülmöz İlhan, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara, 2007, s. 76