

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
2010

SAYI

3

TCİD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
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
Arř. Gör. Dr. Pınar Memiş / Arř. Gör. Gülřah Kurt Yücekuř
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

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

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

Basım Tarihi
Mart 2011

İçindekiler

Doç. Dr. M. Merdan Hekimoğlu	1	Parlamenteonun Hükümeti Denetim Araçları: Federal Almanya Anayasa Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Bakış (Hakemli Makale)
Av. Zeki Aksoy	15	İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış
Av. Ahmet Can Alacakaptan	37	Görevi Kötüye Kullanma Suçunun İcrai Hareketle İllenmesi (TCK md. 257/1)
Hülya Dinçer	51	Silahlı Çatışmalar ve Çocuk Hakları
Nil Melek Gültekin	93	Fransa, İtalya ve Türkiye’de Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Dini Sembollerin Kullanımı
Serra Karadeniz	121	Dine Hakaret
Prof. Dr. Yener Ünver	143	Mevzuat, Öğreti ve Uygulama Açısından Türkiye’de Organ ve Doku Nakilleri

Parlamentonun Hükümeti Denetim Araçları: Federal Almanya Anayasa Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Bakış

(HAKEMLİ MAKALE)

Doç. Dr. M. Merdan Hekimoğlu*

Özet

Hükümetin parlamento önünde siyasi sorumluluğunun parlamenter demokratik rejimler bakımından sistemik gereklilik taşıdığı tartışma götürmez bir gerçek olsa da, tek parti iktidarları döneminde yasama ve yürütme erklerinin iktidar partisinde toplanması nedeniyle kuvvetler ayrılığının geleneksel önemini yitirdiği görülmekte olduğundan, böyle bir siyasi sorumluluğa klasik denetim araçlarıyla yol açmak giderek güçleşmektedir. Artık akut hale gelmiş bu kronik sistem sorununa çözüm olarak iktidar muhalefet ekseninde kuvvetler ayrılığının yeniden tanımlanması mümkün olduğu gibi, II. Dünya Savaşı'ndan itibaren dünya üzerinde parlamenter demokrasiyi başarıyla uygulayan az sayıdaki devletten biri olan Federal Almanya'nın hükümeti denetim araçlarından Türk hukuku bakımından yararlanılması da pekâlâ olanak dâhilindedir. Sınırlı sayıda denetim araçlarına yer veren 1982 Anayasası'nın bu açıdan mevcut bulunan eksikliklerinin giderilerek; etkin, demokratik, yönetebilen ve istikrarlı bir parlamenter rejim inşası önemli bir meydan okuma olarak Türkiye'nin önünde durmaya devam etmektedir.

Anahtar kelimeler: Parlamenter demokrasi, denetim araçları, Federal Almanya, Anayasa Hukuku, Karşılaştırmalı Hukuk

Abstract

Despite the fact that the government's political responsibility against the parliament constitutes a systemic necessity for democratic systems, the principle of the division of powers tends to lose its traditional importance during single-party governments; as such, it becomes more difficult to enforce such political responsibility through the utilisation of classical control instruments. In order to find a solution for this chronic system issue, it is one possibility to redefine the division of powers based on the axis of government – opposition; another possibility could be provided by the utilisation of the control instruments used by Germany, one of the few states on earth to have success in making function the parliamentary democracy in the post-WWII-era. Therefore, the Turkish 1982 Constitution that provides a limited number of control instruments should be improved in order to build an efficient, democratic, governable and solid parliamentary regime, a challenge that Turkey is still confronting.

Keywords: Parliamentary democracy, control instruments, Germany, constitutional law, comparative law

* Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari İlimler Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

Giriş

Güçler ayrılığı öğretisinin, liberal demokratik siyasi rejimlerin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmektedir.¹ İşte modern demokrasilerin temelini oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesi, yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç temel devlet fonksiyonunun² ayrı ayrı organlarda toplanması ve bu şekilde ortaya çıkması muhtemel bir güç temerküzünün mahut organların birbirlerini sınırlaması ve dengelemesi üzerinden izale edilmesi düşüncesine dayanır. Ancak böyle bir güç parçalanmasının ve kontrolünün gerçekleştiği bir fren ve denge rejimindeki siyasal sistemin demokratik olduğundan söz edilebilir. Zira demokratik rejimlerin olmazsa olmaz (*sine qua non*) nitelikteki ilkeleri olan; temel hakların korunması, yasa önünde eşitlik, çoğunluğun yönetme hakkı, siyasal plüralizm, temsil, seçim ve muhalefet etme hürriyetinin³ bir anlam ifade edebilmesi, ancak böyle bir fren ve denge rejiminde mümkün olabilir.

Katı kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu ABD hükümet sisteminden farklı olarak, hükümetin parlamento içerisinde çıkması üzerinden iktidar partisi tüzel kişiliği ve onun yönetici elitleri şahsında yasama ve yürütme erklerinin birleşme eğiliminde olduğu parlamenter hükümet sisteminde güçler ayrılığının yeniden inşa edilmesi, önemli bir demokrasi sorunu olarak önümüzde durmaktadır. Bu bağlamda yasamanın yürütmeyi ve özellikle de yürütmenin siyasi açıdan sorumlu kanadı olan hükümeti denetleyebilmesini sağlayacak bazı yeni anayasal denetim vasıtalarının anayasalara yerleştirilmesi, var olanların ise daha etkin hale getirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bir sonrakini halkın seçecek olmasına karşın yetkileri itibarıyla Fransa'daki muadilinden çok daha az yetkilerle donatılmış bir Cumhurbaşkanı modelini öngörmeye devam eden 1982 Anayasası'nın cari hükümet sistemi olarak parlamentarizmi sürdürdüğü göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu hükümet sistemi için yapılan genel eleştirilerin Türkiye için de geçerlilik taşıdığına hiç

¹ Bunun için bkz. Khan, A. L., A theory of universal democracy: beyond the end of history, volume 44/Developments in international law, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 27.

² Bultmann, P. F., Öffentliches Recht: Mit Vertiefung im Gewerbe-, Wettbewerbs-, Subventions- und Vergaberecht, 2. Auflage, Springer, 2008, s. 87.

³ Bu temel ilkelere ilişkin açıklamalar için bkz. Gözübüyük, A. Ş., Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 25-28.

kuşku bulunmamaktadır. İşte biz bu makalemizle Federal Alman Anayasası'ndaki hükümeti denetleme araçlarını mercek altına alarak, buradan Türk Parlamenter Sistemi'nin, parlamentoca etkin bir hükümet denetimi yapılması üzerinden demokratiklik derecesini güçlendirecek bazı hukuki önerilerde bulunmaya çalışacağız. Çalışmamız bir giriş, iki ana başlık ve bir sonuç bölümünden oluşmaktadır. Çalışmanın amacı ve genel manasıyla içeriğinin verildiği giriş bölümünün hemen ardından gelen birinci ana başlıkta genel anlamıyla parlamenter hükümet istemlerindeki hükümetin denetlenmesi konusu ele alınmıştır. İkinci ana başlıkta ise Federal Alman anayasa hukukundaki parlamenter denetim araçlarına karşılaştırmalı bir hukuk perspektifiyle incelenmiş, sonuç bölümünde ise çalışmadan çıkarılan ana fikir ortaya konularak, Türk hukuku bakımından bazı önerilerde bulunulmuştur.

I. Genel Olarak Parlamenter Hükümet Sistemlerinde Parlamentonun Hükümeti Denetlemesi

Parlamenter hükümet sistemlerindeki parlamentonun hükümeti denetlemesinin temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi yatmaktadır.⁴ Federal Alman Anayasası'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi parlamenter denetim bakımından oldukça geniş bir anayasal temel oluşturmaktadır.⁵ Söz konusu fıkradaki düzenlemeye göre, halktan türeyen bütün devlet iktidarı yine halk tarafından seçim ve oylamalar yanında; yasama, yürütme ve yargıdan oluşan özel organlar eliyle de kullanılır.⁶ Şu halde bu özel organların devlet iktidarını kendilerine tahsis edilmiş anayasal alanlarda, birbirlerinin görev ve yetki alanlarına bir fonksiyon gaspına neden olmayacak şekilde kullanmaları üzerinden yasamanın ayrı bir erk olarak yürütmenin siyasal denetimi yapabilmesinin hukuki temeli oluşturulmaktadır. Federal Anayasa'nın 45/b maddesi böyle bir genel denetimi daha açık ifadelerle belirtmektedir. Buna göre, temel hakları korumak ve parlamenter denetimin yapılmasında Federal Mec-

⁴ Meyer, H. "Grundlagen der Parlamentarischen Demokratie", in Hans-Peter Schneider, Wolfgang Zeh (Editors), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: ein Handbuch, Walter de Gruyter, 1989, s. 117-164, s. 144.

⁵ Ibid.

⁶ Söz konusu maddenin Almanca özgün metni için bkz. örneğin <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>, 01.03.2010.

lis'e yardımcı olmak için bir parlamento komiseri atanacak ve buna ilişkin ayrıntılar federal bir yasayla düzenlenecektir.⁷ Esasen Federal Almanya Cumhuriyeti'nde tıpkı Türkiye'de olduğu üzere, parlamenter bir hükümet sistemi uygulanmakta olduğundan böyle bir denetimin mevcudiyeti hükümet sisteminin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira parlamenter bir demokraside hükümetin parlamento çoğunluğunun siyasi desteği olmaksızın kalıcı olarak varlığını devam ettirmesi mümkün değildir.⁸ Başka bir ifadeyle hükümetin parlamenter sorumluluğu kendisini parlamentarist olarak adlandıran her anayasal organizasyon için asli bir unsurdur.⁹ Parlamenter sistemde hükümetin yasama organı karşısında siyasi sorumluluğu söz konusu olduğundan parlamento içerisinde çoğunluğunu kaybeden bir hükümetin başına muhtemelen gelecek olan şey, gensoru önergesinin kabulü yoluyla düşürülmesi olacaktır. Karşı çoğunluğun güvensizlik oyuyla her zaman düşürülebilmesi ihtimali nedeniyle parlamentarizmde hükümetin böyle bir destek olmasızın ne politikalarını yasa şeklinde gerçekleştirme ne de görevini savunma imkânı olacaktır ki bu çerçevede içerisinde hükümet ve parlamento arasında siyasi bir uyum sağlanmasına yönelik genel bir eğilimin mevcudiyetinin ifade edilmesi gerekmektedir.¹⁰

Hükümet ve parlamento arasındaki yakın ilişkinin açık ve uzlaşmazlığa dönük bir yürütme denetimini oldukça zorlaştırdığı¹¹ görülmektedir. Dolayısıyla parlamentarizmin hükümeti denetlenmesi bakımından önem kazanan yönü muhalefet eliyle yapılan denetimdir.¹² Zira modern parlamenter demokrasilerde siyasi partilerin giderek artan önemine paralel olarak yasama ve yürütme erklerinin iç içe geçmesi gibi denetimi

7 Söz konusu maddenin Almanca özgün metni için bkz. örn.

<http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>, 03.03.2010.

8 Adamovich, K. L., Funk, B. C., Holzinger, G., Österreichisches Staatsrecht: Staatliche Organisation Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Band 2/Österreichisches Staatsrecht, Bernd-Christian Funk, Österreichisches Staatsrecht: Staatliche Organisation, Ludwig Adamovich, Springer, 1998, s. 29.

9 Trossmann, H., "Der Bundestag: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", in Gerhard Leibholz (Editor), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Mohr Siebeck, 1979, pp. 1-304, s. 46.

10 Adamovich, K. L., Funk, B. C., Holzinger, G., op. cit., s. 29.

11 Masing, J., Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte: Art. 44 GG als staatsgerichtetes Kontrollrecht, Band 30/Jus publicum, Mohr Siebeck, 1998, s. 277.

12 Meyer, H., op. cit., s. 144.

anlamsız ve imkânsız kılacak bir durum baş göstermiştir ki buna yönelik çözüm yolu olarak yasama-yürütme ayrılığının iktidar-muhalefet ayrılığı olarak yeniden tanımlanması önerilebilir. Esasen parlamenter demokrasilerde artık yasama ve yürütme arasında değil de hükümet ve parlamento çoğunluğu ile muhalefet arasında bir ayrılığın varlığından söz edilebilir ki bu durumda azınlıktaki parlamento muhalefeti denetim araçlarını kullanamayacaktır.¹³ Aslında parlamenter azınlığın etkili bir şekilde kullanamayacağı denetim yolları ile kast edilen parlamento çoğunluğunun desteğini gereksinen gensoru ve meclis soruşturması gibi çok daha ciddi siyasi ve cezai sonuçlara yol açan denetim yollarıdır. Bu yolların uygulanması parlamento çoğunluğunun kararını gerektirdiği için parlamenter denetimde değer ve etkisini yitirdiğini, buna karşın parlamento azınlığının kullanabileceği denetim araçlarının genel olarak önemini muhafaza ettiğinin¹⁴ ifade edilmesi gerekiyor. Şu halde gerek parlamenter sistem içerisinde parlamento azınlığının kullanabileceği denetim yollarının etki ve değerinin artırılması gerekse de “gölge kabine” kurumunun görev ve yetkileriyle anayasal düzeyde ihdası gibi muhalefetin kurumsal denetim gücünü arttıracak düzenlemelerle kuvvetler ayrılığının bu yeni anlamıyla yeniden yaşama geçirilmesi parlamenter demokrasiler için yaşamsal önem taşımaktadır.

Modern parlamenter demokrasilerde de iktidar ve muhalefet ayrılığı temelindeki kuvvetler ayrılığının bu yeni boyutu kabul görmektedir. Nitekim parlamenter denetimin Federal Anayasa'daki temelini oluşturan mad. 20/II/2, iktidar çoğunluğu ile muhalefet arasındaki zorunlu ayrılığı denetim alanında ortadan kaldırmadığı için,¹⁵ yasama ve yürütme ayrılığı esasında iktidar-muhalefet ayrılığı şeklinde tecelli etmektedir. Federal siyasi yapının da böyle bir tecelliyi desteklediği aşikârdır. Zira muhalefet partilerinin Eyaletlerin çoğunluğunda yönetime gelmeleri durumunda Eyaletler Meclisi'nde de çoğunluğu oluşturacaklarından, Federal Meclis'teki iktidar partisi çoğunluklu yasama organının denetimini yapmaları da mümkün olacaktır.¹⁶ Aynı saptamayı üniter siyasi yapısı nedeniyle

¹³ Feik, R., Öffentliche Verwaltungskommunikation: Öffentlichkeitsarbeit, Aufklärung, Empfehlung, Warnung, Band 148/Forschungen aus Staat und Recht, Springer, 2007, s. 109.

¹⁴ Adamovich, K. L., Funk, B. C., Holzinger, G., op. cit., s. 29.

¹⁵ Meyer, H., op. cit., s. 144.

Türkiye için yapmak mümkün değildir. Oysa Türkiye gibi fren ve denge mekanizmalarını Anayasası'nda yeteri ölçüde gerçekleştirememiş; sivil toplum, demokratik siyasi katılım ve medya gibi parlamento dışı yollarla güçlü bir demokratik denetim geleneği oluşturmayı henüz başaramamış devletlerde kuvvetler ayrılığının bu yeni anlamıyla yeniden tesis edilmesi demokratik rejimin varlığını sürdürebilmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Federal Almanya için ifade etmek gerekirse Federal Meclis ve Eyaletler Meclisi'ne aynı siyasi partilerin hâkim olması durumunda muhalefet ve iktidar ayrılığı üzerinden bir erk kontrolünün zayıflamasına karşın,¹⁷ işte bu parlamento dışı muhalefet kurumları devreye girerek sistemin bir denge ve fren mekanizmasına uygun şekilde çalışmasını güvence altına almaktadırlar.

II. Federal Almanya'daki Parlamento'nun Hükümeti Denetleme Araçlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış

Federal Almanya pozitif anayasa hukukunda hükümeti denetleme araçları çok sayıda olmakla beraber, biz bunlar arasından sadece Federal Meclis içerisinde gerçekleştirilmesi mümkün olan siyasi denetim yollarını inceleyeceğiz.

1. Federal Başbakanın Güven İsteminin Reddi Oyu Yoluyla Hükümetin Düşürülmesi

Federal Anayasa'nın 68. maddesine göre,¹⁸ Federal Başbakanın güven isteminin Federal Meclis üyelerinin çoğunluğu tarafından onay görmemesi durumunda Federal Başbakanın önerisi doğrultusunda Federal Devlet Başkanı 21 gün içerisinde Federal Meclisi feshedebilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte Federal Meclis'in üye çoğunluğu itibarıyla bir Federal Başbakan seçmesi durumundan Federal Devlet Başkanı'nın bu fesih hakkı ortadan kalkacaktır. Hükümete süreklilik kazandırmaya yönelik benzer bir düzenleme 1982 Anayasası'nın 116. maddesinde de öngörülmüştür. Buna göre Bakanlar Kurulu'nun güvenoyu alamaması

¹⁶ Bultmann, P. F., op. cit., s. 87.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Maddenin özgün metni için bkz.

<http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>, 10.03.2010.

veya güvensizlik oyuyla düşürülmesi durumunda, şayet yeni bir Bakanlar Kurulu kurulmadığı veya kurulmasına karşı güvenoyu alamadığı takdirde Cumhurbaşkanı TBMM Başkanına danışıp, seçimleri yenileyebilmektedir. Tıpkı aşağıda kısaca inceleyeceğimiz yapıcı güvensizlik oyu kurumunda olduğu gibi, parlamenter rejime istikrar ve güç kazandırmaya matuf bu usuli düzenlemelere anayasa hukukunun genel teorisinde *rasyonelleştirilmiş parlamentarizm* adı verilmektedir.¹⁹ İkisi de birer rasyonelleştirilmiş parlamentarizm aracı olmasına karşın Türk Anayasası'ndaki düzenlemenin fesih yerine seçimlerin yenilenmesi kurumunu öngörmesinin, ülkenin geçici bir süre de olsa meclissiz kalmaması bakımından amaca çok daha uygun bir içerik taşıdığı ifade edilmesi gerekiyor. Bununla birlikte Türkiye'de böyle bir yola Cumhurbaşkanı'nın başvurması için 45 gün beklenmesini kabul etmek mümkün görünmemektedir. İletişim ve ulaşımın bu kadar geliştiği ve yürütmenin küresel ekonominin dinamik ihtiyaçlarına hızlı bir şekilde cevap vermesi gerektiği bir ortamda 45 gün beklemenin yönetebilen bir demokrasi bakımından ortaya çıkaracağı sorunların iyi analiz edilmesi gerekmektedir. Ayrıca çağdaş parlamenter hükümet sistemlerinde yürütmenin ve yürütme içerisinde de Başbakan'ın güçlendirilmesi eğilimine koşut olarak seçimlerin yenilenmesini önerme yetkisinin Federal Almanya'da olduğu gibi Başbakan'a verilmesi daha isabetli bir tercih olacaktır.

2. Yapıcı Güvensizlik Oyu Yoluyla Hükümetin Düşürülmesi

Yapıcı güvensizlik oyu Federal Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenmektedir.²⁰ Buna göre, üye sayısının çoğunluğuyla ardılıni seçip, Federal Devlet Başkanı'ndan bunun atamasının yapılmasını istemediği sürece, mevcut Federal Şansölye'nin güvensizlik oyuyla Federal Meclis tarafından düşürülmesi söz konusu olamayacaktır.²¹ Federal Anayasa böyle bir durumda, Federal Devlet Başkanı'nın, Federal Meclis'in isteğine uygun şekilde hareket etmek ve yeni seçilene atamak zorunda olduğunu öngörmektedir (mad. 67/D). Ayrıca anayasa hukukunun genel teorisinde

¹⁹ Bkz. Gözler, K., Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitapevi, 14. Baskı, Bursa, 2009, s. 108-109.

²⁰ Korte, K. R., Fröhlich, M., Politik und Regieren in Deutschland: Strukturen, Prozesse, Entscheidungen *Grundkurs Politikwissenschaft, UTB ; 2436*, 2. Auflage, UTB, 2004, s. 52.

²¹ Maddenin özgün Almanca metni için bkz. <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>, 03.03.2010.

değınilen serınleme süresıne tipık bır örneğ oluşturmak üzere, güven-sızlık oyuna ilişkin önerge ile yeni Şansölye seçımı arasında 48 saatlık bır zaman dilımı mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir (67/II).

Bu düzenlemesiyle Federal Anayasa, yenisini seçmeden eskisinin düşmesini önlemek üzerinden Weimar Cumhuriyeti (1919–1933) dönemindeki hükümet istikrarsızlığı sorununa çözüm getirmek istemiş²² ve bunda da önemli ölçüde başarılı olmuştur. Gerçekten de istikrarlı hükümet rejiminin verdiği güçle yönetiminde istikrar ve etkinlik sağlamayı başaran Federal Almanya, Avrupa Birliği'nin siyasi ve ekonomik bakımlardan lokomotif devleti haline gelmiştir. Askeri darbe ve müdahaleler yanında Anayasa Mahkemesi kararlarıyla da sık sık kapatılmaları üzerinden kurumsallaşmasını tamamlamasına izin verilmemiş zayıf siyasi partilere dayalı bir istikrarsız parlamenter hükümet sistemiyle yönetilen Türkiye'nin yapıcı güvensizlik oyu benzeri bir düzenlemeyi kendi Anayasası'na yerleştirmesi isabetli bir tercih olacaktır. Günümüzdeki tek parti iktidarı istisnai bazı koşulların bir araya gelmesiyle oluşmuş, arızı bir dönemdir ve Türkiye'nin tıpkı 1960'lar, 70'ler ve 90'lardaki gibi parçalı bir parlamento kompozisyonundan türeyebilecek müstakbel koalisyonların yönetim sorunlarına karşı anayasa mühendisliği araçlarıyla şimdiden tedbir alması yerinde bir tasarruf olacaktır ki kurmadan yıkmaya izin vermeyen yapısı üzerinden, özellikle güçlü siyasi parti veya partilere dayalı olmayan hükümetlerin sürekliliğini sistemik olarak pekiştiren pozitif karakteriyle yapıcı güvensizlik oyu bu araçlardan birini ve belki de en önemlisini oluşturmaktadır.

3. Meclis Araştırma Komisyonları Yoluyla Hükümetin Denetlenmesi

TBMM'nin araştırma komisyonu kurması bakımından 1982 Anayasası'nda yer alan düzenleme, meclis araştırmasının bir konuda bilgi almak için yapılan bir denetim yolu olduğunu ifade eden 98. maddenin üçüncü fıkrasındaki cümledir. Bu tek satırlık cümle yetersizdir ve aşağıda görüleceği gibi konuyu anayasal ölçekte daha ayrıntılı düzenleyen Federal Almanya Anayasası'ndaki norm Türk hukuku için örnek oluşturacak hacim

²² Bunun için bkz. Ooyen, v. R. C., Politik und Verfassung, VS Verlag, 2006, s. 179.

ve içeriktedir. Nitekim Federal Anayasa'nın 44. maddesi,²³ hükümetin Federal Meclis içerisinde oluşturulacak komisyonlar eliyle denetimini düzenlemektedir. Federal Hükümet'e ihtiyaç duymaksızın, Federal Meclis'in bu komisyonlar yardımıyla ve bağımsız olarak gerçekleri araştırma ve buna ilişkin bilgileri temin etmesi mümkün olduğu için, 44. maddede mevcut bulunan araştırma komisyonları kurma olanağı en keskin parlamenter denetim araçlarından birini oluşturmaktadır.²⁴ Söz konusu maddeye göre (mad. 44/I), Federal Meclis, üyelerinin dörtte birinin önergesi üzerinden artık bir görev haline dönüşmek üzere, kamuya açık müzakerelerle gerekli kanıtları toplayacak komisyonlar oluşturma hakkına sahiptir; kamuya açık olma durumunun aksi kararlaştırılabilir. Meclis araştırma komisyonlarının meclisin görev alanına giren herhangi bir konuda kurulması mümkün olmakla beraber temelde kamusal yaşama ilişkin önemli olaylara ilişkin olan araştırma hakkının,²⁵ doğası gereği, ancak bu özellikteki hususlar için kullanılması isabetli bir yaklaşım olacaktır. Özellikle parlamenter demokratik rejimlerde yürütmenin siyasi açıdan sorumlu kanda olan hükümetin denetlenmesine yönelik olarak araştırma komisyonlarının kurulmasını doğal karşılamak gerekir. Bu bağlamda örneğin belirli bir Bakanlığın yurttaşların sorularına hiç cevap vermemesi veya gecikerek cevap vermesi hususunu açıklığa kavuşturmak için Federal Meclis'in araştırma komisyonu oluşturması pekâlâ mümkündür.²⁶

Federal Anayasa'ya göre, ceza usul hükümlerinin manasına uygun bir şekilde uygulanmasıyla delil toplama işlemi kurulan araştırma komisyonu tarafından gerçekleştirilecek; mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliğine dokunulmayacaktır (mad. 44/II). Karşısında ne suçlayıcı ne de sanık mevcut olduğundan, Ceza Usul Yasası veya Yargı Usul Yasası hükümlerini kelimesi kelimesine değil de anlamına uygun bir şekilde uygulaması imkân dâhilinde olan araştırma komisyonunun; arama,

²³ Maddenin özgün Almanca metni için bkz. örn.

<http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>, 05.03.2010.

²⁴ Bröhmer, J., Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, Band 106/Jus publicum, Mohr Siebeck, 2004, s. 113.

²⁵ Schade, P., Grundgesetz mit Kommentierung, Walhalla Rechtshilfe, 7. Auflage, Walhalla & Praetoria Verlag, 2006, s. 136.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., s. 137.

el koyma veya tutuklama kararı vermesi mümkün değildir.²⁷ Ancak böyle tedbirlerin alınmasını komisyon mahkemeden talep edebilir.²⁸ Ayrıca mahkemelerin ve idari makamların komisyonun denetim çalışmalarına, hem hukuki yardımda bulunması hem de görev yardımı yapması yükümlülüğü mevcut bulunmaktadır (mad. 44/III). Böylece Federal Anayasa'nın 35. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve bütün federal makamlarla Eyaletlerin birbirlerine karşı hukuk ve görev yardımında bulunacağına dair hükmün meclis araştırma komisyonları bakımından da bir hak doğurduğu açıklığa kavuşturulmuştur ki Kiel Savcılığı'nın 1990 İlkbaharında gizli bazı belgeleri "U-Boot Araştırma Komisyonu'nun tasarrufuna bırakmak zorunda kalması, bu bağlamda örnek bir olay olarak ifade edilebilir.²⁹ Bununla birlikte komisyonun sadece olguları tespit etmesi ve değerlendirmesi mümkün olup, olabilecek kötü durumu durdurmak için kendi başına önlem alması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu için söz konusu olamaz.³⁰ Araştırma komisyonlarının kararları yargısal müzakere vasfından yoksun olup, soruşturmanın altında yatan gerçeklerin takdiri ve kararı konusunda mahkemeler serbestçe karar vereceklerdir (mad. 44/IV). Şu halde araştırma komisyonlarının ön karar verme yetkisi mevcut olmadığı gibi, kararlarının mahkemeleri bağlaması da söz konusu değildir.³¹

Gerçi meclis araştırma komisyonlarında partiler güçlerine göre yer işgal edeceklerinden, Federal Hükümeti taşıyan Federal Meclis çoğunluğunun bu komisyonlarda da oyların ağırlığına sahip olacağını ve hükümet çoğunluğunu alenen zor bir duruma düşürme hususunda istekli olmayacağını anlaşılabilir şekilde ileri sürülmesi,³² pekâlâ mümkündür. Bununla birlikte konunun kamuoyunun gündemine taşınarak alenen tartışılması ve bir raporla durum tespiti yapılmasının, demokrasilerdeki kamuoyu denetiminin önemi düşünüldüğünde başlı başına bir değer taşıdığı da ifade edilmesi gerekiyor.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Ibid., s. 136.

31 Ibid, s. 137.

32 Ibid., s. 136

4. Soru Yoluyla Federal Hükümetin Denetlenmesi

Parlamentonun hükümeti denetim yolları arasında yer alan hukuki araçlardan bir diğeri de sorudur. Bir denetim aracı olarak soruya 1982 Anayasası'nın 98. maddesinde değinilmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre *soru*, Bakanlar Kurulu adına cevap verilmesini sağlamak için sözlü veya yazılı olarak Başbakan veya Bakanlardan bilgi talep etmektir. TBMM İçtüzüğü'nde de bu genel ilkeyi açıklayıcı düzenlemelere yer verilmiştir. Oysa soru kurumu sadece Başbakan ve Bakanlardan bilgi istemekle sınırlı değildir ve bu bakımdan Federal Alman hukukunda mevcut bulunan kapsamlı bir denetim yolu olarak sorunun Türkiye bakımından da örnek oluşturduğu ifade edilmelidir.

Öncelikle soru yolunun etkili bir şekilde kullanılabilmesi için Federal Hükümet üyelerinin Meclis'te bulunmalarının sağlanması gerekmektedir ki Federal Anayasa'nın 43. maddesi bunu gerçekleştirmeye yönelik bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre Federal Meclis ve komisyonları, Federal Hükümet üyelerinin parlamento toplantılarında bulunmasını isteme hakkına sahiptir (mad. 43/I). Federal Anayasa'da soruya ilişkin doğrudan herhangi bir düzenlemeye yer vermeyen Federal Almanya Hukuku, konuyu, Federal Meclis İçtüzüğü'nde düzenleme yoluna gitmiştir. İçtüzük'te küçük ve büyük sorular ayrımı yapılmıştır. Küçük soruların yöneltmesi, konu dışı tespit ve değerlendirmeleri içermeyecek ve kısa bir gerekçe eklenebilecek şekilde, belirli bir alana ilişkin hususlarda Federal Hükümet'ten bilgi almak için, Federal Meclis Başkanı'na verilmek suretiyle yapılmaktadır [İçtüzük §104(I)].³³ Federal Meclis'in yüzde beşi oranındaki üye veya fraksiyonların küçük soruda bulunabilme hakları vardır.³⁴ Soru sahibi ile istişarede bulunarak bu sürenin uzatılabilmesi mümkün olmakla beraber, kural olarak küçük soruların 14 gün içerisinde yazılı olarak cevaplanmasını Federal Meclis Başkanı Federal Hükümetten ister [İçtüzük §104(II)]. Küçük sorular için Federal Meclis'te bir tartışma yapılma imkânı yoktur.³⁵ Büyük sorular ise yine

33 İçtüzüğün özgün Almanca metni için bkz. örn. http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/go_btg/index.html, 09.03.2010.

34 Detjen, J., Die Werteordnung des Grundgesetzes, VS Verlag, 2009, s. 286.

35 Althaus, M., Rawe, S., Handlexikon Public Affairs, Cilt 1/Public Affairs und Politikmanagement, Marco Althaus, Michael Geffken, Sven Rawe (Editors), LIT Verlag Berlin-Hamburg-Münster, 2005, s. 71.

yüzde beş oranındaki parlamenterler veya fraksiyonlar tarafından yapılmaktadır.³⁶ Üstelik büyük soruların yöneltmesi yoluyla muhalefet, bir konunun Genel Kurul gündemine alınmasını sağlayarak Federal Meclis'te tartışılmasına olanak sağlamakta, bu tür sorulara cevap ise kural olarak Kabinenin kararıyla verilmektedir.³⁷

Bunlara ilave olarak her bir Federal Meclis üyesinin kısa tekil soruları, yazılı veya sözlük olarak cevaplandırmak üzere Federal Hükümete yöneltmesi de pekâlâ mümkündür (İçtüzük §105). Böylece bireysel bir diyalogla parlamenterlerin hükümet üyelerinden yazılı veya sözlü olarak hesap sormaları mümkün olabilmektedir. Ayrıca güncel kamu yararı ile ilgili konularda da beş dakikalık kısa tartışmalarla [İçtüzük §106 (D)], Federal Meclis üyeleri Federal Hükümet üyelerine eleştiri yöneltebilme imkânına sahiptirler.

Sonuç

Özgürlükçü bir demokratik rejimin performansını ölçmede yararlanacağımız ölçütlerden biri de hiç şüphesiz yöneticilerin siyasi bakımdan da parlamento önünde hesap verebilirlik düzeyidir. Üstelik parlamenter hükümet sistemi gibi hükümetin parlamento karşısında siyasi sorumluluğa sahip olmasının yapısal bir koşul olarak mevcut olduğu rejimlerde bu tür bir hesap verebilirliğin en ileri düzeyde sağlanması önemli bir gerekliliktir. Siyasi partilerin sistem içerisinde artan önemine binaen, özellikle tek parti iktidarları döneminde, parti tüzel kişiliğine hâkim olan liderin şahsında yasama ve yürütme erklerinin cem olduğu bir ortamda artık kuvvetler ayrılığından söz edilemeyeceği açıktır. Oysa demokratik rejimlerin temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi yatmaktadır. Hangi erkte olduğunun önemi olmaksızın kuvvetlerin tek bir organda birleşmesinin, meclis hükümeti, mutlak monarşi veya diktatörlük gibi antidemokratik hükümet sistemlerine yol açacağı her türlü izahtan varestedir.

Parlamenter demokrasilerde yürütmenin yasamanın içerisinde çıkması ve yasama çoğunluğuna hâkim olan siyasi partinin yürütmeye de

³⁶ Federal Meclis İçtüzüğü'nün 100 vd. maddelerinde büyük sorulara ilişkin olarak yer alan hükümlerin özgün metni için bkz. öm.

http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/go_btg/go08.html, 25.03.2010.

³⁷ Althaus, M., Rawe, S., op. cit., s. 71.

hâkim olması nedeniyle klasik anlamıyla kuvvetler ayrılığının önemini yitirdiği görülmektedir. Şu halde bu tür demokrasilerde kuvvetler ayrılığının, yargı bir kenara bırakılacak olursa yasama ve yürütmeden ziyade iktidar ve muhalefet ayrılığı üzerine yeniden tanımlanıp, bina edilmesi gerekmektedir ki örneğin İngiliz Parlamenter Hükümet Sistemi'ndeki gölge kabine kurumunun anayasallaştırılması üzerinden muhalefetin siyasi ve hukuki konumunun cari sistem içerisinde tahkim edilmesi isabetli bir tasarruf olacaktır. Üstelik Türkiye gibi siyasi partilerin kurumsallaşmasını henüz tamamlamadığı, parlamento dışı fren ve denge mekanizmalarının yeterince güçlü olmadığı, otoriter bir siyasi kültürden gelen ülkelerde kuvvetler ayrılığının bu yeni anlamıyla yeniden tesis edilmesi çok daha büyük bir aciliyet arz etmektedir. “Gensoru”, “soru”, “meclis araştırması”, “genel görüşme” ve “meclis soruşturması” gibi sınırlı sayıdaki denetim yollarına bünyesinde yer veren 1982 Anayasası'nın etkin ve istikrarlı parlamenter bir kontrol sistemi getirdiğinden söz etmek mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda Türkiye'de olduğu gibi parlamenter bir hükümet sistemiyle yönetilen Federal Alman Anayasası'nda mevcut olan denetim yollarından yararlanılması isabetli olacaktır. Federal Almanya'nın federal siyasi yapısına ilişkin farklılıklar ihmal edilerek Federal Alman Hukuku'nda mevcut bulunan “Federal Başbakanın güven isteminin reddi oyu yoluyla hükümetin düşürülmesi”, “yapıcı güvensizlik oyu yoluyla hükümetin düşürülmesi”, “meclis araştırma komisyonları yoluyla hükümetin denetlenmesi” ve “soru yoluyla Federal Hükümetin denetlenmesi” gibi erken seçime gitme ve denetim yollarının kabulüyle; Türkiye bakımından da demokratik, yönetebilen, etkin ve istikrarlı bir parlamenter yönetim ortaya çıkarmak mümkün olabilecektir. Türkiye, parlamenter sistemine bu vasıfları kazandıracak reformların bir an önce yapılmasını bekliyor.

Kaynakça

- Adamovich, Karl Ludwig/Funk, Bernd Christian/Holzinger, Gerhart; Österreichisches Staatsrecht: Staatliche Organisation, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Band 2/Österreichisches Staatsrecht, Bernd-Christian Funk, Österreichisches Staatsrecht: Staatliche Organisation, Ludwig Adamovich, Springer, 1998.
- Althaus, Marco/Rawe, Sven; Handlexikon Public Affairs, Cilt 1/Public Affairs und Politikmanagement, Marco Althaus, Michael Geffken, Sven Rawe (Editors), LIT Verlag Berlin-Hamburg-Münster, 2005.
- Bröhmer, Jürgen; Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, Band 106/Jus publicum, Mohr Siebeck, 2004.
- Bultmann, Peter, F.; Öffentliches Recht: Mit Vertiefung im Gewerbe-, Wettbewerbs-, Subventions- und Vergaberecht, 2. Auflage, Springer, 2008.
- Detjen, Joachim; Die Werteordnung des Grundgesetzes, VS Verlag, 2009.
- Gözler, Kemal; Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitapevi, 14. Baskı, Bursa, 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref; Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Khan, Ali, L., A theory of universal democracy: beyond the end of history, volume 44/Developments in international law, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Korte, Karl-Rudolf/Fröhlich, Manuel; Politik und Regieren in Deutschland: Strukturen, Prozesse, Entscheidungen, *Grundkurs Politikwissenschaft, UTB; 2436*, 2. Auflage, UTB, 2004.
- Masing, Johannes; Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte: Art. 44 GG als staatsgerichtetes Kontrollrecht, Band 30/Jus publicum, Mohr Siebeck, 1998.
- Meyer, Hans; "Grundlagen der Parlamentarischen Demokratie", in Hans-Peter Schneider, Wolfgang Zeh (Editors), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: ein Handbuch, Walter de Gruyter, 1989, pp. 117–164.
- Ooyen, van Robert, Chr.; Politik und Verfassung, VS Verlag, 2006.
- Schade, Peter; Grundgesetz mit Kommentierung, Walhalla Rechtshilfe, 7. Auflage, Walhalla & Praetoria Verlag, 2006.
- Trossmann, Hans; "Der Bundestag: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit", in Gerhard Leibholz (Editor), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Mohr Siebeck, 1979, pp. 1–304.

İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçuna Genel Bir Bakış

Av. Zeki Aksoy*

Özet

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A-1 maddesine göre, "sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek" içeriden öğrenenlerin ticareti olarak tanımlanmıştır.

Bu suçla ilgili yasa metninin gelişmiş ülke uygulamaları ve AB normları çerçevesinde yeniden düzenlenmesi gereklidir. Öncelikle bu suçla mücadele açısından herkesin suçun faili olabileceğini kabul etmek doğru olacaktır. Yine bu suçun bir "zarar suçu" olarak değil "tehlike suçu" olarak düzenlenmesi gerekir. Bu suçlarla ilgili soruşturmanın SPK'nın başvuru şartına bağlamak hukuk devletiyle bağdaşmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A-1 maddesi, Sermaye piyasası aracının değerini etkileme, borsada manipülasyon, Sermaye Piyasası Kurulu

Abstract

Insider trading is an offence defined by art. 47/A-1, Securities Exchange Act, as "drawing monetary gain or evading a loss as to disturb the balance among those performing transactions at the capital market, through the use of non-public information that is capable of effecting the market towards the aim of gaining benefit through such information for him/herself or for others".

Regulations regarding this offence should be improved by taking into account comparable practices in more developed legal systems and the framework of EU-provisions. First, it should be amended as to include any person as a possible perpetrator. Another point is the necessity to redesign this offence as an inchoate crime, where the creation of a danger should be sufficient for its completion. Another point of criticism is that under Turkish law, the prosecution of such crimes can only be initiated by a request of the Capital Markets Board. This requirement cannot be regarded as compatible with the rule of law.

Keywords: Insider trading, art. 47/A-1 Securities Exchange Act (Turkish), affecting the value of a capital market instrument, market manipulation, Capital Markets Board

* Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

Giriş

Günümüzde ülkelerin ekonomik kalkınmışlık seviyesi ile sahip oldukları sermaye piyasalarının gelişmişlik seviyesi arasında önemli bir paralellik bulunmaktadır. Örneğin dünyanın en büyük ekonomisi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde sermaye piyasası araçlarına yapılan yatırım tutarı bankalara yatırılan mevduat tutarının yaklaşık 2 katıdır. Dünya borsalarında her gün trilyonlarca dolarlık işlem hacimleri gerçekleştirilmektedir. Bu durum kaçınılmaz olarak sermaye piyasalarının düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Sermaye piyasaların sağlıklı ve güven içinde çalışmasını engelleyen başlıca iki suç tipi ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki insanları kandırarak bir menkul kıymeti almaya veya satmaya sevk etmeye veya menkul kıymetin fiyatını yapay bir seviyede tutmaya yönelik davranışlar olarak tanımlanan manipülasyon, diğeri ise sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkileyecek önemli bilgilere sahip kişilerin bu bilgileri kamuya açıklamadan önce kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmaları olarak özetlenebilecek içeriden öğrenenlerin ticareti, İngilizce tanımıyla “insider trading” suçudur.

Hazırlanmış olan bu çalışmada ülkemizde 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile düzenlenen bu suçlardan “içeriden öğrenenlerin ticareti suçu” ceza hukuku açısından incelemeye konu edilmiştir. Ancak, bu konu incelenmeye başlandığında ülkemizde son derece yaygın olarak işlendiği düşünülen bu suçu detaylı olarak inceleyen bilimsel çalışma ve yayınların son derece az olduğu görülmüştür. Yine bu suçla ilgili olarak ceza alan kişilerin yok denecek kadar az olması¹ da uygulamadaki eksiklikleri ortaya koyan önemli bir gösterge olarak önümüze çıkmıştır. Bu çalışmada bu suçun unsurları ceza hukuku özelinde incelenmeye çalışılmış, görülen eksiklikler ortaya konulmuş ve bunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmeye gayret edilmiştir.

¹ Sermaye Piyasası Kurulu'ndan alınan bilgiye göre, bu suçla ilgili mahkûmiyet kararının bulunduğu sadece 2 dosya bulunmaktadır: Ankara 19. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 97/949 Esas, 97/999 Karar sayılı dosyası ile İstanbul 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/873 Esas, 2009/151 Karar sayılı dosyası.

I. İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Kavramı

İçeriden öğrenenlerin ticareti, bir kimsenin görevi veya yaptığı iş dolayısıyla edindiği, bir sermaye piyasası aracının değerini etkileyecek sırlardan yararlanarak çıkar sağlamasını ifade etmektedir². Sermaye piyasası araçlarının gelecekteki fiyatları konusunda sahip olunan ve henüz kamuya açıklanmamış önemli bilgiler sahibine büyük yarar sağlayabilir. Halbuki sermaye piyasalarının güven, açıklık ve dürüstlük içinde çalışması için bütün yatırımcıların eşit ve doğru şekilde bilgilendirilmesi, bu fırsat eşitliğini bozan fiil ve işlemlerin önlenmesi zorunluluktur³. Bu çerçevede kamunun aydınlatılmasına⁴ ilişkin düzenlemeler yanında sermaye piyasası alanında gerçekleştirilen hukuka aykırı fiillerin önlenmesine yönelik yeni suç tiplerine yer verilmektedir⁵.

Bütün dünya borsalarında içeriden ticaret veya yanlış ve hileli bilgiler sebebiyle birçok skandal yaşanmış ve tasarruf sahipleri büyük zararlara uğramışlardır. Tabiatıyla bu tip olaylar sermaye piyasasına olumsuz etkiler yapmıştır⁶. Nitekim birçok ülke bu konuyu öteden beri düzenleme

-
- 2 Sermaye Piyasası Kanunu madde 47/A1'e göre, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek **İÇERİDEN ÖĞRENENLERİN TİCARETİDİR**.
 - 3 Bu eylemlerin yasaklanmasına karşı çıkan bir kısım görüş sahipleri ise içeriden öğrenenlerin ticaretinin şirket çalışanları ve hakim ortakları için bir nevi ücret veya gelir niteliğinde olduğunu, menkul kıymet borsalarında spekülasyonun, olmazsa olmaz bir unsur olduğunu, içeriden öğrenenlerin aynı zamanda iyi birer spekülâtör olduklarını, spekülasyonların da borsalara canlılık getirdiğini ve sermaye piyasalarının gelişmesine katkıda bulunduğunu, ayrıca içeriden öğrenen şahısların şirkete ait gizli bilgilere bazı özel çalışma ve gayretleri sonucu ulaştıklarını iddia etmektedirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hartman, Joerg; Insider Trading: A Legal And Economic Problem, <http://www.gonzagajil.org/pdf/volume1/Hartmann/Hartmann.pdf> (17.05.2009); Kütükçü, Doğan; Sermaye Piyasası Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2005, s. 432 vd.; Turanboy, Asuman; Insider Mameleleri, Ankara 1990, s. 47 vd.
 - 4 **Kamuyu Aydınlatma:** Sermaye piyasasının açıklık ve dürüstlük içinde işleyişini sağlamak, tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin zamanında bilgilendirilmesini temin etmek amacıyla, sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerin (özel durumların) kamuya açıklanmasıdır. Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İstanbul 2001. Kamuyu Aydınlatma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünal, Oğuz Kürşat; Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999, s. 127 vd.
 - 5 Evik, Ali Hakan; Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara 2004, s. 75 vd.
 - 6 Yasaman, Hamdi; Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 214 vd.

yoluna gitmiştir⁷. İngilizcede “Insider trading” adı verilen içeriden öğrenenlerin ticareti ile ilgili ilk düzenlemeler Amerika’da 1934 tarihli Securities Exchange Act’de yer almış ve daha sonra Amerikan Sermaye Piyasası Kurumu (SEC) ve mahkeme kararları ile bu kavrama gerçek içeriği kazandırılmıştır.⁸

SEC tarafından kabul edilen tanıma göre, “*İnsider muameleleri, başka açık anonim şirketlerde, şirketteki pozisyonu ve görevi sebebiyle bir menkul kıymetin ileride oluşabilecek kur değeri ile ilgili bilgilere sahip olan kişinin, bu bilgileri kamuya açıklamadan önce borsa içi ve dışı alım satımlarda kullanarak kendisine veya başka bir şahıs için menfaat sağlamasıdır*”.

Ülkemizde ise 1980’li yılların başlarında yaşanan bankerler skandalı⁹ sonrasında sermaye piyasalarına çekidüzen verme amacıyla 1981 yılında Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Kanunun ilk şeklinde yer verilmeyen içeriden öğrenenlerin ticareti suçu, 1992 yılında yapılan değişiklikle mevzuatımızdaki yerini almıştır.

II. Suçun Kanuni Tanımı ve Unsurları

A. Suçun Kanuni Tanımı

İçeriden öğrenenlerin ticareti ya da diğer yaygın adıyla “insider trading” suçunun yasal tanımlaması 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A-1 maddesinde yapılmıştır. Buna göre “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri ken-*

⁷ Amerika Birleşik Devletleri 1934 tarihli Securities Exchange Act; Kanada 1970 tarihli Canada Corporations Act; Fransa 1966 tarihli Code des Societes; Almanya 1994 Securities Trading Act.

⁸ Palmiter, Alan R.; Securities Regulation, 2002 New York, s. 315 vd.

⁹ 24 Ocak 1980’de alınan ekonomik kararlar Türkiye’de yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. 24 Ocak kararlarının en önemli sonuçlarından biri kuşkusuz daha sonra skandala dönüşen bankerlik sürecidir. Alınan kararlar başlayan serbest piyasa dönemi ile birlikte peşpeşe açılan bankerlik bürolarının sayıları, 1982’lere gelindiğinde binleri bulmuştur. O dönemde 31 banka, bankerler aracılığıyla mevduat toplamıştır. Ancak 1982 yılına gelindiğinde küçük ölçekteki bankerler birer ikişer batmaya başlamıştır. Bankaların 18 Haziran 1982’de bankerler aracılığıyla mevduat sertifikası satmama kararı alması Bankerler için sonun başlangıcı olmuş ve bankaların aldığı bu karardan sonra hızlı bir çöküş sürecine giren bankerlerin tamamına yakını iflas etmiş ve onbinlerce kişi mağdur olmuştur. Daha detaylı bilgi için bkz.: <http://www.ekonews.com>, (20.05.2009).

¹⁰ 2499 sayılı Kanunun “tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde: “*sermaye piyasası araçları, men-*

disine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek 'içeriden öğrenenlerin ticareti'dir."

B. Suç İle Korunan Hukuki Değer

Suç ile korunan hukuki değer öncelikli olarak bireyler, bireylerin ekonomik çıkar ve yararları ile işlem güvenlikleridir. Tek tek bireylerin yarar ve işlem güvenliğinin korunduğu sermaye piyasaları da toplamda bir bütün olarak ülkenin ekonomik düzenini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu suç ile nihai olarak ülkenin ekonomik düzeni korunmaya çalışılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun genel gerekçesinde ve cezai hükümlerini düzenleyen 47'nci maddesinin hükümet gerekçesinde "sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak" ve "tasarruf sahiplerinin haklarını korumak" amaçları vurgulanmakta ve bu amaçlara ulaşılabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'na "halka arz olunan menkul kıymetlerin tam ve gerçeğe uygun olarak kamuya açıklanmasıyla tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması görevi verilmektedir". Sermaye Piyasası Kanunu'nun "konu ve amaç" başlıklı 1'inci maddesinde; "*Sermaye Piyasası Kanunu'nun konusunun tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadî kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek olduğu*" ifade edilmiştir.

Bu kapsamda, Sermaye Piyasası Kanunu'nun gerekçesinden yola çıkarak, bu suç ile yatırımcılar arasında fırsat eşitliğinin sağlanmaya çalışıldığını, yatırımcılar arasında haksız rekabetin veya kazancın önüne geçilmesinin amaçlandığını ve böylelikle özelde bireylerin ve genelde ülkenin ekonomik düzeninin korunmasının hedeflendiğini söylemek mümkündür.

C. Suçun Konusu ve Unsurları

Yasada tanımlanan bu suçun ortaya çıkabilmesi için;

- Sermaye Piyasası Aracı'nın (**Suçun Konusu**),
- Bu sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek nitelikte kamuya açıklanmamış bir bilginin bulunması (**Suçun Ön Şartı**),
- Görevi veya mesleği gereği bu bilgiye sahip olan kişiler ve/veya bunlarla temasları bulunan kişilerin bulunması (**Suçun Faili**),
- Bu kişilerin menfaat sağlamak amacıyla (**Suçun Manevi Unsuru**),
- Bu bilgiyi kullanması ve neticesinde menfaat temin etmesi (**Suçun Maddi Unsuru**),

gerekmektedir.

Yukarıda sayılan tüm unsurların bir araya gelmesi durumunda suç oluşacaktır.

1. Suçun Konusu: Sermaye Piyasası Aracı

İçeriden öğrenenlerin ticareti suçunun konusu sermaye piyasası araçlarıdır. Sermaye Piyasası araçlarının tanımını kanunda ayrıntılı olarak yapılmıştır.¹⁰ Kanun sermaye piyasası işlemlerine konu olabilecek her türlü yatırım enstrümanını kapsamına almak amacıyla son derece geniş bir tanım yapmıştır. Ancak özellikle ülkemiz sermaye piyasalarında ağırlıklı olarak hisse senetleri ve tahviller işlem görmektedir¹¹. Zaten "Borsa" denince de hemen herkesin aklına "hisse senetleri" gelmektedir¹². İçeriden

menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarıdır: Menkul kıymetler, ortaklık veya alacaklılık sağlayan belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren misli nitelikteki seri halinde çıkan, ibareleri aynı olan ve şartları Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenen kıymetli evraktır. Diğer sermaye piyasası araçları menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen evraktır. Şu kadar ki nutuk için çek, poliçe, bono ve mevduat sertifikaları bundan müstesnadır" şeklinde tanımlanmıştır.

11 İzmir Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası'nın 2007 yılında faaliyete geçmesiyle birlikte yurtdışında çok uzun yıllardır alım-satımına konu olan türev ürünlerde ülkemizde işlem görmeye başlamıştır. Yine uzun yıllardır faaliyet gösteren İstanbul Altın Borsası'nda ise altın ve diğer kıymetleri temsil eden menkul kıymet sertifikaları işlem görmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz.: www.vob.org.tr

12 Halbuki bilinenin aksine İMKB'de Tahvil ve Bono Piyasası'nın işlem hacmi hisse senedi piyasasının işlem hacminin yaklaşık 4 katı büyüklüğündedir. İMKB gelirlerinin büyük çoğunluğu da tahvil-bono piyasası işlemleri üzerinde alınan borsa paylarından oluşmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.: www.imkb.gov.tr

13 Değeri başka bir finansal varlığın veya malın değerine doğrudan bağlı olan finansal araçlar türev

öğrenenlerin ticareti de özellikle “hisse senetleri” üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla suçun konusu kanunda sermaye piyasası araçları olarak çok geniş bir şekilde öngörülmüş olmakla birlikte, ülkemizde özel sektör tahvillerinin ve türev ürünlerinin¹³ yaygın olmadığı, esasen de bu gibi araçların bu suça çok elverişli olmadığı dikkate alındığında, suçun konusunun sadece “hisse senetleri” olabileceğini düşünmek yanlış olmayacaktır.

Amerikan ve İngiliz mevzuatında, insider muamelelerine, bütün menkul kıymetlerin konu teşkil edebileceği belirtilmekle beraber, mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, bu tip muamelelerin genellikle hisse senetleri üzerinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Yine sermaye piyasaları gelişmiş ülkelerde, hisse senetleri yanında, tahviller, özellikle hisse senediyle değiştirilebilir tahviller, katılma ve intifa senetleri de, insider muamelelerine konu olabilmektedir¹⁴.

2. Suçun Ön Şartı: İçsel Bilgi

Edinilen bilginin “içsel bilgi” olabilmesi bir takım özellikleri taşımasına bağlıdır: İçsel bilginin bir kimseye kazanç temin edebilmesi için, menkul kıymetlerin fiyatlarını etkileyebilecek bilgi veya haber vasfında olması gerekmektedir¹⁵. Bilginin yaratacağı sonucun etkili olması hususlarından birisi de, somut olayda söz konusu bilginin piyasada belli bir ağırlığının ve öneminin olup olmadığının belirlenmesidir. İçeriden öğrenenlerce edinilen bilginin “güvenilir” olması ve içeriden öğrenenin “kamuya duyurulmadan önce” bu bilgiyi elde etmesi şarttır. Her bilgi mutlaka “içsel bilgi” vasfında değildir. Bu sebeple, hangi bilgilerin etkin olduğunu tespit etmek öncelik taşımaktadır¹⁶.

araç olarak adlandırılmaktadır. Türev araçlar, dayanak varlığın sahipliğinin el değiştirmesine gerek olmaksızın, bu varlıkla ilgili hak ve yükümlülüklerin ticaretine imkan sağlar. Türev araçlar, riskten korunma, yatırım veya arbitraj amacıyla kullanılabilir. Vadeli işlem (futures) ve opsiyon (options) sözleşmeleri türev araçlar arasındadır. Bunun yanında, forward ve swap sözleşmeleri de türev araçlar grubuna dahildir. Daha detaylı bilgi için bkz.: www.vob.org.tr

¹⁴ Turanboy, s. 47 vd.

¹⁵ Esasen bir çok kimsenin hisse senetleri ile ilgili özel bilgiye sahip olabileceklerini düşündükleri kişilere sıkça sordukları “tüyo var mı?” şeklindeki sorudaki “tüyo” bir anlamda içsel bilgiyi temsil etmektedir.

¹⁶ ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde, bu tip bilgilerin kanunlarda teker teker sayılması (numerus clausus) yerine, bazı prensiplerden hareket edilmesi usulü tercih edilmiştir. ABD, İngiliz, Fransız ve Almanya’da “edinilen bilginin fiyata etkili olması” ile kastedilen şeyin, menkul kıymetlerin fiyatını

Gerçekten de her bilgi bu suça konu olamaz. Bu bilginin, sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek nitelikte olması gerekir¹⁷. Bu da çeşitli şekillerde olabilir. Hisse senedi ihraç eden şirketin bilanço dönemindeki kâr ile ilgili bilgiler, sermaye artırımını ile ilgili bilgiler, şirketin el değiştirmesi ya da bir başka güçlü şirketle birleşmesi ile ilgili bilgiler, şirketin satışlarını yüksek oranda artıracığı sonucunu doğuracağından ihracat ya da satış bağlantıları, şirketin portföyündeki bir başka şirkete ait hisse senetlerini satarak nakde geçeceğine ilişkin bilgiler, bir başka şirketin hedef şirket seçerek hisse operasyonlarıyla ele geçirilmesi kararı ve yatırım kararı gibi bilgiler Türk sermaye piyasasında en çok rastlanan spekülasyon konularıdır¹⁸.

Yabancı birçok ülke düzenlemelerinde olduğu gibi¹⁹ Sermaye Piyasası Kanununda içsel bilgilerin neler olduğu tek tek sayılmamıştır. Netice itibariyle fiyatlar üzerinde etkili olabilecek bilgi ve haberler çok çeşitli olduğu ve bunları tek tek saymanın mümkün olamayacağı dikkate alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu düşünülmektedir.

Kanun içsel bilginin neler olabileceğini tek tek saymamış olmakla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulu'nun çıkarmış olduğu "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nde" içsel bilginin tanımı yapılmış ve hangi haber ile bilgilerin kamuya duyurulması gerektiği ve sorumluların kimler olduğu hususları düzenlenmiştir. Yine söz konusu Tebliğ hükümlerine dayalı olarak SPK tarafından bir rehber²⁰ oluşturulmuş ve bu rehberde içsel bilginin tanımı detaylandırılmış ve hangi bilgilerin bu kapsamda değerlendirilebileceği ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre içsel bilgi, sermaye piyasası aracının değerini ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi-

etkileyebilecek, yani menkul kıymetlerin gelecekteki fiyatlarının ve piyasadaki fiyatının oluşmasına müessir olabilecek malumat olduğudur. Bu bilgiler ise, pek tabii olarak, işletmeyle ilgili olan, işletmenin iktisadi durumunu belirleyen (kazancı, kayıpları, rezervleri, gelişim projeleri v.b.) veya sermaye piyasasının genel durumunu aksettiren bilgilerdir. Turanboy, s. 47 vd.

¹⁷ Avrupa Birliği'nin Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi'ne (2003/6) göre içsel bilginin sermaye piyasası aracının değerini **önemli oranda** etkileyecek nitelikte olması gereklidir.

¹⁸ Çolak, Uğur; Insider Trading Suçu, http://www.yayin.adalet.gov.tr/6_sayi%20i%C3%A7erik/U%C4%9Fur%20%C3%87olak.htm (20.05.2009)

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yasaman s. 213 vd.; Turanboy s. 47 vd.

²⁰ Özel Durumların Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği Çerçevesinde Hazırlanan Özel Durum Açıklamalarına İlişkin Rehber, www.spk.gov.tr

leri ifade eder. Bu tanım göz önüne alındığında **içsel bilgi**:

- a) Somut bir olaya ilişkin,
- b) Makul bir yatırımcının yatırım kararını alırken anlamlı kabul edebileceği,
- c) Kamuya açıklanmamış durumlarla ilgili,
- d) Sermaye piyasası araçlarının alım satımında kullanılması durumunda kullanıcısına bu bilgidен haberi olmayan diğer yatırımcılara nazaran avantaj sağlayabilecek olan,
- e) Kamuya açıklandığı takdirde söz konusu sermaye piyasası aracının değerinde veya yatırımcıların yatırım kararları üzerinde etki yaratabilecek bilgi olarak tanımlanmıştır.

Yine bu rehberе göre bilginin fiyat veya yatırımcı kararları üzerinde etkiye sahip olup olmayacağı aşağıdaki gibi değerlendirilir:

İlk adım böyle bir bilginin tek başına fiyat veya yatırım kararı üzerinde etkili olup olmadığının gözden geçirilmesidir. Bunun için makul bir yatırımcının karar verme anında bilgiyi ne şekilde değerlendireceğinin önceden tahmin edilmesi gerekir. Ele geçirme anlaşmaları, önemli buluşlar, kar dağıtımı, acze düşme tehlikesi, sermayenin arttırılması veya azaltılması vb durumlar buna örnek olabilir. Bu adımı takiben, somut olayın mevcut veya muhtemel sonuçlarının fiyat veya yatırım kararları üzerinde etkisinin olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Söz konusu Tebliğ'de ve Tebliğе dayalı olarak hazırlanan Rehber'de yer alan ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyeceği varsayılan bildirim yükümlülükleri içsel bilginin tespiti açısından önemli bir veri kabul edilebilir. Ancak, söz konusu yükümlülüklerin Tebliğ'le düzenlendiği ve suçların kanuniliği ilkesi çerçevesinde genel düzenleyici idari işlem niteliğindeki bu Tebliğ'de veya Rehber'de yer alan bildirim konu her bilginin doğrudan bu suçun konusunu oluşturmayacağını da unutmamak gerekir.

Gelişmiş ülke örneklerine baktığımızda da içeriden öğrenenlerin ticaretinin genellikle şirket birleşme ve satın alma olaylarında yaşandığı görülmektedir. Büyük ölçekli şirket birleşme ve satın alma işlemlerinde yatırım danışmanlık firmalarından başlayarak, hukuk ve muhasebe firmalarının ve daha birçok kişi veya kuruluşun dâhil olduğu bir süreç yaşanmaktadır²¹. İngiltere Sermaye Piyasası Kurulu'nun²² verilerine göre satın

alma haberlerinin kamuya açıklanmasından önce bu şirketlerin yaklaşık 3/4'ünde olağan dışı fiyat hareketi gözlenmiştir²³.

Öte yandan somut olarak tek bir hisse senediyle ilgili olmamakla birlikte tüm ekonomiyi veya belirli sektörleri ilgilendirebilecek ve doğrudan fiyatlara etki edebilecek nitelikte siyasi, idari ve ekonomik kararlar veya haberler söz konusu olmaktadır. Özellikle henüz ülkemiz gibi, siyasi ve ekonomik istikrarın yeterince sağlanamadığı ülkelerde bu gibi gelişmeler hisse senetleri fiyatları üzerinde son derece etkili olmaktadır. Merkez Bankası'nın faiz kararı, enflasyon ve diğer ekonomik veriler, vergi indirimleri veya sektörel teşviklere yönelik Bakanlar Kurulu kararı, IMF anlaşması v.b. birçok karar veya haber, fiyatlara etkili olabilecek son derece önemli bilgilerdir. Örneğin S&P, Moody's and Fitch gibi uluslararası derecelendirme kuruluşlarının Türkiye'nin ülke notu ile ilgili kararları fiyatlar üzerinde son derece etkili olmaktadır. Bu kararlar açıklanmadan önce bu bilgiye sahip olan kişi veya kurumların bu bilgiyi son derece etkin şekilde kullandıkları, ülke notu açıklaması öncesinde yabancı işlemleri normalin üzerinde artış göstermektedir. Bu da bu bilginin kamuoyuna açıklanmadan önce belirli kurumlar tarafından öğrenildiğini ve ona göre pozisyon alındığını göstermektedir.

SPK tarafından içeriden öğrenenlerin ticareti fiilinin işlendiği gerekçeyle suç duyurusunda bulunun olay sayısı son derece azdır²⁴. Bu suç duyurularının ağırlıklı olarak yabancılara hisse satışı işlemleri ile ilgili olduğu dikkate alındığında, ülkemiz açısından şirket birleşme, satın alma ve yabancıya satış gibi bilgilerin en yaygın içsel bilgiler olduğu anlaşılmaktadır.

İçsel bilgi üzerinde durulması gereken bir diğer konu içsel bilgilerin fiyatlar üzerinde ne kadar etkili olması beklenmelidir. Sermaye Piyasası

²¹ Guardian Gazetesi'nde yer alan Nick Mathiason imzalı makaleye göre sıradan bir devralma (takeover) anlaşmasında 1.000 kişi olaya müdahil olmaktadır. www.guardian.co.uk

²² Financial Services Authority www.fsa.gov.uk

²³ Şirketlerle ilgili önemli haberlerin açıklanmasından önce hisse fiyatlarında yaşanan olağandışı fiyat hareketleri içeriden öğrenenlerin ticaretinin en önemli öncü göstergesidir. Örneğin önemli bir birleşme haberi kamuya duyurulmadan 2-3 gün önceden başlayarak hisse senetlerinden yukarı doğru sert fiyat hareketleri yaşanması bu hissede içeriden öğrenenlerin ticaretinin yapıldığının somut örneğidir. Bu kapsamda, hisse senetleri fiyatlarının önemli haberlerin kamuya açıklanmasından sonra verdiği tepkinin oranlarına bakarak piyasanın ne kadar sağlıklı çalıştığını veya çalışmadığını tespit etmek mümkündür.

²⁴ 2007 Yılı SPK Faaliyet Raporuna göre 2004-2007 yılları arasında içeriden öğrenenlerin suçu kapsamında Cumhuriyet Savcılıklarına yapılan başvuru sayısı toplam 8'dir. www.spk.gov.tr

Kanunu içsel bilginin fiyatları etkileyebilecek nitelikte olmasını yeterli görmüş, bu etkinin büyüklüğü veya oranı konusunda bir kıstas getirmemiştir. Dolayısıyla fiyatlar üzerinde az dahi etkili olsa suçun oluşması açısından yeterli olduğu sonucu çıkarılabilir. Hâlbuki Almanya ve İngiltere başta olmak üzere Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda içsel bilginin fiyatlara önemli derecede etkili olması koşulu getirdiği görülmektedir.

İçsel bilgi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, içeriden öğrenenlerin fiyata etkili bilgi konusunda düşebilecekleri yanılgıdır. İçsel bilginin fiyatlar üzerinde etkili olacağı yönünde yanlış bir varsayım alım veya satım yönünde işlem yapılması durumunda ne olacaktır? Ortada içsel bir bilgi söz konusudur, ancak bu bilgi fiyata etkili nitelikte değildir. Kişi bu konuda bir yanılgı içerisinde değildir. Yanılma, gerçekleşenle tasavvur edilen arasındaki farklılıktır. Yani kişinin dış dünyada gerçekleştirmek istediği ile gerçekleştirdiği aynı değildir. Hukuk düzeni bazı durumlarda bu farklılığa değer tanıyarak failin istediğinden farklı biçimde meydana gelen sonuçtan dolayı faili sorumlu tutmayabilir²⁵. Dolayısıyla bu durumda suç oluşmayacaktır. Kaldı ki, içeriden öğrenenlerin ticareti bir zarar suçu niteliğinde olduğu, bu nedenle fiyata etkili bilgi konusunda bir yanılgının var olduğu bir olayda kişinin menfaat temin etmesi de mümkün olamayacaktır. Çünkü eldeki bilgi fiyatlara etki etmeyecektir. Bu bilgiyle doğrudan bir bağlantı olmaksızın piyasanın genel hareketine bağlı olarak kişinin yaptığı işleminden menfaat temin etmesi durumunda dahi bu sonucu değiştirmeyecek, yine suç oluşmayacaktır.

İçsel bilgi konusunda son olarak vurgulanması gereken bir önemli konu ise belirli kişiler tarafından maksatlı olarak piyasaya yayılan gerçek dışı içsel bilgi konusudur ve maalesef ülkemizde en yaygın olarak görülen bir durumdur. Belirli hisse senetlerinde manipülasyon amacıyla ucuz fiyattan hisse senedi toplayan kişi veya kişiler, öngördükleri miktarda hisse senedini satın alıp bunu istedikleri fiyat seviyesine yükseltmektedirler. Bu kişilerin istedikleri amaca ulaşabilmeleri elindeki hisse senetlerini yüksek fiyattan satmaları zorunludur. İşte bu noktada söz konusu kişiler anılan hisse senedi ile ilgili olarak bu hisse senedi fiyatının çok daha fazla yükseleceği söylentisini yaymakta, bunu yaparken de gerçeğe ilgisi olmayan bir içsel bilginin varlığından bahsetmektedir-

25 Yıldız, Ali Kemal; Türk Ceza Kanunu, 2007 İstanbul, s. 48 vd.

ler. Örneğin şirketle ilgili birleşme, satın alma haberi gibi. Bu gerçek dışı içsel bilgi piyasaya yayılıp, hisse senedine talep yaratılmakta ve sonrasında ellerindeki hisse senetlerini iyiniyetli 3. kişilere satmaktadırlar. Piyasada yaygın deyimiyile “Keriz Silkeleme” olarak tabir edilen bu işlem neticesinde hisse senedinde sert fiyat hareketleri yaşanmakta ve bir çok kişi büyük zararlara uğramaktadır. Üstelik bu tip olaylara bazen bizzat hisse senedi işlem gören şirketin büyük ortakları karışmakta ve şirket adına yaptırıldıkları bazı gerçek dışı özel durum açıklamalarıyla “örneğin yurtdışından bir firma ile ortaklık görüşmelerine başladıkları veya çok büyük bir yatırım planladıkları konusunda” bu çirkin oyunun bir parçası olabilmektedirler. Ancak ortada gerçek anlamda bir içsel bilgi olmadığı için bu tip fiillerin içeriden öğrenenlerin ticareti suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir²⁶.

3. Suçun Faili

Bu suçu işleyebilecekler **(1)** ihraççılar²⁷ ile sermaye piyasası kurumlarının²⁸ veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli **(2)** meslekleri (örneğin avukatlar ya da bağımsız denetçiler) ve görevlerini (Sermaye Piyasası

²⁶ Nitekim bu fiiller Kanun'un 47.A/3. fıkrasına göre “Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler” şeklinde farklı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

²⁷ Sermaye Piyasası Kanununa göre **ihraççı**: Anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dâhil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir. Suçla ilgili kanun metninde suçun faillerinin 11 madde kapsamındaki ihraççılar olabileceği belirtilmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun “ihraççılara ve halka açık anonim ortaklıklara ilişkin ortak hükümler” başlıklı bölümde yer alan 11. maddesine baktığımızda ise bu maddenin halka açık anonim ortaklıklar ile ilgili olduğu görülmektedir. İçeriden öğrenenlerin ticareti suçunun esas olarak halka açık şirketlerle ve bunların borsada işlem gören hisse senetleri ile ilgili olduğu dikkate alındığında kanun koyucunun doğrudan “halka açık anonim ortaklıkların” ibaresini kullanmak yerine “11'inci madde kapsamındaki ihraççılar” ibaresini kullandığını anlamak mümkün değildir. 11'inci madde kapsamındaki ihraççılar deyiminin sadece halka açık anonim şirketleri mi kapsadığı, yoksa diğer ihraççılarında bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda ortaya çıkabilecek tereddütleri de önlemek açısından doğrudan “halka açık anonim ortaklıklar” ibaresinin kullanılması kanımızca daha doğru olacaktır. Hatta her halka açık şirketin hisse senetlerinin borsalarda işlem görmediği, hâlbuki içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun hisse senetleri borsalarda işlem gören şirketlerle ilgili olabileceği dikkate alınarak “hisse senetleri borsaya kote olmuş halka açık anonim ortaklıklar” ibaresinin kullanılması da düşünülebilir.

Kurulu, uzmanları ya da aracı kurum çalışanları yerine getirmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlar ve (3) ilk iki grupta belirtilen kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumda olanlardır.

Bir sermaye piyasası kurumu olarak özellikle aracı kurumlar, bağımsız denetim kuruluşları, yatırım danışmanlığı ve portföy yönetim kuruluşları, diğer sermaye piyasası kurumları ile karşılaştırıldığında faaliyetleri dolayısıyla bilgiye ulaşma açısından daha avantajlı durumdadırlar. İçeriden öğrenenlerin suçunu işleyenler olarak sayılan bu kişiler, önemli bilgilere ulaşma olasılığı yüksek olanlar ile bu kişilerle temasta bulunanlardır. Görüldüğü üzere Türk Hukukunda “ortaklar” içeriden öğrenenlerin ticareti suçunu işleyebilecek kişiler arasında sayılmamıştır²⁹.

Ülkemizde halka açık anonim şirketlerin genelde aile şirketi (patron şirketi) hüviyetini devam ettirdiği ve ister yönetici konumunda olsun, ister olmasın bu kişilerin şirketleri yönettiği bilinmektedir. Dolayısıyla içeriden öğrenenlerin ticaretine konu olabilecek bilgilere ilk sahip olabilecek konumda olan kişiler hâkim ortaklar olacaktır. Bu nedenle kanun metninde bu suçu işleyebilecekler arasında “ortakların” en azından şirketin yönetim ve denetimini elinde bulunduran ve asgari bir sermaye payına sahip “hâkim ortakların” sayılmamış olması büyük bir eksiklik tir.

Burada ortaya çıkan diğer önemli problem, kanun metninde belirtilen ve görevleri meslekleri gereği önemli bilgilere sahip olan kişilerle temasları nedeniyle elde ettiği içsel bilginin başka kişilerle paylaşılması ve bu kişilerinde bu bilgiyi kullanması halinde durum ne olacaktır. Örneğin yakın bir arkadaşınız büyük bir holdingde üst düzey yöneticisi olarak çalışan bir kişiden edindiği ve sonrasında sizinle paylaştığı bilgiyi kullanıp menfaat temin etmeniz durumunda suç oluşacak mıdır? Kanun metnine baktığımızda içsel bilgine sahip olabilecek kişilerin (1. derece

28 Sermaye Piyasası Kanunu'nun 37. maddesinde “Sermaye Piyasası Kurumları”:

- a) Aracı Kurumlar,
- b) Yatırım Ortaklıkları,
- c) Yatırım Fonları,
- d) Sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar olarak sıralanmıştır.

29 Manavgat, Çağlar; Türk Hukukunda “İçeriden Öğrenen” Kavramı, Batider C. XIX Sayı 4. S. 175 vd.

içeriden öğrenenler) ve bu kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak temasları nedeniyle bilgi sahibi olabilecek kişilerin (2. derece içeriden öğrenenler) bu suçun faili olabileceği anlaşılmaktadır. Yukarıdaki örnekten yola çıkarak içsel bilgine ikinci dereceden sahip olan kişilerle bağlantıları nedeniyle bu bilgiye sahip olup, bu fiili işleyenler açısından (3. derece içeriden öğrenenler) bu suçun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü kanunda yer alan “dolaylı” kavramının 3. derece içeriden öğrenen olarak tanımlayabileceğimiz kişileri kapsamayacağı, çünkü bu kişilerin kanun metninde belirtilen 1. derece içeriden öğrenenler ile bir temasının olmadığı, bu şekildeki genişletici bir yorumun kanuna aykırı olacağı düşünülmektedir³⁰.

Kanun koyucunun burada bilinçli bir tercih yaptığı, bu suçla korunmak istenen hukuki yarar açısından baktığımızda esasen birinci ve ikinci derece içeriden öğrenenlerin şirkete ve diğer ortaklara karşı taşıdıkları güven sorumluluğunu ve itimadı çiğneyerek sermaye piyasalarındaki işlem güvenilirliğini tehlikeye attığı, hâlbuki 3. derece içeriden öğrenenlerin ne şirkete ne de diğer ortaklara karşı herhangi bir hukuki veya ahlaki yükümlülüğünün olmadığı düşüncesinden yola çıkarak 3. derece içeriden öğrenenleri fail kapsamına almadığı düşünülebilir³¹. Ancak 2. ve 3. derece içeriden öğrenenler arasında bir menfaat birlikteliğinin bulunduğu, örneğin 2. derece içeriden öğrenenin bu bilgiyi, 3. derece içeriden öğrenenin ise parasını ortaya koymak suretiyle elde ettikleri menfaati paylaşmaları durumunda 3. derece içeriden öğrenenin iştirak hükümleri kapsamında cezalandırılması mümkündür.

Son olarak tamamen tesadüfen -örneğin taksi şoförünün müşterisinin yaptığı telefon konuşmasına kulak misafiri olması; restuarantta yemek yiyen şirket yöneticilerinin konuşmalarının yan masada oturan kişilerce

³⁰ Amerikan Hukukunda da, şirket idarecileri ve memurları yaptıkları muamelelerden dolayı hem şirkete, hem de ortaklara karşı “fiduciary duty” teorisine göre mesul tutulmaktadırlar. Bir insider’ın, üçüncü şahsa şirkete ait gizli bilgisini vermesi şirkete ve hissedarlarına karşı bu yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Daha da ötede insider’ın bilgi verdiği şahıs da, insider’ın bu görevi ihmal etmesiyle, bu ihlale iştirak etmiş olmaktadır. Turanboy, s. 100.

³¹ İngiltere ve Avustralya mevzuatı bu konuda herhangi bir ayırım gözetmeksizin içsel bilgiye sahip olan herkesin bu suçun faili olabileceğini düzenlemektedir. Detaylı bilgi için bkz.: Steinberg, Marc I.; Insider Trading A Comparative Perspective, <http://imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/steinb.pdf> (20.05.2009).

duyulması gibi- içsel bilgine sahip olan şahsın bu suçun faili olamayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu şahısların kanunun öngördüğü anlamda doğrudan veya dolaylı temasları nedeniyle bu bilgilere ulaştıklarını kabul etmek mümkün değildir³².

4. Suçun Mağduru

Suçla korunan hukuki değerden yola çıkarak bu suçun mağdurlarının içeriden öğrenenlerle işlem yapan yatırımcılar, suça konu sermaye piyasası araçlarını ihraç eden şirketler, bu şirketin ortakları olarak belirlemek mümkündür. Ayrıca ülkenin ekonomik düzenine verdiği zarar sebebiyle de genel anlamda kamu bu suçun mağdurudur.

5. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru içsel bilgi kullanılarak sermaye piyasası araçlarının alım-satımıdır. Yukarıda belirtildiği üzere içsel bilgi açısından 2 ön şart söz konusudur: bu şartlarda bu içsel bilginin sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek nitelikte olması ve henüz kamuya açıklanmamış olması gereklidir. Bu suçun tamamlanması için içsel bilgi kullanılarak sermaye piyasası aracının alım-satımını yapmak yeterli olmayıp, bu işlemler neticesinde bir menfaat temin edilmesi gereklidir.

Dolayısıyla içeriden öğrenenlerin ticareti “zarar suçu” görünümündedir. İçeriden öğrenenin içsel bilgiyi kullanmasına rağmen herhangi bir menfaat temin edememesi durumunda bu suçun oluşmayacağını (teşebbüs durumu hariç) kabul etmek gerekecektir. Hâlbuki bu suç ile korunan hukuki menfaat açısından değerlendirildiğinde, içsel bilginin huku-

³² Chiarella v. United States davasına konu teşkil eden olayda, Pandick Press Şirketinin bazı evraklarını basan Mr. Chiarella, baskı esnasında onun, diğer bir şirketin hisse senetlerini piyasadan toplayacağını (tender offer) öğrenmiştir. Bu yolla ele geçirilecek şirketin hisse senetlerini düşük fiyatla piyasadan toplamış, tender offer'ın kamuya ilanından sonra, bu senetlerin fiyatının artmasından sonra satıp büyük karlar elde etmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin bu olayla ilgili kararında, Mr. Chiarella ile hisse senetleri piyasadan toplanmak suretiyle ele geçirilen şirket arasında itimat veya benzeri bir güven ilişkisinin varlığı aranmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, Mr. Chiarella ile hedef şirket ve hissedarları arasında itimattan kaynaklanan bir yükümlülük veya güven ya da itimada dayanan bir ilişki yoktur. Mahkeme bu kıstastan hareketle, Mr. Chiarella'nın şirkete ait iç bilgiyi kullanarak, piyasadan tender offer'a konu olacak şirketin hisse senetlerini toplaması sonucunda büyük miktarda kar elde etse bile mesul tutulamayacağına karar vermiştir. Turanboy, s. 102.

ka aykırı olarak kullanılması başlı başına bireylerin ve genel olarak kamu düzenini bozulmasına sebep olacak niteliktedir. Bu nedenle menfaat elde etme koşulu aranmaksızın içsel bilginin kullanılması fiilinin tek başına cezalandırılması ve bu suçun bir tehlike suçu olarak düzenlenmesi kanımızca daha doğru olacaktır.

Mevcut haliyle bir zarar suçu görünümünde olan bu suç açısından önemli bir husus elde edilecek menfaatin nasıl ve ne zaman tespit edileceği konusudur. Kanımızca içsel bilgi kamuya açıklandıktan sonra hisse fiyatları üzerinde yarattığı etkiye bakarak bunu tespit etmek gerekecektir. Bu tespit yapılırken hisse senetleri endeksinin bütününde yaşanan genel yükseliş veya düşüşlerin etkisi ayrıştırılmalıdır. Örneğin içsel bilginin kamuya açıklandığı gün hisse fiyatı %10 artmış, genel endeks ise sadece %1 oranında değer kazanmıştır. Burada bir menfaat oluştuğunu söylemek mümkündür. Buna karşın aynı gün genel endeksin %10 veya daha fazla yükseldiği bir piyasada menfaat temin edilip edilmediğini tespit etmek son derece güç olacaktır.

Bu noktada ortaya çıkan diğer bir soru ise bu suçun oluşması için gerekli olan menfaat temininin ne zaman oluşmuş sayılacağı sorunudur. Örneğin içsel bilgi kamuya açıklanmış ve hisse fiyatları aynı gün %20 oranında değer kazanmıştır. İçeriden öğrenenin gün sonunda satış yaparak karını realize etmesi durumunda elde edilen menfaat açıkça ortada olacaktır. Ancak aynı kişi bu yükselişe rağmen hisseleri satmayıp tutmaya devam ederse durum ne olacaktır? Veya ertesi günlerde piyasanın kötü gidişatına bağlı olarak hisse fiyatı düşerse, hatta içeriden öğrenenin aldığı fiyatın dahi altına gelirse ne olacaktır? Bu ihtimallerin tamamı borsaalarda yaşanması muhtemel gelişmelerdir. Kanımızca menfaat temin elde koşulunun tespiti açısından içsel bilginin kamuya açıklanması sonrasında bilginin niteliğine göre hisse senedi fiyatı artış veya azalış yönünde hareket edecek ve sonrasında bir denge fiyatına ulaşacaktır. İşte içsel bilginin kamuya açıklanması sonrasında oluşacak denge fiyatına bakarak menfaat elde etme koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek gerekecektir. Şayet içeriden öğrenen lehine bir durum oluşmuş ise hisselerin tekrardan alınıp-satılmasını beklemeksizin menfaat elde etme koşulunun gerçekleştiğini söylemek mümkün olabilir. Aksine bir yorum bu suçun oluşması için içeriden öğrenenin tekrar alım-satımı şar-

tına bağlamak bu suçun oluşumunu failin yatırım karar ve tercihlerine bırakacaktır.

Son olarak, içsel bilgiye dayalı işlem neticesinde kişi kar elde edemediği, hatta zarar olduğu, buna karşın bu bilgiye sahip olmayanların çok daha fazla zarar ettiği durumda menfaat temin koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek gerekir. Örneğin içsel bilgi açıklandıktan sonra hisse senedi fiyatının çok hızla yükselmesi beklenirken, genel endeks %10 ve üzeri çok sert bir düşüşle açılmıştır. Endekste ki sert düşüş nedeniyle de içsel bilgiye konu hisse senedi fiyatı yükselmemiş hatta %1-2 gibi değer kaybetmiştir. Kişi bu durumda kar elde edememiştir ama içsel bilgi nedeniyle genel ortalamanın altında zarar etmiştir. Yani içsel bilgi çok daha fazla zarar elde etmesini engellemiştir. Kanımızca bu durumda kişi işlem öncesindeki durumuna göre daha iyi bir konumda olmadığı için menfaat elde etme koşulunun gerçekleşmediği ve sadece teşebbüs hükümlerinin uygulanması düşünülmelidir. Ortaya çıkabilecek tüm bu karışık ihtimaller, menfaat elde etme koşulunun kaldırılarak bu suçun esasen bir tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi destekler niteliktedir.

6. Teşebbüs

Bu suç bir zarar suçudur. İçsel bilgiye dayalı işlem neticesinde menfaat elde edilmesi ile suç meydana gelir. Bu kapsamda içsel bilgiye dayalı olarak işlemin yapıldığı, ancak olağandışı gelişmeler nedeniyle menfaatin temin edilemediği durumda teşebbüsten söz etmek mümkündür.

Örneğin içsel bilgiye dayalı hisse alım işlemi yapılmış ve bu bilgi daha sonra kamuya duyurulmuştur. Bu bilgi sonrasında hisse senedinde yükseliş beklenir iken depresyon, savaş v.s. nedenlerle piyasada ciddi bir çöküş yaşanmış ve tüm hisse senetleri değer kaybetmiştir. Bu durumda failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığını, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığını (menfaat temin edemediğini) kabul etmek gerekir.

Yine içsel bilgiye dayalı olarak işlem yapılması yönünde verilen emrin hisse senedinde yeterli satış emrinin bulunmaması, hisse senedinin

işlem sıralarının kapatılması v.s gibi failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmediği, yani emrin işleme dönüşmediği durumlarda da teşebbüsün olduğu kabul edilmelidir.

7. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç kasten işlenebilecek bir suçtur. Failde bulunması gereken kastı iki aşamada değerlendirmek mümkündür. Birinci aşamada fail sermaye piyasası aracının değerine etki edecek ve henüz kamuya açıklanmamış bir bilgiye sahip olduğunu bilmeli; ikinci aşamada ise söz konusu bilginin kullanımı neticesinde menfaat temin etmeyi amaçlamış olmalıdır.

8. Suçun Yaptırımı

Bu suçun yaptırımı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezasıdır. Ancak bu suç nedeniyle verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamayacaktır.

5237 sayılı TCK, kanundaki genel hükümlerin bütün özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar hakkında mutlak olarak uygulanacağını kabul etmiştir³³. Bu Kanunun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de “adli para cezası” kurumuna ilişkindir. 5237 sayılı TCK’da, cürüm ve kabahat ayırımına son verilmesinin bir sonucu olarak, 765 sayılı TCK’da yer alan ağır para cezası ve hafif para cezası ayırımına yer vermemiştir. “Adli para cezası” konusunda ise, “gün para cezası” sistemini benimsemiştir³⁴.

TCK’nın nispi para cezası uygulamasına yer vermediği³⁵, bu kapsamda özel ceza kanunlarında yer alan ve nispi para cezası içeren hükümlerin bundan nasıl etkileneceğini değerlendirmek gerekecektir. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47. maddesinde de sermaye piyasası suçlarının bir bölümü için nispi para cezası öngörülmektedir. 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra 5728 sayılı Temel Ceza Kanunları-

³³ Ayrıntı için lütfen bkz.: Yıldız, s. 9 vd.

³⁴ Yıldız, s. 140.

³⁵ 5237 sayılı TCK’da daha sonra yapılan değişikliklerle dolandırıcılık suçu açısından nispi para uygulamasına geri dönmüştür. Bu anlamda 5237 sayılı TCK’nın nispi para cezası uygulamasını tümüyle terk ettiğini söylemek mümkün değildir.

na Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kapsamında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. Maddesi yeniden düzenlenmiş ve nispi para cezası uygulaması aynen korunmuştur. Dolayısıyla içeriden öğrenenlerin suçu ile ilgili olarak nispi para cezası uygulamasına devam edilecektir.

IV. Uygulanacak Usul Hükümleri

A. Görevli Mahkeme

Görev hususu Sermaye Piyasası Kanununda düzenlenmediğinden, sermaye piyasası suçlarına hangi mahkemenin bakacağını tespit edebilmek için genel hükümlere başvurmak gerekmektedir. Bu nedenle bahse konu suç bakımından genel hükümler uygulama alanı bulacak olup, Asliye Ceza Mahkemeleri bu suçta bakmakla görevli olacaktır.

B. Özel Soruşturma Usulü

Sermaye Piyasası Kanunu madde 49'a göre 47. maddede yazılı suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda müdahil sıfatını kazanır. Cumhuriyet savcıları kovuşturmayaya yer olmadığına karar verirlerse, Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir. Son olarak, Sermaye Piyasası Kanununa aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet Savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler. Öztürk'e göre Sermaye Piyasası Kanunu m. 49'da öngörülen "başvuru" bir dava şartıdır. Buna göre, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan suçların takibi, kural olarak, Kurulun yazılı başvurusuna bağlıdır. Bu olmadan kamu davasının açılması, kural olarak, olanaksızdır. Kurulun başvurusu şikâyet değil talep dava şartı olarak nitelenmelidir³⁶.

Kanunun açık düzenlemesi karşısında bu suçun soruşturulması için SPK'nın başvurusunun zorunlu olduğu, böyle bir başvuru olmaksızın Cumhuriyet Savcılarının re'sen soruşturma başlatamayacağı düşünülebilir. Ancak bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle, Anayasa'nın Yargı

36 Öztürk, Bahri; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s. 92 vd.

yetkisini düzenleyen ve bu yetkinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin 9. maddesiyle ne kadar bağdaştığını düşünmek gerekir. SPK netice itibariyle yürütmenin içerisinde yer alan ve idari vesayet çerçevesinde siyasi otoriteye bağlı bir kurumdur. Bu çerçevede bir suçla ilgili olarak soruşturma açılıp açılmama kararını tümüyle idari bir otoriteye bırakmak ve bu konuda idari otoritenin verdiği kararı Yargı denetimi dışında çıkarmak kesinlikle düşünülemez.

Kanun metninde Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet Savcılarının, Kurul'u haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilecekleri hükme bağlanmış olmakla birlikte, Kurul'un bu inceleme sonucunda soruşturma yapılmasına gerek görmemesi halinde Savcılık ne yapacaktır? Şayet SPK'nın bu kararına rağmen Savcılık olayda bir suç olduğunu düşünüyor ise sırf idari bir inceleme veya karar nedeniyle bu suç yaptırımsız mı kalacaktır? Kanımızca böyle bir durumda SPK'nın aksi yöndeki kararına rağmen Anayasa'nın 9. maddesi çerçevesinde savcılığın soruşturmaya başlaması ve gerek görürse davayı açması gerekir. Bu durumda da ilgili mahkemenin konuyu Anayasa hükümlerini de dikkate almak suretiyle çözüme kavuşturması, örneğin anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi'ne taşınması doğru bir yaklaşım gibi görünmektedir.

Sonuç

Sermaye piyasalarının gelişim güçlenmesi açısından içeriden öğrenenlerin ticareti ile etkin şekilde mücadele edilmesi bir zorunluluktur. Ancak içeriden öğrenenlerin ticaret suçunun ispatı son derece güçtür. Çünkü suça konu işlemler hisse senedi alım-satım işlemleridir ve tümüyle yasaldir. Klasik suç tiplerinde olduğu gibi bu gibi fiilin işlenmesi sonrasında geriye silah, kurşun, bıçak veya fiziki delil kalmamaktadır. Bu suçtan geriye kalan içsel bilginin kamuya açıklanmasından önce yapılan hisse senedi alım-satım işlemi, içsel bilgi kamuya açıklandıktan sonra genelde daha yüksek fiyatlarla yapılan alım-satım işlemi bulunmaktadır. Bu işlemin arkasındaki hukuka aykırılığı ortaya koymak, özellikle bunu delillendirmek zordur ama imkânsız değildir.

Bu suçla ilgili mücadele de SPK'ya çok önemli görevler düşmektedir. Bu suçun konusunu oluşturan içsel bilgilerin kamuya zamanında duyul-

rulması yönünde alınacak tedbirlerle, bu suçun altyapısı zayıflatılabilir. Bu suçla ilgili mücadele de alınacak en önemli önleyici tedbir kamunun hızlı ve eşit şekilde aydınlatılmasının koşullarını sağlamaktır.

İkinci olarak bu suçun tespitine yönelik önlemlerin etkin ve hızlı şekilde alınması zorunluluğudur. İçsel bilgilerin kamuya açıklanmasından sonra hisse senedinin verdiği tepkiye bakarak, içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun öncü verilerine ulaşmak mümkündür. Örneğin içsel bilgi kamuya açıklanmadan 3-4 gün öncesinden başlayarak hisse senedinde çok sert fiyat hareketleri oluşmaktadır. Bu durumda hisse senedinde içeriden öğrenenlerin ticaretinin yapıldığının somut bir kanıtıdır. Ülkemizde maalesef bu suç son derece yaygın olarak işlenmektedir. Bu suçun yaygın olarak işlendiği herkesçe kabul edilmesine karşın son 4 yılda SPK'nın bu suçla ilgili Savcılıklara yaptığı başvuru sayısı sadece 8'dir. Üstelik bu suçtan dolayı ülkemizde kesinleşmiş ceza alan kişi sayısı sadece 2'dir. Bu da SPK'nın tüm iyiniyetli çabalarına rağmen gerek suçun önlenmesine yönelik etkili tedbirlerin alınmadığını, gerekse de suç işlendikten sonra bunun yaptırımı bağlanmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Ancak bu suçla etkili mücadelenin sadece SPK'nın sorumluluğunda olmadığını ve başta yargı organları, borsalar, meslek kuruluşları ve basın yayın organları olmak üzere birçok kişi ve kuruma görevler düştüğünü belirtmek gerekir.

Son olarak bu suçla ilgili yasa metninin gelişmiş ülke uygulamaları ve AB normları çerçevesinde yeniden düzenlenmesi gereğidir. Bu çerçevede öncelikle bu suçla mücadele açısından herkesin bu suçun faili olabileceğini kabul etmek daha doğru olacaktır. İster 3. derece içeriden öğrenen olsun, ister tesadüfen öğrenmiş olsun içsel bir bilgiye sahip olan kişi, bu bilgiyi kullandığında bu suçun faili olabilmelidir. Yine bu suçun bir "zarar suçu" olarak değil "tehlike suçu" olarak düzenlenmesi diğer bir önemli gerekliliktir. Bunun haricinde bu suçlarla ilgili soruşturmanın başlatılabilmesinin SPK'nın başvuru şartına bağlamak hukuk devletiyle bağdaşmayan son derece yanlış bir uygulamalıdır. Bu şekilde Cumhuriyet Savcılıkları bu suçlarla mücadele açısından herhangi bir sorumluluk ve görev üstlenmemektedir. Adeta bu konuda nasıl olsa SPK var, bizim bir şey yapmamıza gerek yok düşüncesine zemin hazırlanmaktadır. Hâl-buki SPK'nın tek başına bu suçla baş edemeyeceği açıktır.

Kaynakça

- Çolak, Uğur; Insider Trading Suçu, <http://www.yavin.adalet.gov.tr>
- Erman, Sahir; Bankacılık Suçları Ticari Ceza Hukuku – V, İstanbul 1984.
- Evik, Ali Hakan; Aldatıcı Hareketler Yapma(Manipulasyon) Suçları, Seçkin, Ankara, 2004.
- Hartmann, Joerg; Insider Trading: A Legal And Economic Problem, <http://www.gonzagajil.org/pdf/volume1/Hartmann/Hartmann.pdf>.
- Kütükçü, Doğan; Sermaye Piyasası Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2005.
- Manavgat, Çağlar; Türk Hukukunda İçeriden Öğrenen Kavramı, Batider C. XIX Sayı 4.
- Öztürk, Bahri; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.
- Palmiter, Alan R.; Securities Regulation, New York 2002.
- Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu; İstanbul 2001.
- Turanboy, Asuman; Insider Muameleleri, Ankara 1990.
- Ünal, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999
- Yıldız, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007.
- Yanlı, Veliye; Halka Açık Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005.
- Yasaman, Hamdi; Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992.

Görevi Kötüye Kullanma Suçunun İcrai Hareketle İşlenmesi (TCK md. 257/1)

Av. Ahmet Can Alacakaptan*

Özet

Bu makalede, görevi kötüye kullanma suçuna öncelikle genel olarak değinilecek, suçun hukuki niteliği ve korunan hukuksal değer açıklandıktan sonra kimlerin fail olabileceği konusu işlenecek, suçun objektif cezalandırılabilme şartları olan görevinin gereklerine aykırı hareket, kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına neden olma, kişilere haksız kazanç sağlama ve eylemle sonuç arasındaki nedensellik bağı incelendikten sonra suçun manevi unsuru ve özel gerçekleşme şekilleri incelenecektir. Suçun kovuşturulması, yaptırımı ve zamanaşımıyla beraber görevli mahkeme de makalenin son kısmında açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. md. 257), Kamu Görevlisi, Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma, Kamunun Zararına Neden Olma, Kişilere Haksız Kazanç Sağlama

Abstract

After a general introduction of the offence of misconduct in office, this article examines the legal characteristics of and the legal interest protected by the provisions regarding this type of offence. Other topics within the framework of this article include the criminal conduct, the perpetrator, objective conditions of the criminal responsibility (misconduct, leading to grievance of an individual, to a public damage, or to illicit profits of persons), nexus of causality between the criminal conduct and the damage, *mens rea*, attempt and complicity. Under the last part of the article, special rules on the prosecution of this crime, as well as its punishment and the applicability of the statute of limitations shall be explained.

Keywords: Misconduct in office (art. 257 Turkish Penal Code), public official, leading to grievance of individuals, public damage, illicit profit of persons.

* İstanbul Barosu, avukat.

A. Genel Açıklamalar

5237 s. TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde yer alan 257. maddede görevi kötüye kullanma suçu şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

257. maddede düzenlenen suç tipi, 765 sayılı ETCK'nın 240. maddesinde yer alan "görevi kötüye kullanma", 230. maddesinde yer alan "görevi ihmal", 228. maddesinde yer alan "kişilere karşı keyfi ve sert muamele" ve 212/1. madde ve fıkrasında yer alan "basit rüşvet alma" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır¹. Bu hükümle 5237 sayılı TCK'nun genel yapısına uygun olarak birkaç suç birleştirilmiş ve gerekli yerlerde sadeleştirmeler yapılarak sayılan suçlar tek bir madde altında toplanmıştır. Böylelikle 765 s. TCK yürürlükteyken söz konusu suçların ayırımı (örneğin, görevi kötüye kullanma ile kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçlarının ayırımı) konusunda ortaya çıkan tereddütler büyük oranda giderilmiştir².

Suçun konusu üzerindeki etkisi itibariyle, suçlar, tehlike suçu ve zarar suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Zarar suçlarında, bizatihi haksızlık

¹ Parlar Ali / Hatipoğlu Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt, Seçkin Yay., 2. Baskı, 2008, s. 3620.
² Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner; TCK Şerhi Özel Hükümler 5. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan 2009, s. 5014.

teşkil eden fiilin işlenmesi sonucunda bir zarar meydana gelmektedir³. Tehlike suçlarında ise, zararın doğma ihtimalinin bulunması cezalandırılmaktadır. 765 s. TCK'da tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, 5237 s. TCK'nın yürürlüğe girmesiyle zarar suçu olarak karşımıza çıkmıştır. Nitekim suçun oluşması için objektif cezalandırılabilme şartlarının aranıyor oluşu bunun kanıtıdır.

1. Suçun Hukuki Niteliği

TCK'nın Görevi Kötüye Kullanma başlıklı 257. maddesinin ilk iki fıkrası *“kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...”* şeklinde başlamaktadır. Buna göre kanundaki diğer maddelerin kapsamına giren bir suç varsa o maddeler devreye girecek; aksi halde tamamlayıcı hüküm olan 257. maddeden hüküm kurulması söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle görevi kötüye kullanma niteliği taşıyan herhangi bir fiilin ceza kanunu veya hususi kanunlarda başka surette cezalandırılmaması, **genel, tamamlayıcı ve tali bir norm** olan 257. maddenin uygulanmasını gerektirmektedir⁴. Kanunda özel olarak düzenlenen suçlar arasında Zimmet (TCK md. 247), İrtikap (TCK md. 250), Rüşvet (TCK md. 252) sayılabilir. Yukarıda bahsi geçen husus TCK'nın 257. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtilmektedir:

“Bu yükümlülükle bağdaşmayan davranışlar, belli koşullar altında suç olarak tanımlanmıştır. Görevi kötüye kullanma suçu, bu bakımdan genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır.”

Maddenin ikinci fıkrası, görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle işlenmesini ele almaktadır. Maddenin son fıkrası ise irtikap suçuna göre tali vaziyette bir suç tipidir.

2. Korunan Hukuksal Değer

Görevi kötüye kullanma suçu ile korunan hukuksal değerler arasında, kamusal faaliyetlerde eşitlik ve adaletin gözetilmesi, toplumun devlete olan güveni ve kamu görevinde disiplin sağlama amacı sayılabilir. Bu bakımdan bu suçla kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir

³ Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Seçkin Yayıncılık, Eylül 2008, 3. Bası, s. 206.

⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 5019.

biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlet menfaati de korunmuş olmaktadır⁵. Aynı hususlar madde gerekçesinde de belirtilmiştir:

“Bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülükler uygun hareket etmek zorundadır. Öyle ki; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda bâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir.”

B. Suçun Faili

Suçun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Bu husus, görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK'nın 257. maddesinin her fıkrasında “kamu görevlisi” teriminin kullanılmasıyla açıkça belirtilmektedir. TCK'nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinde kamu görevlisi deyiminden “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”nin anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

765 s. TCK yürürlükteyken verilen kararlar incelendiğinde görevi kötüye kullanma suçunun failinin kimler olabileceği tartışılmıştı. 5237 s. Kanun buna son vererek kamusal faaliyette bulunan herkesi kamu görevlisi olarak tanımlamıştır. Buna göre, herhangi bir şekilde kamu faaliyeti yürüten kişi, görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilecektir. Kamusal faaliyet TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:

“Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.”

5237 s. TCK ile, bir hizmeti kamu adına yürüten herkes kamu görevlisi sayılmış; sadece bu kişilerin görevi kötüye kullanma suçunun faili olabilecekleri belirtilmiştir. Kamu görevlisi olmayan kişiler, bu suçun faili olamazlar. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçu özgü bir suçtur. Görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden kişinin durumu “İştirak” başlığında incelenecektir.

5 Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2008, s. 747 vd.

C. Mağdur ve Zarar Gören Kişi

Daha önce de belirtildiği üzere görevi kötüye kullanma suçu, toplumda devlete karşı var olan güvenin devam ettirilmesi ve kamu faaliyetlerinde disiplinin sağlanmasını amaçlar. Bu suçun bir sonucu olarak kişi mağdur veya zarar gören durumunda olabilir.

Görevi kötüye kullanma suçunun genel yapısı itibariyle, toplum bu suçun işlenmesiyle beraber mağdur durumuna düşmektedir. Dolayısıyla belli bir mağduriyetten söz edilmemiş olsa bile, görevi kötüye kullanma gibi kamu düzenine ilişkin suçlarda toplumun da mağdur olduğunu kabul etmek gerekir. Bu suçun, TCK'nın "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmesi de yukarıdaki açıklamaları yansıtır niteliktedir.

D. Suçun Konusu

Hukuki değerde bir genellik varken "konu"da somut suçun sınırları dahilinde bir yapı mevcuttur. Görevi kötüye kullanma suçunun konusu, görevinin gereklerine aykırı olarak yapılan ya da ihmal edilen işlemin, eylemin kendisidir. Yargıç temel cezayı tayin ederken TCK md. 61/(1)-d uyarınca "*Suçun konusunun önem ve değerini*" göz önünde bulundurmak zorundadır⁶.

Örneğin, icra takipleri sonuca ulaşmadan ve müvekkilinin muvafakati olmaksızın icra takiplerinden vazgeçen avukatın eyleminde suçun konusunu, avukatın icra takiplerinden vazgeçmesi oluşturur⁷.

E. Suçun Unsurları ve Objektif Cezalandırılabilme Şartları

TCK md. 257/1'i incelediğimizde bu fıkra da belirtilen suçun oluşabilmesi için gerçekleşmesi gereken ilk şartın "*görevinin gereklerine aykırı hareket*" olduğu anlaşılmaktadır.

⁶ Şık, Hüseyin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 121.

⁷ Bkz. Yarg. 11. CD'nin 13.11.2006 Tarih, 2006/6947 E., 2006/9037 K. no.lu kararı.

1. Görevinin Gereklere Aykırı Hareket

Maddede görevden bahsedildiğine göre, öncelikle kamu görevlisinin görevi dahilinde bir faaliyet yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, eğer görevi dışında bir işlem yaptıysa suç, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilemez. Diğer bir deyişle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevi dahilinde bir işlem yapmış olması gerekir.

YCGK, 765 s. TCK dönemindeki 12.12.1995 tarihli kararında bu suçun işlenebilmesi için görev kapsamında bir iş yapmak gerektiğini belirtmektedir. Bu ölçüt hala geçerlidir:

“Kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun, “görevin” kötüye kullanılması; memur olan sanığa yasal veya idari düzenlemeler ile verilmiş bir görevin bulunması ön koşuluna bağlıdır. Somut olaya baktığımızda; asıl görevi trafik polisi olan sanığın gerek genel kolluk ve gerekse trafikle ilgili görevleri arasında silah alım-satımına ilişkin yasal veya idari bir görevi bulunmadığından, sanığa yüklenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun yasal öğelerinin oluşmadığına ilişkin Özel Daire çoğunluk düşüncesi yerindedir.” (YCGK, 1995/4-342 E. , 1995/373 K.)⁸.

Sonuç olarak suçun işlenebilmesi için kamu görevlisi, kendi görevi dahilindeki bir işlemi, hukuka aykırı olarak yapmış olmalıdır. Maddeye göre, görevinin gereklere aykırı hareketin sonucunda objektif cezalandırılabilme şartlarından birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Yargıtay da bu görüştedir:

“1-Belediye başkanı olan sanığın, görevin gereklere aykırı biçimde ibale yapmadan dükkan kiralama eyleminde, devletçe zarar veya kişilere haksız çıkar sağlama ya da mağduriyete yol açılma öğelerinin oluşup oluşmadığı araştırılarak belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hükümlülük kararı verilmesi

Yasaya aykırı ve sanık Cemal Koçak müdafinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yeniden hüküm kurulurken CYY.nun 326/son.maddesinin gözetilmemesine, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp so-

⁸ Aynı yönde bkz: Yarg. 4.CD'nin, 2003/10836 E., 2004/10532 K. no.lu kararı.

nuçlandırılmak üzere dosyanın esas/büküm mahkemesine gönderilmesine, 12.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yarg. 4. CD., 2007/1258 E., 2007/2323 K.)⁹.

2. Kişilerin Mağduriyetine Neden Olma

Görevinin gereklerine aykırı davranışın yol açması gereken sonuçlardan ilki, kişilerin mağduriyetine neden olmadır. Zarar kavramından daha geniş bir anlama sahip olan “mağduriyet” kavramı ise sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı değil manevi zararları da kapsamaktadır¹⁰. Tüzel kişiler açısından manevi zarar kabul edilemeyeceğine göre, tüzel kişilerin bu suçun mağduru olmaları mümkün değildir. Daha önce belirtildiği üzere, tüzel kişiler ancak “suçtan zarar gören” olabilirler.

3. Kamunun Zararına Neden Olma

Buradaki zarardan kasıt, maddi zarardır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, suçun işlenmesi için koyduğu seçimlik şartlardan daha ağır olan mağduriyeti kişiler açısından kabul etmiş; ancak kamu açısından kapsamı daha dar tutarak sadece zarar ölçütünü kabul etmiştir¹¹.

Kamu zararının tanımı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda açıklanmıştır. İlgili kanununun 71. maddesine göre:

“Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

Örneğin sanığın Yalova Valisi olarak görev yaptığı sırada, Yalova Atatürk Stadı B1 tipi tribün inşaatı işini kısımlara bölüp işi bu şekilde sonuca ulaştırdığı, böylelikle kamunun zararına neden olduğu iddia edilmişse de YCGK, bu eylemlerle sanığın kamu zararına neden olup olmadığını, bu yöndeki bilirkişi raporuna da dayanarak detaylı olarak incelemiştir

⁹ Aynı yönde bkz: YCGK’nun, 2007/11-59 E., 2007/105 K. no.lu kararı, Yarg. 4. CD.’nin 2006/3422 E., 2007/8715 K. no.lu kararı, Yarg. 4. CD.’nin 2005/12930 E., 2007/1426 K. no.lu kararı.

¹⁰ Parlar / Hatipoğlu, s. 3626. Ayrıca bkz. TCK m. 257 Gereğe: Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir.

¹¹ Aynı yönde bkz: Şık, s. 120.

ve sanığın herhangi bir zarara sebep olmadığına kanaat getirmiştir¹².

Buna göre, kamu görevlisinin kamu kaynağında artışa engel veya ekilmeye sebep olan icrai veya ihmali bir hareketi olup olmadığı somut olayın koşullarına göre hakim tarafından değerlendirilecektir.

4. Kişilere Haksız Kazanç Sağlama

Maddede sayılan objektif cezalandırılabilme şartlarından sonuncusu, kişilere haksız kazanç sağlamadır. Haksız kazanç, bir kişinin hakkı bulunmadığı halde ve hukuk düzenince onaylanmayan yöntemlerle mal varlığının artırılmasıdır¹³. Bir kamu görevlisi hukuka aykırı olarak yaptığı işlemin sonucunda, bilerek üçüncü kişiye fayda sağlanmasına sebep oluyorsa artık burada suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Ancak kamu görevlisi, bu işlemleri yaptığı sırada, kendisine de bir menfaat sağlıyorsa (haksız kazancı elde edecek kişinin kamu görevlisine para vermesi gibi) bu durumda artık rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

5. Nedensellik Bağı

Dış alemdeki değişikliğin bir kişiye yüklenebilmesi için bunun söz konusu kişinin hareketinden doğması gerekmektedir. İşte, bir kişinin neticeden sorumlu tutulabilmesi için onun hareketi ile netice arasında bulunması gereken ilişki "*nedensellik bağı*"nı belirtmektedir. Eğer failin yaptığı hareket ile ortaya çıkan netice arasında böyle bir bağ kurulamıyorsa, artık failin söz konusu neticeden sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir¹⁴. Görevi kötüye kullanma suçunda failin görevinin gereklerine aykırı hareket ederken yaptığı hareketle ilgili kanun maddesinde sayılan üç sonuçtan birine (kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına sebep olma, kişilere haksız kazanç sağlama) sebep olması gerekir. Hukuka aykırı işlemle az önce sayılan sonuçlar arasında bağlantı kurulabiliyorsa nedensellik bağının varlığını ve görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Ancak örneğin, kamu görevlisinin hukuka

¹² Ayrıca bkz: YCGK'nun, 01.04.2008 Tarih, 2007/4-61 E. , 2008/63 K. no.lu kararı.

¹³ Parlar / Hatipoğlu, s. 3631.

¹⁴ Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay. Beşinci Baskı, Ankara 2007, s. 224.

aykırı eylemine rağmen objektif cezalandırılabilme şartlarından bir tanesi gerçekleşmezse bu eylem artık görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilemez. Şartlardan biri oluşmadığı takdirde kamu görevlisinin eyleminin disiplin soruşturmasına konu olması mümkündür.

F. Suçun Manevi Unsuru

YCGK, 07.02.2006 tarihli kararında açıkça şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Görevi kötüye kullanma ve görevi sahsama suçları genel kastla işlenen suçlardan olup, suça konu eylemlerin bilerek yapılması, sonucunun da sanık tarafından istenmesi gerekmektedir.” (YCGK, 07.02.2006 Tarih, 2005/4-163 E. , 2006/14 K.)

Kanuna bakarak, suçun işlenmesinde özel kastın arandığı gibi yanlış bir sonuca varılabildiği görülse de bu geçerli değildir. Maddede belirtilen hareketler suçu meydana getiren seçimlik hareketler olup özel kastı ifade için kullanılmamışlardır. Maddi unsura dahil olan bu sonuçlar özel kastın gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle fail kamu görevlisinin eylemi hangi saikle gerçekleştirdiği kast açısından önem taşımamaktadır¹⁵.

Suçun taksirle işlenebilmesi de mümkün değildir:

“Madde metninden de anlaşılacağı üzere kamu görevlisinin, yapmakla görevli olduğu işi yapmaması veya yasaya göre yapılması gereken biçimde yerine getirmemesi ya da geciktirmesi suç sayılmıştır. Bu suç kastten işlenebilen suçlardan olup, oluşması için kamu görevlisinin görevini bilerek ve isteyerek ihmal etmesi veya geciktirmesi gerekir.

Somut olayda sanığın, denetim tutanağının düzenlendiği 01.12.2005 tarihi itibarıyla, 127 adet soruşturma evrakını on ay yirmi bir gün ile üç yıl sekiz ay arasında değişen sürelerde işlemsiz bıraktığı tartışmasızdır. Cumhuriyet Savcısı olarak sanık, işbölümü gereği kendisine düşen soruşturma evrakının akıbetini takip etmek, gereğini yapmak, olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmak ve bu işlemler sırasında kalem personelini denetlemekle görevli ve yükümlüdür. Ancak, sanığın soruşturma evrakını içinde bulunduğu koşullar ve sağlık sorunları nedeniyle işlemsiz bırakmasında 5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun manevi unsuru oluşmamıştır.

¹⁵ Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Zimmet – İrtikap – Rüşvet Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2010, s. 556.

Bu itibarla, olayda soruşturma evrakının işlemsiz bırakılmasında görevi savsama kastı bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazının reddiyle Özel Dairenin beraat hükmünün onanmasına karar verilmesi gerekir. (YCGK, 16.10.2007 Tarıf, 2007/4-187 E., 2007/212 K.)”

G. Suçun Özel Gerçekleşme Şekilleri

1. Teşebbüs

5237 s. TCK ile eksik ve tam teşebbüs ayırımına son veren TCK md. 35 hükmü şöyledir:

“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

Buradan yola çıkarak teşebbüs, bir suçun icrasına elverişli vasıta ile başladıktan sonra failin elinde olmayan nedenlerden icra hareketlerinin veya neticenin tamamlanamaması olarak tanımlanabilir¹⁶. Daha önce belirtildiği üzere, görevi kötüye kullanma suçu bir “zarar suçu” olarak düzenlenmiş ve suçun oluşumu bazı neticelere bağlanmıştır. Yargıtay uygulamasında, söz konusu üç neticeden birinin bulunması “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak benimsendiği için, görevi kötüye kullanma suçunun teşebbüse elverişli olmadığı kabul edilmektedir.

2. İştirak

İştirak, bir kişi tarafından işlenebilmesi olanaklı bir suçun, birden fazla kişinin anlaşmaları ve işbirliği yapmaları suretiyle gerçekleştirilmesi demektir¹⁷.

Görevi kötüye kullanma suçu fail açısından özgü bir suçtur. Diğer bir deyişle, görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilir, kamu görevlisi olmayan birinin bu suçun faili olması mümkün değildir. Yargıtay 5. CD. 21.04.2003 tarihli kararında bu hususa da değinmiştir:

¹⁶ Demirbaş, s. 399.

¹⁷ Dönmezer, Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Aralık 2003, s. 258.

“Sanığın ceza yasası uygulamasında memur sayılmadığı ve 132 Sayılı Türk Standartları Enstitüsünün Kuruluş Kanununun 13. maddesine göre de kurumun malları aleyhine işlenen suçlar dışındaki fiillerinden dolayı da memur gibi cezalandırılmayacağı dikkate alındığında rüşvet alma veya görevi kötüye kullanma suçlarının faili olamayacağı, sabit eyleminin dolandırıcılığa eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması ve bu eylemden doğrudan zarar görmeyen TSE'nin müdabillğine karar verilerek lehine ücreti vekaletle hükmolunması,

Kanuna aykırı, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 21.4.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yarg. 5.CD., 21.04.2003 Tarih, 2002/3717 E., 2003/2158 K.).

Kamu görevlisi olmayanların suçun faili olmaları mümkün değilse de bu suça iştirak etmeleri mümkündür. Bunun kabulü için TCK md. 40/2'ye bakılmalıdır:

“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”

TCK iştiraki, faillik ve suç ortaklığı olmak üzere ikiye ayırmıştır. Kamu görevlisi olmayan biri suçun faili olamayacağından, görevi kötüye kullanma suçu bakımından suç ortaklığı devreye girecektir. Bu açıdan, TCK md. 38'de düzenlenen azmettirme ve TCK md. 39'da düzenlenen yardım etme söz konusu olacaktır.

Azmettiren, TCK md. 38/1'de *“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde, azmettirenin suçun faili gibi cezalandırılacağı belirtilmek suretiyle düzenlenmiştir. Çünkü azmettiren, suç işleme yönünde düşüncesi olmayan asıl faile, suç işleme kararını aldırılmaktadır¹⁸. Ayrıca bir kişinin görevi kötüye kullanma suçunda azmettiren olabilmesi için suçun faili olan kişinin kamu görevlisi olduğunu bilmesi gerekir.

Yardım etme, bir kimsenin asıl failin kasten işlediği hukuka aykırı fiile, kasten maddi ve manevi nitelikte destekleyici hareketler yapmasıdır. Yardım, fiilin işlenmesini mümkün kılan veya kuvvetlendiren veya fiilin

18 Demirbaş, s. 454.

işlenmesini kolaylaştıran veya güvence altına alan, azmettirme ve faillik dışında kalan asıl fiilin işlenmesine yönelik her türlü nedensel katkı anlamına gelir¹⁹.

Örneğin görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye karar vermiş bir kamu görevlisine, suçu işlerken yakalanmamak için dikkat etmesi gereken hususları anlatan üçüncü kişi, görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden sıfatıyla yargılanabilir. Ancak bu gibi durumlar olaydan olaya değişiklik göstermekte ve hakim tarafından o olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

3. İctima

Görevi kötüye kullanma suçu genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, fiilen uygulanması mümkün olan özel norm var ise, “özel normun önceliği ilkesi” gereği sadece özel norm uygulanır. Özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin bulunduğu durumlarda fikri içtima da söz konusu olmayacağından, özel hükmün cezası az da olsa 257. madde değil, özel hüküm uygulanacaktır²⁰. Ancak görevi kötüye kullanma suçunun zincirleme bir şekilde işlenebilmesi mümkündür.

Zincirleme suçu, bir suç işleme kararı ile kanunun aynı hükmünün değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden çok ihlal edilmesi şeklinde tanımlamak mümkündür. Zincirleme suç, TCK md. 43/1’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.”.

Örneğin üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla sürekli olarak hukuka aykırı yapı ruhsatı izni veren belediye başkanı, görevi kötüye kullanma suçunu zincirleme olarak işlemiş olur.

¹⁹ Demirbaş, s. 456.

²⁰ Parlar / Hatipoğlu, s. 3638 vd.

H. Kovuşturma – Görevli Mahkeme – Suçun Yaptırımı ve Dava Zamanaşımı

Görevi kötüye kullanma suçu, görev nedeniyle işlenen suçlardan olduğundan fail hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanır. **Buna göre kovuşturma, ilgili merciden izin alınmak suretiyle yapılacaktır²¹.**

5235 s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. ve 11. maddeleri incelendiğinde görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu ortaya çıkmaktadır. 4483 s. Kanununun 12. maddesinde hazırlık soruşturmasının genel hükümlere göre görevli ve yetkili C. Başsavcılığı tarafından yapılacağı belirtilmiştir. İlgili madde 17/7/2004 tarihinde değiştirilmeden önce, hazırlık soruşturmasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili tarafından yapılacağı öngörülmektedir. Ancak bu durum daha sonra değiştirilmiş ve genel hükümlere göre görevli ve yetkili C. Başsavcılığı'nın hazırlık soruşturmasını yürüteceği kabul edilmiştir.

Ayrıca 4.12.1999 tarihinden önce belediye başkanları tarafından işlenen suçlara yönelik soruşturma, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'a göre başlatılmışsa yine bu kanundaki hükümlere göre sonuçlandırılması gerekir.²²

TCK md. 66/1-e bendine göre görevi kötüye kullanma suçunun **zamanaşımı süresi sekiz yıldır**. 765 s. TCK zamanında bu süre beş yıldır.²³

Sonuç

TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, genel, tamamlayıcı ve tali bir norm olarak düzenlenmiştir. Kanunda özel olarak düzenlenen suçların kapsamına giren bir fiil varsa, cezası daha

²¹ Parlar / Hatipoğlu, s. 3640.

²² Detaylı bilgi için bkz: YCGK'nun, 2000/4-34 E., 2000/40 K. no.lu kararı.

²³ Ayrıca bkz: Yarg. 6.CD'nin, 2003/13861 E., 2005/777 K. no.lu kararı, Yarg. 5.CD'nin 2004/9692 E., 2006/8402 K. no.lu karar.

az olsa dahi görevi kötüye kullanma dışındaki maddelerden hüküm kurulacaktır.

Sadece kamu görevlisinin fail olabileceği görevi kötüye kullanma suçuyla, kamu faaliyetlerinde eşitlik ve adaletin gözetilmesi ve kamu görevlerinin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak böyle bir amaç güden kanun koyucunun 765 s. TCK'da tehlike suçu olarak düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu zarar suçu haline dönüştürmesi yerinde olmamıştır.

Ne yazık ki toplumumuzda, kamu faaliyetlerinde eşitlik ve adalet ilkesinin artık var olmadığına dair bir kanaat oluşmuş durumdadır. Elbette, kamuya olan güvenin hâlâ var olduğunu söyleyebilmek mümkünse de bu güvenin, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri sonucu fazlasıyla sarsıldığını kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda, bu güvenin devamlılığına ve tekrar yerleştirilmesine katkıda bulunabilecek önemli bir düzenleme olan görevi kötüye kullanma suçunun objektif cezalandırılabilme şartına bağlanması yerinde olmamıştır. Bu şartlar gerçekleşse bile kamu görevlisinin disiplin soruşturmasına tabi tutulabileceği ihtimal dahilindiyse de, bu ihtimalin kamu görevlisi açısından caydırıcı olabileceğini söylemek hayli zordur.

Görevi kötüye kullanma suçunun icrai bir hareketle işlenebilmesi için kamu görevlisinin bir "hareket"te bulunmuş olması gerekir. Görmezden gelme, ihmal etme gibi durumlar varsa TCK md. 257/2 vd. uygulanacaktır.

Silahlı Çatışmalar ve Çocuk Hakları

Hülya Dinçer*

Özet

Uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku, silahlı çatışmalarda en savunmasız ve korunmaya muhtaç grup olan çocukları, savaş ve çatışma ortamının etkilerinden korumak için pek çok hukuki güvence sunmaktadır. Çocuğa, sivil halkın bir parçası ve özellikle korunmaya muhtaç bir kategori olarak, "korunan" statüsünde güvenceler sağlayan en önemli hukuki metin "Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi" ve Ek Protokoller'dir. Evrensel nitelikteki Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bölgesel sözleşmelere de konu olan bu güvencelerin bir kısmı, çocuğun kişilik, eğitim, bakım ve yardım alma hakkını tanıırken diğer kısmı tutukluluk, alıkonulma, hapsedilme, savaş esirliği ve ölüm cezası karşısında koruma sunmaktadır. Uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri ise, çocukların savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan sorumsuzluğu ilkesi temelinde, çocukları çatışmalarda kullanmayı bir suç olarak düzenlemektedir.

Anahtar kelimeler: siviller, çocuk hakları, silahlı çatışma, insancıl hukuk, korunan kişi

Abstract

International humanitarian law and human rights law provide many legal safeguards for the protection of children, perhaps the most defenceless of groups in need of protection within armed conflicts, against the influences of settings of war and conflict. Among legal instruments approaching the child as a specially protected category and part of the civil population, and providing safeguards related to this "protected" status, the most important ones are the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, and its Additional Protocols. Some of these safeguards that are also encompassed by the Convention on the Rights of the Child (a universal treaty) and other regional conventions, recognize the rights of the child to harmonious development, human dignity, survival, etc., while others concern their protection against arrest, internment, incarceration, against being held as prisoners of war, and against death penalty. Statutes of international criminal courts adopt the principle that children cannot be held responsible for war crimes and crimes against humanity committed by them before such courts. In addition, according to such statutes, it is a crime to use children in armed conflicts.

Keywords: Civilians, rights of child, armed conflict, humanitarian law, protected person

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

Giriş

Tarihin sahne olduğu, insanlık eliyle yaratılan tüm vahşet ve felaketlerde en çok örselenen, en çok yara alan şüphesiz ki çocuklar olmuştur. İnsanlık ellerindeki tüm günahları çocukların savunmasız bedenlerine silerek çıkarmaya çalışmıştır. En tumturaklı siyasi manevralar, savaş ve ölüm çağrıları onların üzerinden yapılmıştır. Tarihin çocuklara karşı bu kıyıcılığı, 20. Yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşı, sayısız bölgesel çatışma, savaş ve katliamlarla giderek acımasızlaşmış ve uygarlık, bütün hukukî, siyasî ve diplomatik çabalara rağmen çocukları kanlı orduların savaş piyonluğundan veya toplu kıyımların ilk kurbanı olmaktan kurtaramamıştır. Bir yandan çocukları savaş tarlalarında ölüm makinelerine dönüştürmüş diğer yandan beden ve emek sömürsünün en ağırlıyyla sakatlamıştır.

Çocuğun korunması gereken bir hukukî kategori olarak insancıl hukuk sahnesine çıkışı 2. Dünya Savaşı'yla birlikte olacaktır. Yaşanan akıl almaz soykırım ve katliam karşısında savaş zamanında sivil halkın korunması için uluslararası hukuk enstrümanlarının geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi ihtiyacı uluslararası toplumun gündemine girmiştir. Bu alanda uluslararası mücadelenin en aktif aktörü olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi öncülüğünde kabul edilen 1949 4. Cenevre Sözleşmesi savaş zamanında sivillerin korunmasına yönelik en önemli metindir. Öte yandan Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ilk kez düzenleme alanı bulmaktadır. Uluslararası insancıl hukuk kaynaklarını geliştirmek ve tamamlamak için 1974-1977 tarihleri arasında toplanan Diplomatik Konferans'ın çalışmaları sonucu kabul edilen Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek iki Protokol ile sivillerin korunmasına yönelik hukukî araçlar önemli ölçüde geliştirilmiştir.

Bu kapsamda UKK öncülüğünde hayata geçirilen hukukî metinlerde çocuklar “çatışmalara katılmayan tüm siviller” kategorisi kapsamında genel bir korumadan yararlanmaktadır. Öte yandan çocukların özel olarak korunmasına yönelik hukukî güvenceler de zaman içinde geliştirilmiş ve bilhassa Ek Protokoller kapsamında yer alan özel hükümlerle somutlaştırılmıştır.

Diğer yandan uluslararası insancıl hukuk kaynakları dışında farklı uluslararası metinlerde ve gerek bölgesel gerek evrensel insan hakları koruma mekanizmalarında da çatışmalarda çocukların korunması esasını düzenleyen önemli ilkeler yer almaktadır. Çocukların silahlı çatışmalarda maruz kaldıkları ihlal ve istismar türlerini inceledikten sonra çalışmanın ikinci bölümünde uluslararası insancıl hukuk normları ve koruma mekanizmaları kapsamındaki güvenceler ele alınacak sonrasında diğer uluslararası insan hakları mekanizmalarının konuya yaklaşımına ışık tutulmaya çalışılacaktır.

1. Silahlı Çatışmalarda Çocukların Maruz Kaldığı İhlaller

Savaşın ve silahlı çatışmaların çocuklar üzerinde yarattığı etki son derece yıkıcı olabilir. 2008 yılında, ya bir başka ülkenin sınırlarını aşırıp mülteci olarak ya da kendi ülkesi içinde zorunlu göçmen olarak kendi topraklarından kaçmak zorunda kalmış 18 milyon çocuk sayılmıştır. Bugün artık çoğunluğu iç savaş ve gerginlik olarak karşımıza çıkan silahlı çatışmalarda çocuklar hapsedilmekte, tecavüze uğramakta, hayat boyu sakat bırakılmakta ve öldürülmektedir. Aileleri parçalanmış ya da yok olmuş binlerce çocuk tek başına başının çaresine bakmak zorunda kalmakta, kendinden küçük kardeşlerinin sorumluluğunu üstlenmektedir. Özellikle Afrika'daki iç çatışmalarda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde, Sudan'da, Somali'de, Fildişi Sahili'nde çatışmalardan kaçmak için yaşanan kitlesel göçlerde sayısız çocuk ailelerini kaybetmekte ve aileler bir daha çocuklarından haber alamamaktadır. Yaşanan en çarpıcı örnek, 1990'lı yıllarda Ruanda'da yaşanan soykırım ve çatışmalarda on binlerce Ruandalı çocuğun ailesinden ayrı kalmasıdır. Bakım ve destekten yoksun kalan bu çocuklar sağlık hizmetlerinin, aşılanmanın yetersizliği, temiz içme suyu ve yiyecek yoksunluğu, yetersiz beslenme nedeniyle birçok salgın hastalık tehdidi altında kalmaktadır. Çatışmaların yaşandığı bölgelerde çocuk ölümlerinde ciddi artışlar görülmektedir. Hamile kadınlar ve yeni doğanlar da temel ihtiyaç maddelerinden yoksunluk nedeniyle en çok risk altında olan gruplardır.

Çatışma ortamında aile ve yakınlarından ayrı düşmüş, bir başına kalmış çocuklar sömürü ve kötü muamele tehdidiyle daha çok yüz yüze kalmaktadır. Çocuk sömürüsü farklı birçok biçimde ortaya çıkabili-

lir¹. Bunların en yaygın olanı zorunlu olarak silah altına alma, çatışmalara katılmaya zorlama ve diğer zorunlu çalıştırma ve kölelik biçimleridir. Çocuklar pek çok bölgede ailelerinden zorla koparılarak gözcü, hizmetçi, istihbaratçı ve savaşçı gibi görevlerle gerilla ordularına veya devlet ordusuna katılmaktadır. Yasadışı evlat edinme piyasasına sunulmak üzere çocuk ticareti de bu sömürünün bir diğer yüzüdür. Özellikle kimsesiz kalmış kızlar açısından erken yaşta evlendirilme, seks kölesi olarak çalıştırılma, fuhşa zorlanma gibi tehditler söz konusudur. Savaşın yoksullukla vurduğu aileler de bazen çaresizce çocuklarını para karşılığı evlendirebilmektedir.

Tecavüz ve diğer cinsel şiddet türleri de sadece yetişkinleri değil çocukları da hedef almaktadır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde her iki tecavüz mağdurundan birinin çocuk olduğu sanılmaktadır. Bildiğimiz gibi tecavüz bir savaş tekniği olarak da yıldırım, bilgi almak, cezalandırmak, teslim almak için kullanılabilir. Öte yandan çocuklar yakınlarının tecavüze ve işkenceye uğradıklarına tanıklık etme zorunda bırakılmakta, bazen yakınlarının öldürülmelerini izlemek zorunda kalmaktadırlar. Bu deneyimler çocuklarda silinmez travmatik izler bırakmaktadır. Bebekler ve çok küçük yaşta çocuklar da bakım ve destekten yoksun kalarak açlıktan ölme tehdidi, ishal gibi hastalıklarla karşı karşıya kalmaktadır.

Kamu hizmetlerinin çatışmalar nedeniyle kesintiye uğramasıyla eğitim ve sağlık hizmetlerinden yoksun kalmak da bir diğer sorundur. Bugün gezegende okul çağında olup da okula gidemeyen çocukların yarısı çatışmaların yaşandığı bölgelerde yaşamaktadır. Çatışmaların fiziksel etkilerinin yanı sıra çocuklar ayrıca tanık oldukları vahşet ve cinayetlerin psikolojik etkilerini ömür boyu taşımaktadırlar. Eski LRA üyesi iki çocuğun şu ifadeleri savaşın vahşetinin izinin silinmezliğini çok iyi ifade etmektedir: *"bu yaralarla tam olarak mutlu olmanız mümkün değil-hem bedeninizdeki hem de ruhunuzdaki bu yaralarla."*²

1 Silahlı çatışmalarda çocukların uğradığı sömürü ve ihlallere ilişkin önemli raporlar: ICRC, dossier d'information "les enfants dans la guerre" 2004, ICRC, dossier d'information "les enfants dans la guerre", 2009, www.icrc/fre/enfants.

2 Lord's Resistance Army eski iki üyesi çocuğun (15 ve 17 yaşlarında) tanıklıkları: Coalition contre les enfants soldats, "Returning home-Children's Perspectives on Reintegration: A Case Study of Children Abducted by the Lord's Resistance Army in Teso, Eastern Uganda, février 2008.

Silahlı çatışmalara katılan çocuklara her tür angarya ve hizmet işi yüklenmektedir: aşçı, postacı, istihbaratçı, mayın detektörü, seks kölesi, zorunlu işçi ve intihar bombacısı. Çocukların çoğu köylerinden kaçırılarak zorla silahlı güçlere alınırken bir kısmı da gönüllü olarak çatışmalara katılmaktadır. Silahlı çatışmalara katılmasalar da çatışmaların sürdüğü bölgelerde yaşayan ve çalışan çocuklar sürekli olarak mayınlar, görünmez patlayıcılar, unutulmuş el bombaları ve patlayıcı artıklarının yarattığı ölüm ve yaralanma tehdidi altındadır.

Çocukların bütün bu ihlallerden ve istismar biçimlerinden korunmasını ve yeryüzünde çocuk hakları ihlallerinin sona ermesini sağlamaktan çok uzak olsa da ,uluslararası hukuki metinlerde bu yönde birçok güvence mekanizması yer almaktadır. Bunların bir kısmını UİH sözleşmeleri oluştururken diğer kısmı evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde ve uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde karşımıza çıkmaktadır.

2. Uluslararası İnsancıl Hukukta Çocuğun Korunması

Uluslararası insancıl hukuk, savaş ve çatışmalarda en savunmasız ve zarar görmeye açık sivil kategorisini oluşturan çocuklara iki tür koruma sağlamaktadır. Çocuklar öncelikle çatışmalara katılmayan herkesin yararlandığı genel koruma güvencesi kapsamında, uluslararası insancıl hukukta “korunan” statüsündedirler. Öte yandan çocuk çatışmada diğer sivil gruplara nazaran en savunmasız kategori oluşu nedeniyle özel bir korumadan da yararlanmaktadır. Çatışmalara katılan çocuklar ise üçüncü ve ayrı bir kategori olarak korumaya tâbidir.

2.1. Çocuğun Sivil Halkın Bir Parçası Olarak Yararlandığı Genel Koruma

Uluslararası nitelikteki çatışmalarda, çocuk “Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi” kapsamında korunan kişi kategorisinin bir parçasıdır. Buna göre korunan kişilere tanınan tüm güvencelerden yararlanma hakkına sahiptir. Çocuklar da tüm siviller gibi 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin **27 ila 34.** maddelerinde düzenlenen, kişiliklerine, onur ve haysiyetlerine, ruhsal ve fiziksel bütünlüklerine saygı gösterilmesini öngören ve sivillere karşı her tür baskı,

şiddet, işkence, toplu cezalandırma, zorunlu çalıştırma ve misilleme gibi eylemleri yasaklayan temel insanî muamele ilkesinden yararlanmaktadırlar.

Sivil halkın bir parçası olarak çocuk, çatışmaların sürdürülmesine ilişkin insancıl hukuk kurallarından tam olarak faydalanmaktadır. Uluslararası nitelikteki çatışmalar için 1977 1. Ek Protokol'ün "Temel Güvenceler" başlığını taşıyan **75. maddesinde** sivillere tanınan güvence, sivillerle savaşılanların kesin ve belirgin biçimde ayırt edilmesi ve sivil halka yönelik saldırıların kesin bir biçimde yasaklanması ilkelerini içermektedir. Bu madde, sivillere karşı işlenebilecek her tür öldürme, işkence, bedensel cezalar, kişi haysiyetini ihlal eden aşağılayıcı ve onur kırıcı muameleler, zorunlu fuhuş ve edebe karşı her tür ihlal ile rehinalma, toplu cezalar ve bunlardan birini gerçekleştirme tehdidini yasaklamıştır.

Uluslararası olmayan çatışmalarda ise Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak **3. maddesinde** düzenlenen temel güvenceler çocuklara da uygulanmaktadır. Buna göre çocuklar, tüm çatışma dışı kalan siviller gibi, "kişi yaşamına, vücut bütünlüğüne ve kişi haysiyetine yönelik saldırıları" yasaklayan insanca muamele ilkesinden yararlanmaktadırlar.

Uluslararası olmayan çatışmalarda uygulanacak kuralları geliştirmek ve takviye etmek amacıyla kabul edilen 2. Ek Protokolde ise ne bir topluluk olarak sivil halkın ne de tek tek sivillerin silahlı saldırıların hedefi olmasını yasaklayan ilkeyi içeren genel bir kural bulunmamaktadır.

2.2. Çocuğun Çatışmalarda Özellikle Korunmaya Muhtaç Konumu Nedeniyle Yararlandığı Özel Koruma

2.2.1. Silahlı Çatışmalara Katılmayan Çocukların Yararlandığı Özel Koruma

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi sivillerle birlikte çocuklar lehine korumanın temelini atacak önemli düzenlemeler getirmiştir. Ancak çocukların özel bir korumanın nesnesi olması gerektiği yönündeki temel prensip bu sözleşmede yer almamaktadır. İlk olarak silahlı çatışmalarda çocukların akîbetine gösterilen bu özel ilginin ve özel koruma hükümlerinin, sivil halk içinde özel ve bağımsız bir mağdur kategorisi yaratmak

anlamına gelmediğini belirtmek gerekir³. UKK'nin temel ilkelerinden biri olan tarafsızlık ilkesi uyarınca örgüt, ayırım yapmaksızın tüm savaş ve iç çatışma mağdurlarına yardım taşımayı amaç edinmiştir. Ancak çocuklar çoğunlukla çatışmaların yarattığı vahşetin en savunmasız ve korunmaya muhtaç tanığı ve mağduru konumunda kalmaktadır. Bu sebeple çocukları, çatışmaların yıkıcı psikolojik ve fiziksel etkilerinden korumak için özel koruma mekanizmaları geliştirmek insanî bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Bu boşluğu dolduracak olan ise 1 Numaralı Ek Protokolün **77. maddesidir**. Bu maddenin 1. fıkrasına göre: “Çocuklar özel bir saygının konusu olmalı ve baysiyetlerine yapılan her türlü saldırı türünden korunmalıdırlar. Çatışmanın Tarafları, yaşları nedeniyle veya diğer tüm sebeplerden dolayı ihtiyaçları olan her türlü özeni ve yardımı sağlayacaklardır.” Bu hükümlerle uluslararası nitelikteki çatışmalarda çocuğun özel olarak korunması prensibi açıkça kabul edilmektedir.

Maddenin 2, 3, 4 ve 5. bentleri, silahlı çatışmalara doğrudan katılan ya da silah altına alınan çocukların korunmasını düzenlemektedir. Bu özel koruma, uluslararası insancıl hukukun çocuklara sağladığı korumanın bir alt başlığı olarak bir sonraki bölümde “**Silahlı Çatışmalara Katılan Çocukların, Çocuk-Askerlerin Korunması**” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir. Bundan evvel, silahlı çatışmalara doğrudan katılmayan çocukları bu çatışmaların etkisine karşı korumayı amaçlayan düzenlemeler üzerine yoğunlaşmakta fayda vardır.

2.2.1.1. Çocukları Çatışmaların Fiziksel Etkilerine Karşı Korumayı Amaçlayan Özel Hükümler

77.maddede ifade bulan özel koruma prensibi, çocukları silahlı çatışmaların etkilerinden korumayı amaçlayan bir dizi hukukî güvenceyi düzenleyen sözleşme ve protokol maddesinde somutlaşmaktadır. Bu düzenlemeler, sözleşme ve protokollerdeki, sivillerin korunmasına yönelik ana başlıkların altında dağınık olarak yer almaktadır⁴.

³ ICRC, dossier d'information “les enfants dans la guerre” 2004, www.icrc/fre/enfants, s.2.

⁴ Kapsamlı bir inceleme için bkz. Plattner, Denise; “La Protection de l'enfant dans le droit international humanitaire, 1984 RICR, n° 747, s. 148-161, http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH54.

1 Numaralı Ek Protokol'ün tanımlara ilişkin **8. maddesinin a bendinde** “*yarahılar*” ve “*bastalar*” ın tanımı yapılırken, tıbbî yardımdan yararlanabilecekler kapsamında “**yeni doğanlar**” ve doğum yapmakta olan kadınlar özellikle sayılmaktadır.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin “*bastaneler ve güvenlik muntakalarına*” ilişkin **14. maddesi** uyarınca *15 yaşından küçük çocuklar, gebe kadınlar ve 7 yaşından küçük çocukların anneleri*, uluslararası nitelikteki çatışmanın Taraflarınca kurulmuş sıhî yardım ve güvenlik sahalarından özellikle yararlandırılacak sivil kategorileri arasında sayılmıştır.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin **17. maddesi** uyarınca çocuklar ve doğum yapmakta olan kadınlar *kuşatılmış alanlardan tahliye edilmesi gereken siviller kategorisi* içinde özellikle sayılmıştır. Çatışmanın tarafları, maddede anılan kişileri tahliye etmek için gerekli yerel düzenlemeleri gerçekleştirmek için çaba göstermeleridir.

1 Numaralı Ek Protokol ise, **78. maddesinde** çocukların tahliyesini özel olarak düzenlemektedir. Bu madde *çocukların sadece geçici olarak tasfiyesini, çok sıkı koşullara bağlı kalmak kaydıyla, ancak güvenliklerine ilişkin zorunlu bir sebep olması halinde öngörmektedir*. Maddenin 1. fıkrasına göre, *çatışmanın tarafları kural olarak kendi uyrukları olmayan çocukları yabancı bir ülkeye tahliye edemezler. Ancak zorunlu sağlık, tıbbî bakım veya – işgal altında bir ülkede olmamak şartıyla- güvenlik gerekçelerinden biriyle geçici bir tahliye mümkündür. Çocukların veli veya vasilerine ulaşılabildiği takdirde bunların yazılı iznini almak zorunludur. Uygulamada çatışmanın tüm tarafları tahliyeyi teblikeye atmayı önleyecek tedbirleri almakla yükümlüdür*. 78. maddenin diğer fıkraları çocuğun eğitiminin devamına ve kültürel gelişimine ilişkindir. Bunları çocuğun kültürel gelişimini ele alırken inceleyeceğiz.

2 Numaralı Ek Protokol ise, **4. maddesinin 3. fıkrasında** uluslararası olmayan nitelikteki çatışmalarda çocuğun özen ve yardım hakkını düzenlemektedir. Bu madde de dini ve ahlaki eğitim alma hakkının yanı sıra dağılmış ailelerin bir araya getirilmesi, 15 yaşından küçük çocukların çatışmalara katılmasının veya görevlendirilmesinin yasaklanması ve çocukların çatışmaların sürdüğü bölgelerden geçici olarak tahliye edilmesi gibi güvenceler içermektedir.

Çocukların çatışmanın doğrudan fiziksel etkilerinden korunmasını amaçlayan bu maddeler dışında çocuğun sosyal ve ailevî ortamının çatışmanın travmatik etkilerinden korunmasını amaçlayan özel hükümler de tesis edilmiştir. Bunlar sözleşme ve protokollerin çeşitli maddelerine serpiştirilmiş vaziyettedir.

2.2.1.2. Çocuğun Kişisel Haklarının Korunması

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi **50. maddesinde** genel olarak çocukların kişisel statülerinin değişikliğe uğratılmasını yasaklamaktadır. İşgalci kuvvetler nezdinde çok önemli bir yükümlülük getiren bu maddeye göre “*çocukların tâbiyeti ve medenî halleri işgal nedeniyle hiç bir değişikliğe maruz kalmamalıdır.*” Bu yükümlülüğün temelini aynı sözleşmenin **27. maddesinde** kabul edilen “*kişiye ve ailevî haklarına saygı*” ilkesi oluşturmaktadır. Çocuğun maddi kimlik bilgilerinin korunmasının yanı sıra 50. madde, işgal gücünün çocuklara kendisine bağlı örgüt ve oluşumlarda görev vermesini yasaklamaktadır. Bu yasak, kitlesel asimilasyonları önlemek gibi çok önemli bir amaca hizmet etmektedir. Bu şekilde 2. Dünya Savaşında olduğu gibi çocukların bilhassa politik amaca hizmet eden organizasyon ve hareketlerde zorunlu olarak rol alması engellenmek istenmiştir.

2.2.1.3. Çocuğu Aile Bütünlüğü İçinde Korumaya Yönelik Hükümler

UNESCO'nun geçmiş yıllarda çocuk ve savaş üzerine yapmış olduğu bir çalışma, savaşın çocuklar üzerinde açtığı en derin yaraların fiziksel saldırılar, askerî operasyonlar, bombardımanlar değil, çocuk nezdinde güvenlik hissini sembolize eden koruyucu aile bireylerinden koparılmasıyla açıldığını ortaya koymuştur. Çocuğun alışık olduğu aile hayatından kopması bilhassa da anneden koparılma olgusu çocuklar üzerinde telafisiz sonuçlar doğurmaktadır⁵.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi pek çok maddesinde özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin aile hayatlarının bütünlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Sözleşmenin **82. maddesine** göre *enterne edilmiş aile-*

5 Brosse, Thérèse; “*L'enfance victime de la guerre, une étude de la situation européenne*”, UNESCO, 15 déc. 1949, Publication n° 461, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001337/133701fo.pdf>.

nin fertleri, özellikle de çocuk ve ebeveynler enterne edildikleri süre boyunca aynı yerde toplanmalı, diğer enternelerden ayrı ikamet edilmeli ve aile yaşantısını sürdürmek için gerekli kolaylıklar sağlanmalıdır. Aynı maddeye göre enterne edilenler, ebeveynlerinin gözetimi dışında serbest bırakılmış çocuklarının da enterne edilmesini isteyebilirler.

1 Numaralı Ek Protokol'ün **74. maddesi**, "Dağılmış Ailelerin Yeniden Bir Araya Getirilmesi" başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre Yüksek Âkit Devletler *uluslararası bir çatışma nedeniyle dağılmış ailelerin yeniden bir araya getirilmesini kolaylaştırmak için ellerinden gelen gayreti gösterirler.*

Protokol'ün **75. maddesinin 5. fıkrası** ise *enterne edilmiş kadınların erkeklerden ayrı yerlerde gözetim altında tutulmasını öngörürken bütün ailenin tutuklanması, mahkum ya da enterne edilmesi halinde bundan müstesna tutmuş ve bu durumda mümkün olduğu ölçüde aile bütünlüğünün korunması gerektiğini kayıt altına almıştır.*

Öte yandan 1 Numaralı Ek Protokol, çocuğun annesinden koparılması amacıyla doğum yapmakta olan veya yeni doğum yapmış yahut küçük yaşta çocuk sahibi kadınlara getirdiği korumalarla çocuğu dolaylı yoldan korumayı amaçlamıştır. Buna göre "*Kadınların Korunmasına dair temel ilkeleri koyan 76. madde 2. fıkrasında, hamile veya küçük yaşta, kendisine bağımlı çocuğu olan tutuklu, mahkum ya da enterne edilmiş kadınların durumlarının incelenmesine mutlak öncelik tanınması gerektiği* düzenlenmektedir. Aynı şekilde **md. 76/3'e** göre *çatışmanın tarafları bu kadınlar hakkında ölüm cezasına hükmetmekten kaçınmalıdır; hüküm verilse dahi ceza infaz olunmayacaktır.*

Bir önceki başlıkta çocukların, çatışmanın etkilerinden korunmasına ilişkin düzenlemeler incelenirken vurgulandığı gibi çocukların geçici olarak başka bir ülkeye tahliye edilmesinde de (Ek Protokol 1, md.78), sıkı koşullar aranmakta, *çocuğun veli, vasi veya teamül uyarınca bakımıyla sorumlu kişilerin rızasının alınması koşulu aranmaktadır.* Maddenin 3. fıkrası da *tabliye edilen çocukların kimliklerini koruyacak tüm önemlerin alınmasını* öngörmektedir.

4 Numaralı Genevre Sözleşmesi'ne dönecek olursak, çocuğun kişisel statüsünün dokunulmazlığı ilkesini ortaya koyan **50. maddenin 1. fik-**

rası uyarınca *İşgalci Kuvvet'in çocuğun ailevi durumunu veya medenî halini değiştirmesi yasaktır. İşgalci kuvvet, çocukların bukuken tanımalarını kolaylaştırmak ve soybağlarını kaydetmek için gerekli düzenlemeleri yapmalıdır.* Bu madde, çocuğun kültürel kimliğini oluşturan en önemli unsurlardan biri olan aile birliğini korumayı ve kimlik bilgilerinin güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. 50. maddenin düzenlediği bir diğer alan çocukların bakım ve eğitimi olup buna ilişkin esaslar “*bakım ve yardım güvenceleri*” başlığı altında incelenecektir.

Son olarak, çocuk ile ailesi arasındaki bağları korumaya yönelik doğrudan güvencelerin yanında çatışmalarda korunan kişilerin izini takip etmeyi mümkün kılan ve ailenin diğer bireylerine bunların akıbetinden haberdar olma imkanı tanıyan hükümlere de bakmak faydalı olacaktır.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin **24. maddesine** göre *çatışma tarafları 12 yaşından küçük çocukların teşhis edilebilmesi için özellikle kimlik künyesi taşınması gibi gerekli önlemleri almalıdır.* Aynı sözleşmenin **50. maddesi** de *işgalci kuvvetin çocukların teşhisini ve soybağlarının kaydedilmesini kolaylaştırması gerektiğini ve kimliği şüpheli olan çocukları teşhis etmek amacıyla korunan kişilere ilişkin bilgilerin bürosu nezdinde özel bir departman görevlendirmesini* öngörmektedir. Gerçekten de küçük yaşta çocukların teşhis edilmesini ve bilgilerinin eksiksiz tutulmasını sağlayacak bir mekanizma kurmak son derece önemlidir; aksi takdirde binlerce çocuk savaş ve çatışma sonrası acımasız koşullarda terk edilme tehlikesiyle yüz yüze kalacaktır.

Öte yandan **25. madde** çatışmaya taraf veya işgalci ülke topraklarında bulunan her kimseye, *nerede bulunursa bulunsun, aile fertlerini durumundan haberdar etme hakkını* tanımaktadır. Cenevre Sözleşmeleri'nin UKK Merkezi Araştırma Ajansı'na tanıdığı yetkiler sayesinde aileler çocuklarına ilişkin bilgilere ulaşabilirler. (md.136 vd.)

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için 2 Numaralı Protokol, **4. maddesinin 3/d bendinde**, *geçici olarak ayrı kalmış ailelerin yeniden bir araya getirilmesi için uygun tüm önlemlerin alınmasını* öngörmektedir. Aynı maddenin e bendi de, 1. Protokol'de ifade edilen temel prensip uyarınca *çocukların tabliyesini ailelerinin veya yasa yabut teamül uyarınca çocuğun bakımını üstlenmiş kişilerin rızasına bağlamaktadır.* Yine 1 Numaralı Protokol'deki düzenlemeye benzer şekilde 2 Numaralı

Ek Protokol de 6. maddesinin 4. fıkrasında, *küçük yaşta çocuk sahibi kadınlara verilen ölüm cezalarının infaz edilemeyeceğini* ifade etmiştir.

2.2.1.4. Bakım ve yardım alma hakkı

1 Numaralı Protokol genel olarak uluslararası çatışmanın taraflarına çocuklara bakım ve yardım sağlama yükümlülüğü getirmiştir.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde de çocukların özel ihtiyaçlarını düzenleyen pek çok madde yer almaktadır. Bunlardan ilki **23. madde**dir. Bu maddeye göre yüksek sözleşmeciler taraflar, *15 yaşın altındaki çocuklar ve doğum yapmakta olan kadınlar için yapılan yardımların serbest geçişine izin vermek zorundadırlar*. **50. madde** de, *işgalci kuvvetin işgal edilen topraklardaki çocukların bakımı için varolan kurumların düzenli işleyişini kolaylaştırması gerektiğini* ifade etmektedir.

Enterne edilenlere yapılacak yiyecek ve giyecek yardımını düzenleyen **89. maddeye** göre de *güvenlik sebebiyle çatışma tarafınca zorunlu olarak enterne edilmiş olan doğum yapmakta olan kadınlar ile 15 yaşın altındaki çocuklara, fizyolojik ihtiyaçlarına uygun olarak ek yiyecek sağlanması gerekmektedir*. Yine **81. maddede**, *enternelere bağımlı olan kişilerin de yeterli geçim kaynaklarına sahip olmamaları veya bizzat hayatlarını kazanmaya muktedir olmamaları halinde bakımının yapılması gerektiği* yer almaktadır.

Sözleşmenin **91. maddesi** de çok büyük önem arz eden tıbbî yardım konusunda, *loğusa kadınların tüm sağlık kurumlarına kabul edilmesi gerektiğini ve tedavilerinin nitelik olarak bölge halkına sağlanan özendeneden daha düşük bir seviyede olmaması gerektiğini* ifade etmektedir.

Benzer biçimde 1 Numaralı Ek Protokol'ün **70. maddesinin 1. fıkrasında**, *yardımların dağıtılması sırasında, diğer kategorilerin yanında çocuklara ve loğusa kadınlara öncelik tanınacağı* öngörülmüştür.

Daha önce tahliyeye ilişkin önlemlerden bahsedilirken de ifade edildiği gibi, aynı protokolün **78. maddesinin 1. fıkrası** gereği *çocukların geçici tahliyesi de ancak sağlığa ilişkin sebeplerle veya tıbbî bakım gerektirdiği hallerde öngörülmektedir*.

Uluslararası olmayan nitelikteki çatışmalara gelince, 2 Numaralı Pro-

tokol'ün de **4. maddesinin 3. bendinde** çocukların bakım ve yardım hakkı açıkça ifade edilmiştir.

2.2.1.5. Çocuğun Kültürel Bağlarının Korunması ve Eğitimi

Uluslararası insancıl hukuk, çatışma koşullarında kültürel ortamı ve aile birliği bozulan çocuğun içinde büyüdüğü ahlakî değerlerinin, dininin, kültür ve geleneklerinin korunmasını da amaçlamaktadır. Çocuğun çatışma nedeniyle aile fertlerini kaybetmesi veya onlardan ayrı kalması halinde bu kültürel çevre önemli ölçüde bozulacaktır. Bu nedenle 4 numaralı Cenevre Sözleşmesi ile 1 Numaralı Ek Protokol bünyesindeki düzenlemeler, uluslararası çatışma ortamında dahi, çocuğun öncesinde alışık olduğu çevre koşullarına mümkün olduğunca yakın koşulların oluşturulmasını amaçlamaktadır.

Bu bağlamda 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesinin **24. maddesi**, *kimsesiz kalmış veya ailelerinden ayrılmış çocukların kendi başlarına bırakılmaması gerektiğini ifade etmekte ve çatışma taraflarının her koşulda, bu çocukların dinî ibadetlerini yerine getirmelerini, eğitimlerini kolaylaştıracak düzenlemeler yapması gerektiğini ve bu bakımın da mümkün olduğunca aynı kültürel gelenekten kişilere tevdi edileceğini* belirtmektedir. Madde, *çocukları kabul eden tarafsız ülkelerin de aynı önlemleri hayata geçirme zorunluluğunu* ifade etmektedir.

Aynı doğrultuda sözleşmenin **50. maddesinin 3. fıkrası** da *işgalci gücün, kimsesiz veya ailesinden ayrılmış çocukların bakım ve eğitimlerini güvenceye almak için gerekli önlemleri alması gerektiğini ve çocuğun bir ebeveyni veya aile yakını olmaması halinde bu görevin mümkün olduğu ölçüde aynı tâbiyet, dil ve dine ait kişilere tevdi edilmesini* düzenlemektedir. **50. madde son fıkrasında**, *işgalci kuvvete, 15 yaşın altındaki çocuklar, hamileler ve 7 yaşın altında çocuğu olan anneler lehine işgalden önce alınmış olabilecek erzak, tıbbî bakım ve savaşın etkilerinden korumaya ilişkin koruyucu tedbirlerin uygulanmasını engellemeye yükümlülüğü* de getirmektedir.

Görüldüğü gibi 4 Numaralı Sözleşme kimsesiz kalmış veya ailesinden ayrılmış çocukların durumuna özel bir ilgi atfetmektedir. Sözleşmede yaş sınırı olarak 15'in seçilmiş olması, sözleşme müzakereleri sırasında

ortaya çıkan, bu yaştan sonra çocuğun yetilerinin gelişimiyle birlikte söz konusu özel önlemlerin aynı ölçüde zorunluluk arz etmeyeceği fikrinin bir sonucudur⁶. Sözleşmede 15 yaş yerine genel uluslararası hukuk belgelerindeki çocuk tanımına esas olan 18 yaş sınırının kabul edilmesinin daha yerinde olacağı savunulabilir.

1 Numaralı Ek Protokol aynı doğrultuda, çocukların yabancı bir ülkeye tahliyesine ilişkin **78. maddesinin 2. fıkrasında**, *tabliye edilen her çocuğun, ailesinin isteği doğrultusunda dinî ve ahlakî eğitimi de dahil olmak üzere eğitiminin mümkün olduğu ölçüde kesintisiz sağlanması gerektiğini* ifade etmektedir. 2 Numaralı Ek Protokol de **4. maddesinin 3/a bendinde** uluslararası olmayan nitelikteki çatışmalar için bu kuralı aynı şekilde tekrar etmektedir.

Çatışmanın ortasında, işgal topraklarında kalmış veya tahliye edilmiş kimsesiz, ailesinden ayrı çocukların eğitimine ilişkin mevcut düzenlemelerin yanında 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi, eğitim alanında Çatışma Taraflarına daha genel birtakım yükümlülükler de getirmektedir. Sözleşmenin **50. maddesine** göre *işgal kuvveti çocukların eğitimi için faaliyet gösteren kurumların düzenli işleyişi için gerekli önlemleri almak zorundadır. 94. madde* de *enterne edilen çocuk ve ergenlerin okullara devam edebileceğini* ifade etmekte ve *bunların öğretiminin güvenceye alınması gerektiğini* ortaya koymaktadır.

2.2.1.6. Tutuklu, Alıkonulmuş veya Enterne Edilmiş Çocuklara Tanınan Özel Koruma

Uluslararası insancıl hukuk çatışmanın taraflarına, korunan kişilerin hukuka aykırı eylemlerine karşı kendi güvenliklerini temin etmeye yönelik tedbirleri almaya hak tanımaktadır. Bunlardan biri de enterne etme tedbidir. İşgalci kuvvet de, işgal ettiği topraklarda geçerli olan ulusal mevzuata veya kendi güvenliği için bizzat çıkardığı kurallara aykırılıktan dolayı korunan kişilere karşı suçlamalarda bulunabilir. Bunun sonucu olarak çocuklar da tüm diğer korunan kişiler gibi enterne edilebilirler. İşgal altındaki topraklarda yürürlükte olan ceza yasalarındaki suç-

6 *Commentaire de la IV^e Convention de Genève*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, ad article 68, p. 201.

ları işlemekten veya işgalci kuvvetin güvenliğini ihlal eden eylemlerinden dolayı tıpkı barış zamanında olduğu gibi tutuklanabilirler ve alıkonulabilirler. Ayrıca insancıl hukuka aykırı olarak silahlı güçlere katılabilir ve savaşan olarak yakalanabilirler de. Bu son durumu, yarattığı hukukî sonuçlarla ve tanınan güvencelerle birlikte daha kapsamlı olarak ikinci bölümde “çatışmaya katılan çocuklar” başlığı altında inceleyeceğiz.

İnsancıl hukuk bütün bu durumları hassasiyetle dikkate alarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış çocuklar için özel koruma hükümleri öngörmüştür. Bu hükümlerin bir kısmı enterne edilen çocukların içinde yaşadığı fiziki ve psikolojik koşullara ilişkin iken diğer bölümü çocuklara uygulanacak cezaî tatbikata, kovuşturmaya ve cezaların infazına yönelik güvenceler getirmektedir.

Çocukların enterne edilecekleri alanlara ilişkin olarak 1 Numaralı Ek Protokol ‘ün **77. maddesinin 4. fıkrası**, *enterne edilmiş, alıkonulmuş veya tutuklu çocuğun, yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmasını* öngörmektedir. *Ancak çocuğun ailesiyle birlikte yaşadığı durumlar saklıdır.* 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi de **82. maddesinde** *enterne edildikleri süre boyunca bir ailenin fertlerinin, özellikle de çocuk ve anne-babasının; çalışma gerekleri, sağlık sebepleri gibi nedenlerin zorunlu kıldığı geçici ayrılık halleri dışında aynı yerde toplanması gerektiğini* düzenlemektedir. *Enterne edilen yetişkinler ebeveynlerinin gözetimi olmaksızın serbest bırakılmış çocuklarının kendileriyle birlikte enterne edilmelerini isteyebilirler.* Yine 1 Numaralı Ek Protokol, **75. maddesinin 5. fıkrasında**, *tutuklanan, alıkonulan veya enterne edilen ailelerin ikametini açısından aile birliğinin gözetilmesi gerektiğini* belirtmektedir.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi’nin **24. maddesi** ayrıca tarafsız bölgede enterne edilme halini düzenlemektedir. Buna göre *çatışmanın tarafları çatışma süresince, şayet varsa hâmi gücün rızasıyla ve 1. fıkradaki ilkelerin hayata geçirilebilmesi şartıyla (çocukların bakımı, dini ibadetlerinin yerine getirilmesi, mümkünse aynı kültürel gelenekten kişilerce eğitim verilmesi) çocukların tarafsız ülkeler tarafından kabul edilmesini sağlayacaklardır.* Sözleşmenin **132. maddesinin 2. fıkrası** aynı şekilde *hasta çocukların da çatışmalar sırasında tarafsız ülkelerde tedavi edilmelerinin sağlanmasını* öngörmüştür. Bu madde hastaneye yatırılmanın yanında salıverilme ve vatana geri iade edilmeyi de düzenlemekte ve en-

terne edilen çocuklar ile hamile, emziren ve küçük yaşta çocuk sahibi kadınların salıverilmeleri, ülkelerine, ikamet bölgelerine geri dönmeleri veya tarafsız bir ülkede hastaneye yatırılabilmesi için çatışmanın taraflarının anlaşmalar akdetmeye çalışacaklarını ifade etmektedir.

4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi **94. maddesinde** eğlence, eğitim ve spor başlığı altında, *enterne edilen çocukların ve ergenlerin eğitimini özellikle gözetmekte ve özel oyun ve spor alanlarının düzenlenmesini öngörmektedir.* Aynı şekilde **89. maddede** *enterne edilmiş hamile, loğusa ve 15 yaşın altındaki çocuklara fizyolojik ihtiyaçlarıyla orantılı takviye erzak verilmesi* de düzenlenmiştir.

Enterne edilen çocuklara uygulanacak cezaî hükümleri incelediğimizde, 4 Numaralı sözleşmenin **76. maddesine** göre *küçüklerin suçluluğuna ve cezalandırılmasına ilişkin hukukî rejim olarak, işgal öncesi yürürlükte olan özel mevzuat dikkate alınacak ve uygulanacaktır.*

2.2.1.7. Çocuğun Ölüm Cezası Karşısında Korunması

Hem 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nde hem de Ek Protokollerde 18 yaşın altındaki çocuklar için hiç bir ölüm mahkumiyeti kararının infaz edilemeyeceği düzenlenmiştir.

4 Numaralı Sözleşme'nin resmî yorumunda ölüm cezasıyla ilgili söylenmektedir: *“Cezanın uygulanması için tüm koşullar mevcut olsa bile cezanın infazına engel teşkil eden mutlak bir sınır söz konusudur. Bu sınır birçok ülkenin ceza yasasında bulunan düzenlemelere uygun olup, dayandığı düşünce, kişinin 18 yaşından önce tam olarak ayırt etme yeteneğinin oluşmamış olması, eylemlerinin içeriğini her zaman ölçmemesi ve baskı altında değilse bile çoğunlukla başkalarının etkisi altında hareket etmesidir.”*⁷

Bu doğrultuda 1 Numaralı Ek Protokol'ün **77. maddesi 5. fıkrasında**, *suçun işlendiği sırada 18 yaşını doldurmamış olan kişilere, silahlı çatışmaya ilişkin bir suç nedeniyle verilen ölüm cezalarının infazını yasaklamaktadır.* 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi de **68. maddesinde**, *işgal altındaki topraklarda suçu işlediği sırada 18 yaşın altında olan*

⁷ *Commentaire de la IV^e Convention de Genève*, Comité international de la Croix-Rouge, parag. 372.

korunan kişiler için biç bir surette ölüm cezası verilemeyeceğini kayıt altına almaktadır. 2 Numaralı Ek Protokol de aynı şekilde **6. maddesinin 4. fıkrasında** uluslararası olmayan çatışmalarda 18 yaşından küçüklere ölüm cezası verilmesini yasaklamaktadır.

2.2.2. Silahlı Çatışmalara Katılan Çocuklar

Çocukların silahlı çatışmalara katılması olgusu silahlı çatışma kavramının uğradığı dönüşümle birlikte git gide artan bir görünürükte uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun gündemine dahil olmuştur. Önceleri sadece düzenli orduları karşı karşıya getiren çatışmalar, özellikle 2. Dünya savaşından sonra düzenli devlet silahlı güçleriyle gerilla tipi savaş örgütlenmelerini karşı karşıya getirmeye başlamış ve silahlı çatışmalarda sivil-savaşan ayrımını silikleştirmiştir. Sivil-savaşan ayrımının yapılmasının zorlaştığı bu durumlarda çocuklar ya doğrudan silahlı güçler içinde yer alarak ya da savaşanlara dolaylı olarak yardımda bulunarak çatışmalara katılmaktadırlar. Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan çalışmalarda da son on yılda silahlı çatışmaların niteliğinin hızla dönüştüğü ve özellikle Asya ve Afrika'da alevlenen yeni savaşlarda çatışmaların ülke topraklarına hapsolup ulaşımı çok zor sınır bölgelerde yoğunlaştığı vurgulanmakta ve çocukların git gide daha çok kitlesel çatışmalarda ya da kamikaze gibi intihar saldırılarında kullanıldığı ifade edilmektedir. Çocuklar ya yoksulluk, eğitimsizlik veya temel yaşam ihtiyaçlarından yoksunluk nedeniyle silahlı gruplara katılmaya sürüklenmekte ya da hayatta kalma isteği, intikam arzusu, yakınlarını kaybetme duygusuyla bir gruba ait olma ihtiyacıyla çatışmalara gönüllü olarak katılmaktadırlar. Diğer yandan çatışma tarafları için de çocuklar, yetişkin savaşçılara göre daha az maliyetli ve daha rantabl savaşçı güç kaynağı olarak görülmektedir. Öte yandan güç, erkeklik, yenilmezlik gibi kahramanlık kavramlarıyla etkilenmeye, manipüle edilmeye ve itaate daha açık oldukları için tercih edilmektedirler⁸. Gönüllü olarak silahlı çatışmalara katılan gençlerle ilgili yapılan bir araştırmada zor ve baskı altında kalmaksızın silahlı güçlere katılmaya neden olan 5 ana faktör tespit

⁸ Rapport de la Représentante Spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, UN Rapport A/64/254, 06.08. 2009, s.2, <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/446/08/PDF/N0944608.pdf?OpenElement>.

edilmiştir. Bunlar aile baskısından kurtulmak, politik, etik, dini veya ideolojik bir amaca hizmet etmek yahut askeri rol modeline öykünmek için savaşı bir fırsat olarak görmek, yoksulluk, eğitimin dışına atılma veya niteliksiz eğitim, işsizlik ve aile birliğinin yok olmasıdır⁹.

Çocuklar, öte yandan iyi ve kötü gibi ahlakî ayrımların henüz bilincinde olmadıkları bu yaşta kolayca manipüle edilerek “yüksek bir amaç” uğruna mücadeleye sürüklenebilmektedirler. Çatışmalarda ailelerini kaybetmiş, bir başına bırakılmış, maddi, psikolojik güven ve destekten, amaç ve gelecek ümidinden yoksun çocuklar daha kolay silahların gölgesine sokulabilmektedirler. UKK de çocuk-askerlere ilişkin yaptığı bir çalışmasında, sürekli şiddet tehdidi altında, aşırı yoksulluk içinde yaşayan ve kendisine destek olacak kurumsal ve ailevi yapılardan yoksun çocukların daha ciddi çatışmaya girme/sokulma tehdidi altında olduğuna işaret etmektedir¹⁰. Şu anda aktif olarak 30 ülkede çatışmalara katılan 300.000 18 yaş altı çocuk bulunduğu ve son 10 yıl içinde bu kadere yaşamış olan çocuk sayısının da 1 milyondan fazla olduğu ifade edilmektedir¹¹. Son 10 yılda savaşın doğrudan etkisi nedeniyle 2 milyon çocuk hayatını kaybetmiş, 1 milyondan fazla çocuk ailesinden ayrı kalmış ve 6 milyon çocuk ağır biçimde yaralanmış ya da kalıcı biçimde sakat kalmıştır¹².

2004 yılında çocukların doğrudan katıldığı çatışma sayısı 27 iken 2008’de bu sayının 17’ye düştüğü tespit edilmiştir. Bugün askeri amaçlarla çocukların görevlendirilmesi veya kullanılması sistematik olarak dünyanın en az 86 ülke veya bölgesinde süregiden bir uygulamadır. 2004 nisan ayı ile 2007 ekim ayı arasında çocuk asker kullanan devletler arasında İsrail, Myanmar, Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Sudan, Somali, Çad, Yemen ve Irak’da savaşan İngiltere yer almaktadır¹³. Myanmar hala korkutma, tehdit ve şiddet kullanarak çocuk asker toplama

9 Brett, Rachel; “*Adolescents volunteering for armed forces or armed groups*”, RICR, n° 852, s. 859, http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_852_brett.pdf.

10 Brochure d’information “*Enfants-soldats*”, ICRC, 2003, réf. 0824, s. 15, [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0824/\\$File/ICRC_001_0824.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0824/$File/ICRC_001_0824.PDF).

11 UNICEF, *Guide to the Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict*, décembre 2003, s. 3.

12 UNICEF, www.unicef.org/protection/index_armedconflict.html.

13 La Coalition pour mettre fin à l’utilisation d’enfants soldats, Rapport mondial annuel 2008, “*Enfants-soldats*”, s. 10, www.childsoldiersglobalreport.org.

maya devam ediyor. Çad'da 2006'daki toplu silah altına almalarında çocuklar da hedef oldu. Somali'de geçici federal hükümet 2006'da çatışmalarda çocukları kullandı. Sudan'da Darfur'daki çatışmalarda çocuklar hem Sudan ordusu tarafından hem de isyancı Sudan Halk Kurtuluş Ordusu tarafından kullanıldı. Uganda'da Lord's Resistance Army (LRA) 'de çatışmaya zorlanan çocuklar kaçmayı başardıktan sonra hükümet güçleri tarafından ele geçirildi ve LRA'ya karşı ordu kuvvetlerinde savaşmak için baskı gördü. İsrail güvenlik güçleri Filistinli çocukları çoğu kez canlı kalkan olarak kullandı. Filipinler'de ise çocuklar direniş karşıtı operasyonlarda kullanılmak üzere paramiliter birimlerde kullanılıyor. Yemen'de 15 yaşından küçük çocuklara askeri eğitim dahi verilmeden silah veriliyor ve savaştırılıyor. İngiltere bile 18 yaşından küçük birkaç çocuğu 2005 yılı ortalarına kadar Irak'ta savaştırdı¹⁴.

Çocukların terör saldırılarında intihar bombacısı, canlı kalkan, suikastçı, kamikaze olarak kullanılması sonucu terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler de çocukları doğrudan hedef alıyor, çok sayıda çocuk göz altına alınıp tutuklanıyor. Tutuklu çocuk-askerler yakalandıkları zaman çocuk olarak değil düşman askeri veya terörist olarak muamele görüyor. Örneğin Burundi'de FNL üyesi olmakla suçlanan çocuklar tutuklanıyor ve ağır baskı ve şiddete maruz kalıyor. İsrail'de de yüzlerce filistinli çocuk tutuklanıp kötü muamele ve işkenceye tabi tutuldu. ABD de terörizmle savaş kapsamında birçok çocuğu –bazısı 13 yaşında düşman savaşan sıfatıyla tutukladı. 18 yaşın altındaki pek çok çocuk Afganistan'da göz altına alınıp Guantanamo'ya belirsiz süreliğine gönderildi. Bunlardan biri olan Kanada uyruklu Omar Khadr 2002 yılında Afganistan'da yakalanıp Guantanamo'ya gönderildikten sonra burada kötü muameleye maruz kaldığını ifade etti. Khadr, 6 yıl sonra 2008'de hâlâ 2002'de, 15 yaşındayken işlediği suçlardan yargılanmayı bekliyordu. Suçlamalarda Khadr'ın henüz 10 yaşındayken El Kaide'ye katıldığı ifade ediliyor¹⁵. Nezarethane ve tutukevlerinin düzenli ve bağımsız kurumlarca gözetim ve denetimi gibi hukuki ve pratik güvenceler çoğunlukla göz ardı edildiği için çok sayıda çocuk adil bir yargılamaya başlanmasını beklerken çok uzun süre bu güvencesiz koşullarda gözaltı merkezle-

¹⁴ Rapport Coalition pour mettre fin aux enfants-soldats, 2008, s. 10.

¹⁵ Rapport Coalition pour mettre fin aux enfants-soldats, 2008, s. 9.

rinde alıkonuluyor. Bu haksız bekleyiş bazen taş atma, gösteriye katılma gibi daha hafif suçlar için de söz konusu olabiliyor¹⁶.

Çocukları, dünyanın birçok bölgesinde sistematik olarak uygulanan bu insanlığa karşı suçtan korumak amacıyla UKK'nin Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği'yle işbirliği içinde, 1939 yılında hazırladığı, *Silahlı Çatışmalarda Çocukların Korunmasına İlişkin Sözleşme* taslağı 2. Dünya Savaşı'nın hız kazanmasıyla yürürlüğe giremedi.

1949 tarihli Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunmasına İlişkin 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin getirdiği genel koruma ışığında, çocukların silahlı çatışmalara katılma sorununu ele alan en önemli düzenleme olan 1977 Ek Protokolleri silahlı çatışmalara katılan çocukların statüsünü ve korunmasını ilk kez düzenleyen belgelerdir. Ek Protokoller ilk olarak çocuklara silahlı çatışmada görev verilmesini yasaklayan hükümlerle çocukları çatışmalardan uzak tutma çabasını ortaya koymuştur. İkinci olarak bütün yasaklayıcı hükümlere rağmen çocukların doğrudan çatışmalara katılması halinde savaşan yetişkinler gibi muamele görmemeleri ve özel bir korumadan yararlanmaları için birtakım güvenceler ortaya koyulmaktadır.

2.2.2.1. Çocukların Silahlı Çatışmaya Katılmasını Önlemeye Yönelik hükümler

Ek protokoller, çocukların silahlı çatışmalara savaşanların yanında katılmalarını engellemek için bir ilk önlem olarak "silahlı çatışmalara katılma yaş eşiği" belirleme yoluna gitmişlerdir. Protokol'ün resmi yorumunda, bir çocuk tanımı yapılmasından bilinçli olarak kaçınıldığı ifade edilmektedir¹⁷. Bunun sebebi, çocuğun genel olarak kabul edilmiş kesin bir tanımının olmamasıdır. Cenevre Sözleşmeleri hukukunda pek çok düzenlemede 15 yaşın esas alındığı görülmektedir. Bunun sebebi daha önce de ifade edildiği gibi 15 yaşını doldurmuş çocukların belirli bir aklî ve bilişsel yeterliliğe ulaşmaları nedeniyle özel düzenlemelere aynı ölçüde ihtiyaç duymamaları olarak ifade edilmektedir.

1 Numaralı Ek Protokol'ün **77. maddesinin 2. fıkrası** silahlı çatış-

¹⁶ Rapport de la Représente Spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, UN Doc. A/64/254, s. 3.

¹⁷ Commentaire des Protocoles, par. 3178.

malara katılma yaşı olarak 15'i esas almaktadır. Buna göre: *Çatışmanın tarafları 15 yaşından küçük çocukların çatışmalara doğrudan katılmaları için başta bu çocukları silah altına almaktan kaçınmak olmak üzere, uygulamada mümkün olan tüm önlemleri alacaklardır. 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşın altındaki kişilerin bulunması halinde, çatışmanın tarafları önceliği daha büyük yaştakilere vermeye gayret göstereceklerdir.*

Burada belirtmek gerekir ki UKK'nin önerdiği “*taraflar gerekli her tür önlemi alırlar.*” ifadesi reddedilmiş ve taraflar sonuçta daha az zorlayıcı olan “*mümkün olan tüm önlemleri alacaklardır.*” ifadesini tercih etmişlerdir. Hükümetlerin, çocukların çatışmalara katılmasına ilişkin mutlak yükümlülükler altına girmekten kaçındıkları görülmektedir¹⁸.

Madde metninde bazı yazarlarca işaret edilen en büyük eksiklik “*doğrudan*” ifadesiyle yetinilerek, yaş sınırlamasının çocukların çatışmalara dolaylı yoldan katıldığı durumları kapsamamasıdır¹⁹. Gerçekten de hangi eylem türlerinin doğrudan katılma kapsamında kalacağına dair somut bir düzenleme yoktur. Bu durumda çatışmaya öldürücü bir silahla katılmaksızın çocukların örneğin gözetleme, istihbarat veya temizlik, bakım, hizmet gibi işlerde de görevlendirilmemeleri için çatışmanın taraflarına getirilen bir yükümlülük olduğunu söylemek zordur.

Bir diğer eleştiri ise 77. maddenin korumayı çocukların çatışmalara doğrudan katıldığı durumlarla sınırlayarak örneğin çatışmalara gönüllü katılma durumunu kapsam dışı bırakmasıdır. Bir görüşe göre “*..they shall refrain from recruiting them into their armed forces*” ifadesindeki “silah altına alma” sözünün sadece zorunlu görevlendirmeyi değil aynı zamanda gönüllü katılmayı da içerdiğini kabul etmek gerekir. Buna göre silah altına almak aynı zamanda “bünyesine katmak” anlamına da geleceğinden 15 yaşından küçük çocuklar gönüllü olarak silahlı güçlere katılmak isteseler de taraflar çocukları görevlendirmekten kaçınmak zorundadır²⁰. Herhalde 15 yaşından küçük çocukların hem çatışma sebeplerini hem de kendi hareket ve eylemlerinin neden ve sonuçlarını idrak

18 Dutli, Maria Teresa; “*Enfants-combattants prisonniers*”, RICR, n°785, septembre-octobre s. 456-470, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>.

19 Yamaner, Melike Batur; “*Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*”, Arıkan Yayınları, 2007, İstanbul s.147.

20 Dutli, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>.

etme yetilerinin tam gelişmediğini, bu nedenle 15 yaşını doldurmamış çocuğun gönüllü olsa dahi silahlı çatışmaya katılma rızasının geçerli olmayacağı söylenebilir. Bu genişletici yorum çabasına rağmen madde metninde “doğrudan” ifadesinin yer alması amaçlanan korumanın etkinliğini azaltmaktadır. UKK'nin “doğrudan” sözcüğünün madde metninden çıkarılması için 1. Diplomatik Konferans'a verdiği teklif de reddedilmiştir²¹.

Yaşanan savaş ve çatışma gerçekleri git gide daha çok 15 yaş altındaki çocuğun çatışmalara gönüllü olarak katıldığını göstermektedir. Diplomatik Konferans Raportörünün ifadesine göre, 3 Numaralı Komisyon 77.madde görüşmeleri esnasında, özellikle işgal altındaki topraklarda ve ulusal kurtuluş savaşları sırasında 15 yaşın altındaki çocukların gönüllü katılımını tamamen yasaklamanın gerçekçi olmayacağını kaydetmiştir²². Böylece Ek Protokollerin hazırlık çalışmalarından, “*recrutement*” teriminin gönüllü katılmayı dışlayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Oysa “*recruter*” kelimesinin sözlük anlamı “*bir askerî birlik oluşturmak için insanları görevlendirmek*” olarak kabul edilirse bunun hem zorunlu silah altına almayı hem de gönüllü katılmayı içermesi gerekmektedir.

Madde müzakerelerinde bazı hükümet delegelerinin çatışmalara katılma yaşının 18'e yükseltilmesi yönünde öneride bulunduğunu belirtmek gerekir. Ancak çoğunluğun yaş sınırını 18'e çıkarmayı reddetmesi üzerine madde metninde, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşın altındaki çocukların silah altına alınması halinde çatışmanın taraflarının önceliği daha büyük yaştakilere vermek zorunda olduğunu düzenleyen ifadeyle yetinilmiştir. Ancak her ne kadar pozitif hukuk düzenlemesi tam koruma sağlamaktan uzak ise de UKK uygulamada çatışmanın taraflarına uluslararası insancıl hukukun gereği olarak çocukların ister zorunlu ister gönüllü olarak silahlı çatışmalara girmemeleri için çağrı ve tavsiyelerini yinelemektedir.

Madde metnine bakıldığında, taraflara içeriği ve niteliği farklı iki yükümlülük getirildiği görülmektedir. Bunlardan ilki bir önlem alma yükümlülüğüdür, taraflara belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirmekle birlikte bu davranışın sonucunu içermemektedir (“uygulamada

²¹ Commentaire des Protocols, parag. 3187.

²² Commentaire des Protocols, parag. 3184.

15 yaşın altındaki çocukların çatışmalara katılmamaları için her türlü önlemleri alma”). İkinci yükümlülük ise mutlak surette bir sonuç yaratma yükümlülüğüdür (“ taraflar 15 yaşından küçük çocukları silahlı güçlerinde görevlendiremezler”). bu iki yükümlülük arasındaki niteliksel fark, maddenin ihlali halinde ortaya çıkacak hukukî sorumluluk açısından önem kazanmaktadır. Çatışmanın tarafları 15 yaşın altındaki çocukları bizzat silah altına almaları halinde hukuken sorumlu tutulacak iken örneğin alınan önlemlerin etkili olmaması nedeniyle çatışmaya katılma gerçekleşirse hukuken sorumlu olmayacaklardır²³.

Uluslararası olmayan çatışmalara uygulanacak olan esasları belirleyen 2 Numaralı Ek Protokol’ün çocukların çatışmaya katılma yaşını düzenleyen maddesi 1 Numaralı Ek Protokol’e göre daha belirli ve kapsamlı bir koruma getirmektedir **4. maddenin 3. fıkrasına** göre *15 yaşın altındaki çocuklar silahlı güçlerde veya gruplarda silah altına alınmamalı ve çatışmalara katılmalarına izin verilmemelidir.* Görüldüğü gibi 1 Numaralı Protokol’ün 77.maddesinde yer almayan, **hem doğrudan hem de dolaylı katılımı kapsayan mutlak bir yasak söz konusudur.** Protokol’ün yorumunda dolaylı katılma hallerine örnek olarak emirlerin iletilmesi, erzak ve eşya taşınması, sabotaj eylemleri sayılmıştır²⁴. Hal böyle iken uluslararası olmayan çatışmanın taraflarına getirilen yükümlülüğün uluslararası çatışma taraflarına göre daha katı olduğu görülmektedir.

Madde metninde dikkate değer bir eksiklik, 1 Numaralı Ek Protokol’ün 77. maddesinin aksine 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük çocukların çatışmalarda kullanılmaması yönünde bir tavsiyeye yer verilmiş olmasıdır. Bununla birlikte Protokol’ün yorumunda 15 yaşın asgarî bir temel olarak alındığı ancak bir tanım oluşturmadığına dikkat çekilmekte; biyolojik ve psişik olgunluğun göreceli olduğu, bu sebeple 15 yaşın üzerindeki çocukların da ihtiyaçlarının göz ardı edilmemesi gerektiği hatırlatılmaktadır²⁵.

²³ Arzoumanian, Nairi / Pizzutelli, Francesca; “ *Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique*”, *RICR*, 2003, vol.85, n°852, s. 833, [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5WVNK3G/\\$File/IRRC_852_Pizzutelli.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5WVNK3G/$File/IRRC_852_Pizzutelli.pdf).

²⁴ Commentaire des Protocoles, parag. 4555-4558.

²⁵ Commentaire des Protocoles, parag. 4559.

2.2.2.2. Çocukların Silahlı Çatışmaya Katılması Halinde Korunması

Bugün çatışmalara katılan çocukları adlandırmada görülen genel eğilim “*asker çocuk / çocuk asker*” ifadesinin kullanması yönündedir. Oysa terimin içerdiği ürkütücü anlamın ötesinde bu iki kelimenin aynı tanım içinde kullanılması dahi paradoksal bir duruma işaret etmektedir. Çocuk-askerler ne bütünüyle çocuk ne bütünüyle askerdirler, arada kalmış, statüsüz çocuklardır onlar. Çocuk-asker kavramının belirsizliği, bu çocukların uluslararası hukuka ve insanlığa karşı suçlardan doğan sorumlulukları sorununun yarattığı “korkunç ikilemi” ortaya koymaktadır²⁶. Savaşan çocukların işledikleri savaş suçlarından ve insanlığa karşı suçlardan doğan uluslararası sorumluluğu, bölgesel ve evrensel özel yetkili ceza mahkemelerinin statü ve kararlarında da tartışılmıştır.

Uluslararası insancıl hukuk açısından bir diğer önemli konu silahlı çatışmalara katılmış, savaşan çocukların karşı tarafın eline geçmesi halinde tâbi olacakları statü ve çocuk olarak yararlandıkları özel korumadan “savaş esiri” sıfatıyla yararlanmaya devam edip edemeyecekleri sorunudur.

2.2.2.2.1. Savaş esiri çocuklar

Her ne kadar uluslararası insancıl hukuk 15 yaşın üstünde olup 18 yaşını doldurmamış çocukların çatışmalara katılmaması yönünde çatışma taraflarına tavsiyede bulunsa da, silahlı çatışmaya ya da kitle kalkışmasına doğrudan ya da dolaylı olarak katılan bu çocuklar “savaşan” sıfatını kazanmaktadırlar²⁷. Bu nedenle ele geçmeleri halinde savaş esiri statüsünün²⁸ tüm güvencelerinden tam olarak yararlanmaları gerekir.

15 yaşından küçük çocuklar da, 77. maddenin 2. fıkrasına rağmen çatışmalara doğrudan katılıp karşı tarafın eline geçmeleri halinde savaş esiri sıfatını kazanacaklardır. Savaş esiri statüsünün getirdiği güvenceler-

²⁶ Rapport du secrétaire général des Nations Unies sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 4 octobre 2000, parag. 33.

²⁷ 1 Numaralı Ek Protokol md.43/2 uyarınca silahlı güçler üyeleri için ve Kara Savaşlarında Uygulanacak Teamül ve Yasalara İlişkin 16 Ekim 1907 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne Ek Yönetmelik md. 2 uyarınca kitlesel kalkışma için.

²⁸ 3 Numaralı Cenevre Sözleşmesi md. 4A/1 ve 6 uyarınca.

den yararlanmak için bir yaş sınırı söz konusu değildir²⁹. Ancak 15 yaşın altındaki çocuklar hiç bir surette silahlı eylemlerinin sonuçlarından sorumlu tutulamazlar. Çatışmalara katılmaları bu bakımdan kendileri açısından hiç bir sorumluluk doğurmayacaktır zira md. 77/2 ile getirilen yasağın muhatabı çocuklar değil çatışmanın taraflarıdır³⁰. Uluslararası insancıl hukukun ihlalinin doğan sorumluluk, çocukları silah altına alan ve çatışmalarda rol veren çatışmanın tarafına aittir.

Savaşan çocukların karşı tarafın eline geçmesi halinde savaş esiri olmalarına bakılmaksızın çocuk olmaları hasebiyle md. 77/1 ile kendilerine tanınan korumadan ve “özel saygı”dan tam olarak yararlanmaya devam etmeleri gerekir. Maddede ortaya koyulan özel koruma ilkesi somut güvencelerini bir önceki bölümde üzerinde durulan Cenevre Sözleşmeleri hukuku bünyesindeki pek çok düzenlemede bulmaktadır.

Her ne kadar çocukların silahlı çatışmalara katılmasından dolayı kişisel olarak sorumlu tutulmamaları gerektiği esas olsa da, savaş esiri statüsündeki çocuklar da, diğer tüm savaş esirleri gibi uluslararası insancıl hukuka karşı işledikleri ağır suçlardan, özellikle savaş suçlarından ve eline geçtiği kuvvetin ulusal yasalarındaki suçlardan dolayı cezaî kovuşturmaya konu olmaktadır. Bu maddî gerçek karşısında, çocukların cezaî sorumlulukları yaşları ve temyiz kudretleri göz önüne alınarak tayin edilmeli ve kural olarak bastırıcı cezalar değil eğitici önlemler alınmalıdır. Haklarında cezaî müeyyidelere hükmolunması halinde de ölüm cezasına kesinlikle hükmedilemeyeceğini, hükmolunsa bile infaz edilemeyeceğini ifade etmiştik. Çocukların savaş esiri statüsüne ilişkin uluslararası olmayan çatışmalar ayrık bir durum oluşturmaktadır zira bu çatışmalar açısından ne savaşan statüsü ne de savaş esiri statüsü öngörülmemiştir. Aynı şekilde korunan sivil kişi ve enterne edilmiş sivil kategorileri de mevcut değildir. Oysa özellikle uluslararası olmayan çatışmalarda, göçler ve ailenin parçalanması nedeniyle çocuklar daha da savunmasız, korunmaya muhtaç kalmaktadırlar. 90’lı yılların ortasında Ruanda örneği ve hutu halkının Zaire’ye göçü trajik örnekler olmuştur³¹.

²⁹ Commentaire des Protocoles, parag. 3194.

³⁰ Dutli, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>

³¹ ICRC, “*Les Enfants dans la Guerre*”, Dossier d’Informations sur les enfants dans la guerre, 2004, In-thèque\Publications et films CICR\Publications\Protection.

Böylece çocuk savaşan, silahlı güçlerin üyesi olsa da olmasa da çatışmalara taraf olduğu için ilgili ülkenin iç mevzuatınca cezalandırılabilir. Ancak sorumluluğunun kapsamı yine ayırt etme kapasitesi ve yaşı göz önüne alınarak tayin edilmelidir. Ayrıca bastırıcı cezaî müeyyide yerine eğitici tedbirler uygulanmalıdır³².

Uluslararası olmayan çatışmalar için belirli statüler düzenlenmemiş olsa da bu çatışmalara katılan çocuklar önceki bölümlerde incelediğimiz 2 Numaralı Protokol'ün çocuklara ilişkin koruyucu hükümlerinden yararlanacaklardır³³.

Savaş esiri statüsüne sahip çocuklar için Cenevre Hukuku sistemindeki pozitif korumanın yanı sıra UKK da savaş esiri kamplarında yaptığı ziyaretlerde çocuklara özel bir koruma ve yaşlarına uygun bir muamele gösterilmesini gözetmekte, esir alan kuvvetlere bu yönde telkinlerde bulunmakta, çocukların bir an önce özgürlüklerine kavuşmalarını sağlamaya çalışmaktadır.

2.2.2.2. Sivil olarak enterne edilen çocuklar

Uluslararası insancıl hukuka göre “savaşan” statüsünü kazanmaksızın çatışmalara katılan çocuklar uyruğu oldukları ülkenin ulusal mevzuatına tâbi olurlar. Düşman güçler tarafından ele geçmeleri halinde, 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi uyarınca “korunan kişi” kategorisine giriyorlarsa bu çocuklar “enterne edilen sivil” sıfatını taşırlar. Bu sıfatla özellikle aileleriyle birlikte aynı yerde enterne edilme, yaşlarına uygun fiziki koşullardan yararlanma, fizyolojik ihtiyaçlarına göre ek besin alma, eğitim görme ve fiziksel talim yapabilme gibi haklardan yararlandırılmalıdırlar³⁴. Bu çocuklara uygulanacak disiplin cezaları da yaşları göz önüne alınarak verilmelidir³⁵. Cezalandırmada temel ilke olan “ayırt etme gücünün yeterince gelişmiş olması” burada da uygulanmaktadır. Buna göre suçun işlenmesi anında temyiz kudreti eyleminin etki ve sonuçlarını anlamaya yeterli olmayan çocuklar, çatışmalara doğrudan katılmaları nedeniyle cezalandırılmazlar.

³² Dutli, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>.

³³ 2 Numaralı Protokol'ün çocukların yardım ve bakım alma hakkını düzenleyen md. 4/3 ile ölüm cezası yasağını düzenleyen md. 6/4. Bkz. Bölüm 2.1. altında.

³⁴ Srasıyla 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 82, 85/2, 89/5 ve 94. maddeleri.

³⁵ 4 Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 119. maddesi.

Çatışmalara katılan çocuklar, 1 Numaralı Ek Protokol'ün **45. maddesinin 3. fıkrası** uyarınca savaş esiri statüsünde olmadıkları için bu statünün sağladığı korumadan yararlanamayacak olsalar da asgari olarak **75. maddeyle** sivillere tanınan genel korumadan yararlandırılmaları gerekir. Aynı şekilde 1 Numaralı Ek Protokol'ün çocuklar için özel koruma ilkesini ortaya koyan **77. madde de, 3. fıkrasında** “*çatışmalara doğrudan katılan 15 yaş altındaki çocuklar, karşı tarafın eline geçerse savaş esiri olup olmadıklarına bakılmaksızın bu maddenin tanıdığı özel korumadan yararlanacaklardır.*” hükmünü getirmiştir. Böylece çatışmaya katılan çocuklar savaş esiri sıfatını kazanmak için gerekli özellikleri taşımasalar da 77.maddenin öngördüğü “özel saygıdan” yararlanacaklardır. 2 Numaralı Ek Protokol de 4/3. Fıkrasında uluslararası olmayan çatışmalar için 15 yaşın altındaki çocuklar lehine aynı düzenlemeyi içermektedir.

3. Uluslararası İnsan Hakları Mekanizmalarında Çocuğun Korunması

3.1. Uluslararası Sözleşmelerde Çocuğu Korumaya Yönelik Hükümler

3.1.1. Evrensel Nitelikteki Belgeler

3.1.1.1. Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1989'da kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi temel siyasi, medeni, sosyal, ekonomik ve kültürel hakların tamamını çocuklar açısından güvenceye almayı amaçlamaktadır. Sözleşme güvence altına alınan hakların birbirine bağlılığını vurgulamakta ve çocuğu bir birey olarak ele alarak kendi gelişiminde aktif rol üstlenmesi ilkesini esas almaktadır³⁶.

Silahlı çatışmalardaki çocuklara ilişkin olarak bu hukukî metin **38. maddesinde** insancıl hukukun çocuklarla ilgili korumasını güçlendirmektedir. 38. maddeye göre:

³⁶ Rapport ICRC, “*La protection des enfants dans les conflits armés*”, extrait de la XXVIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge et Du Croissant-Rouge, 1995, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZGAJ>.

1. *Taraf Devletler silahlı çatışma halinde kendilerine uygulanabilir olan uluslararası insancıl hukukun çocukları da kapsayan kurallarına uymak ve ve uyulmasını sağlamak yükümlülüğünü üstlenirler.*
2. *Taraf Devletler, onbeş yaşından küçüklerin çatışmalara doğrudan katılmaması için uygun olan bütün önlemleri alırlar.*
3. *Taraf Devletler, özellikle onbeş yaşına gelmemiş çocukları askere almaktan kaçınırlar. Taraf Devletler, on beş ile on sekiz yaş arasındaki çocukların silah altına alınmaları gereken durumlarda, önceliği yaşça büyük olanlara vermeye çaba gösterirler.*
4. *Silahlı çatışmalarda sivil halkın korunmasına ilişkin uluslararası insancıl hukuk kuralları tarafından öngörülen yükümlülüklerine uygun olarak, Taraf Devletler, silahlı çatışmadan etkilenen çocuklara koruma ve bakım sağlamak amacıyla mümkün olan her tür önlemi alırlar.”*

ÇHS'nin **38. maddesi**, 1 Numaralı Ek Protokol'ün 77.maddesinin 2. fıkrasındaki koruyucu hükümleri esas almış, mevcut koruma sistemine ciddi bir yenilik getirmemiştir. Madde, 15 yaşından küçük çocukların silahlı çatışmalara doğrudan katılımını yasaklamaktadır. İnsancıl hukuk düzenlemelerinde hukukî korumayı zayıflatan dolaylı katılma halinin yasaklanmaması sorununa bir çözüm sunmayarak mevcut koruma mekanizmasına bir yenilik getirmemekte, hatta mevcut haliyle uluslararası olmayan çatışmalara uygulanacak hukuka göre daha zayıf bir koruma öngörmektedir³⁷. Ancak 38. madde metni insancıl hukuk kurallarına göndermede bulunduğu için burada şüphesiz “*lex specialis*” niteliğiyle, “dolaylı katılma” halini de kapsayarak daha geniş bir koruma getiren 2 Numaralı Ek Protokol'ün **4/3/c maddesi** uygulanacaktır.

Sözleşmenin **39. maddesi** uyarınca da *devletler savaş mağduru tüm çocukların fiziksel ve psikolojik yeniden adaptasyonunu ve topluma yeniden entegrasyonunu kolaylaştırmak için tüm uygun tedbirleri almayı taahhüt etmişlerdir.*

Cenevre Sözleşmeleri hukukunda çocuğun tanımının yapılmasından kaçınılırken Çocuk Hakları Sözleşmesi **1. maddesinde** çocuğu “18 ya-

³⁷ Dutli, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>.

şın altındaki her insan” olarak tanımlamaktadır. Ancak bu kurala bir istisna getirip, ulusal mevzuatta daha düşük bir rüşt yaşı öngörülmüşse bunun uygulanacağını öngörmektedir. Ulusal mevzuatlara tanınan bu takdir hakkı, çocuklara tanınan güvenceli konumu büyük ölçüde sınırlandırmakta, **çocuğun tanımında 18 yaş sınırının bir uluslararası insancıl hukuk teamül kuralı haline gelmesi önünde engel teşkil etmektedir**. Böylece her devlet kendi ekonomik, sosyal ve kültürel yapısına uygun hukukî sistemi esas alarak farklı bir rüşt yaşı belirleyebilecektir. Örneğin Çocuğun Refahı ve Hakları Afrika Şartı ileri bir tanım benimseyerek çocuğu, 18 yaş altındaki tüm insanlar olarak tanımlamıştır. Böylece Şartı onaylayan 31 Afrika ülkesi kendi ulusal mevzuatlarında çocuk yaşını 18’e çekmek yükümlülüğü altına girmiştir³⁸.

Sözleşmenin sınırlı korumasını 25 Mayıs 2000’de yürürlüğe giren **“Çocukların Silahlı Çatışmalara Katılmasına İlişkin ÇHS’ne Ek İhtiyari Protokol”**³⁹ ile güçlendirmek amaçlanmıştır. UKK Protokol’le silahlı çatışmalara katılma yaşını kayıtsız olarak 18’e çekmek için çok çaba sarf etmesine rağmen⁴⁰ müzakereci devletler bu teklifi nüanslı bir biçimde kabul ettiler. Sonuç olarak Protokol’ün **2. maddesinde** çatışmalara çocukların doğrudan katılımıyla ilgili yaş eşiği 18’e yükseltilmekte; düzenleme zorunlu silah altına alma rejimi için sınırı 18 yaş olarak saptarken gönüllü katılma için ise 3. maddede devletleri yaş eşiğini sözleşmede belirle-

38 Arzoumanian / Pizzutelli, s. 832.

39 Protokolün hazırlık süreci için bkz. Jeannet, Stéphane / Mermet, Joël; “*L’implication des enfants dans les conflits armés*”, RICR, 1998, no. 829, s. 111-113, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH3V>. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Helle, Daniel; “*Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict to the Convention on The Rights of Child*”, RICR, no. 839, s. 797-809, 2000, <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQQE>.

40 CIRC, “*Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant concernant l’implication des enfants dans les conflits armés*”, Argumentaire du CICR, 27 octobre 1997, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZEQH>. UKK’nin başlıca hukuki gerekçeleri, uluslararası toplumun genel eğiliminin erişkinliği 18 yaşa çekmek yönünde olduğu ve UÇS’ye koyulan istisnanın giderek kadükleşme yolunda olduğu savına dayanmaktaydı. Örneğin İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 10. maddesini yorumlarken cezaî planda erişkinliğin 18 olarak saptanması gerektiğine karar verdi. (*Rapport du Comité des droits de l’homme du 9 octobre 1992* (doc. ONU A/47/40, par. 13). Aynı şekilde 1994’de Viyana’da toplanan tutuklu çocuk ve ergenlere ilişkin uzmanlar toplantısında devletlere cezai sorumluluk ve erişkinlik yaşına ilişkin ulusal mevzuatın CHS’de tanınan haklardan tam olarak yararlanmayı engellemeyecek şekilde düzenlenmesi tavsiye edilmiştir. (Doc. ONU E/CN.4/1995/100, sayılı tavsiye kararı par. 28 a.).

nen asgari yaşa göre yükseltmeye çağırmakla yetinmektedir⁴¹. (*Devletler aynı zamanda, kendilerine ait silahlı kuvvetlere mensup 18 yaşın altındaki kişilerin çatışmalara doğrudan katılmamaları için mümkün olan bütün önlemleri almalıdırlar.* (md.1) Bu doğrultuda 2004-2008 arasında Şili, Güney Kore, İtalya, Yemen, Maldivler, Sierra Leone ve Slovenya silahlı güçlere gönüllü katılma yaşını 18'e yükseltmiştir⁴².

Sözleşmenin **4. maddesi** düzenli silahlı güçlere bağlı olmayan silahlı grupların, çatışmalarda 18 yaşın altındaki kişileri hiç bir şekilde, zorunlu veya gönüllü görevlendiremeyeceğini ve bunları kullanamayacağını düzenlemekte, böylece bu gruplara devlete göre daha sert ve katî bir yasak getirmektedir⁴³. *Taraf devletler bu tür uygulamaları yasaklamak ve cezalandırmak için gerekli önlemleri almak zorundadırlar.*

BM Güvenlik Konseyi son yıllarda Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol'ün uygulanmasını sağlamak için çocuk-askerler sorunuyla yakından ilgilenmeye başlamış ve çocukların görevlendirilmesini ve kullanılmasını yasaklayan uluslararası hukuk kuralları ihlallerini mahkum etmiştir. Devletlerin yanı sıra devlet yapısı olmayan iç askeri çatışmada yer alan gruplar gibi aktörleri de kapsayacak şekilde, 2000 yılında *uluslararası insancıl hukuk kurallarının ve insan haklarının, özellikle de çocuk haklarının sistematik, genel ihlalinin "uluslararası barış ve güvenliği tehdit niteliği" taşıyabileceğini* vurgulamıştır⁴⁴. Bu karara göre BM Güvenlik Konseyi kural olarak çocuk haklarını güvenceye almak için BM Şartının 41. maddesindeki bastırıcı tedbirleri de içeren önlemleri alabilecektir.

BM 1974 tarihli "Olağanüstü Hallerde ve Silahlı Çatışmalarda Kadın-

⁴¹ ÇHS'ye Ek Protokol'den önce kabul edilen Çocuğun Refahı ve Hakları Afrika Şartı ise, zorunlu görevlendirme ile gönüllü katılma arasında bir ayırım yapmamaktadır. Şart'ın 22. maddesindeki çocuk tanımı mevcut uluslararası hukuk düzenlemelerinde en güvenceli tanımlardan biridir.

⁴² La Coalition pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats, Rapport mondial annuel 2008, "Enfants-soldats", s.10 www.childsoldiersglobalreport.org.

⁴³ Oysa Protokol'ün 3. maddesinin 5. fıkrası 1. fıkradaki gönüllü katılma yaş eşiğini yükseltme yükümlülüğünün taraf devletlerin silahlı güçlerinin kontrol ve idaresindeki eğitim kurumlarına uygulanmayacağını öngörmektedir. Devlet 15-18 yaş arası çocukları silah altına alabiliyorken diğer silahlı güçler için bu kesin bir biçimde yasaklanmıştır.

⁴⁴ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı n° 1314 (2000), UN Doc. S/RES/1314 (2000), 11 août 2000, parag. 9.

ların ve Çocukların Korunması” Bildirisi’nin 5. maddesinde *savaş ve iç çatışmalarda kadın ve çocuklara uygulanacak her tür baskı, insanlık dışı ve acımasız muamelenin, hapis, işkence, toplu tutuklama ve kitlesel cezalandırma, kurşuna dizme, zorunlu göç ettirme, konutların yıkılması eylemlerinin suç teşkil edeceği* belirtilmektedir. Bildiri aynı zamanda *kadın ve çocukların yardım ve bakım alma hakkının ihlal edilmemesi, temel kişisel haklarını, vücut ve ruhsal bütünlüklerinin güvenceye alınmasını* taraf devletlerden istemektedir.

BM Güvenlik Konseyi bu hukuki metinlerin yanı sıra çocukların silahlı çatışmalarda görevlendirilmesi ve kullanılmasını mahkum eden bir dizi tavsiye karar yayınlamıştır. Bunlardan bazıları 1261 (1999), 1314 (2000), 1379 (2001), 1460 (2003), 1539 (2004) ve 1612 (2005) sayılı tavsiye kararlardır.

Ayrıca 2007 yılında BM UNICEF öncülüğünde Paris’de toplanan “savaş çocuklarını kurtaralım” başlıklı uluslararası konferans bünyesinde de “Paris İlkeleri ve Taahhütleri” belgesi kabul edilmiştir. Paris İlkeleri⁴⁵ ve Taahhütleri⁴⁶ 58 ülke tarafından kabul edilen bir dizi hukuki ilke ve uygulamaya yönelik kural tayin ederek çocukların silahlı çatışmalara katılmalarını önlemeyi ve halihazırda çatışmalarda görev alan çocuklara destek götürmeyi amaçlamaktadır.

BM bünyesinde ayrıca özel olarak çocuklar ve silahlı çatışmalarla ilgili bir genel sekreterlik birimi mevcuttur ve bu birim her sene düzenli raporlar hazırlayarak konuya ilişkin gelişmeleri ve tavsiyeleri Genel Kurul’a sunmaktadır.

3.1.1.2. Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin ILO Sözleşmesi

17 Haziran 1999 tarihinde kabul edilen ve 19 Kasım 2000 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerine İlişkin ILO Sözleşmesi 1. ve 3. maddelerinde zorunlu çalıştırmaya yer vermiştir. Buna göre “*Taraf Devletler çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerini, özellikle de çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmak üzere zorla veya zorunlu*

⁴⁵ Paris İlkeleri için: http://www.child-soldiers.org/fr/Principes_de_Paris_Février_2007.pdf.

⁴⁶ Paris Taahhütleri için: http://www.child-soldiers.org/fr/Engagements_de_Paris_Février_2007.pdf.

olarak görevlendirilmesini ortadan kaldırmak ve yasaklamak için vakit kaybetmeden etkili ve acil tedbirleri almak zorundadırlar.”

3.1.2. Bölgesel Belgeler

3.1.2.1. Amerikan Devletleri Örgütü Sözleşmeleri

18 temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nde⁴⁷ çocuk haklarına ilişkin bazı maddeler yer almaktadır. Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen **4. maddesinin 5. fıkrasına** göre *suçu işlediği tarihte 18 yaşından küçük olanlar hakkında ölüm cezası verilemez.* Sözleşmenin Çocuk Hakkı başlıklı **19. maddesinde ise her çocuğun ailesi, toplum ve devlet tarafından çocuk olmasından kaynaklanan koruma önlemlerine hakkı olduğu** belirtilmektedir. Yine sözleşmenin **12. maddesinde ailelerin çocuklarının kendi kişisel inançlarına uygun dinî ve ahlaki eğitimi görme haklarının olduğu** ifade edilmiştir.

Sözleşme silahlı çatışmalarda çocukların korunmasına ilişkin özel bir hüküm ihtiva etmemesine rağmen hakların askıya alınmasını düzenleyen 27. maddede çocuğun hakkını düzenleyen 19. madde ile yaşam hakkını düzenleyen 4. maddenin askıya alınamayacağı ifade edilmiştir. Bu madde güvenceleri şüphesiz silahlı çatışma süresince de devam edecektir.

Sözleşmeye Ek Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Protokol⁴⁸ de 16. maddesinde çocuk haklarını düzenlemektedir. Bu madde de silahlı çatışmalara değinmemektedir.

3.1.2.2. Afrika Birliği Sözleşmeleri

Afrika İnsan ve Halk Hakları Şartı'nın⁴⁹ **18. maddesi** ailenin korunmasına ilişkin olup 3. fıkrasında *devletin uluslararası bildirgeler ve sözleşmelerde öngörüldüğü biçimde kadın ve çocuk haklarının korunmasını sağlaması gerektiği* ifade edilmektedir. Bu madde konuyla ilgili tüm insancıl hukuk ve insan hakları düzenlemelerini kapsamaktadır.

⁴⁷ Sözleşme metni için <http://www.cidh.org/basicos/french/c.convention.htm>.

⁴⁸ Protokol metni için <http://www.cidh.org/basicos/french/e.sansalvador.htm>.

⁴⁹ Şart metni için: http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties_fr.htm, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Afrika Birliği bünyesinde ayrıca Çocuğun Haklarına ve Refahına İlişkin Şart⁵⁰ kabul edilmiştir. Bu şart doğrudan silahlı çatışmalara ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi Şart, çocuğun tanımıyla ilgili insancıl hukuk ve insan hakları düzenlemeleri arasında en güvenceli uluslararası belge niteliğindedir zira 18 yaşından küçük herkesi çocuk tanımı kapsamına almaktadır. Şartın **22. maddesine** göre *Taraf Devletler çocukları etkileyen silahlı çatışmalara ilişkin UİH kural-larına saygı göstermek ve saygı gösterilmesini sağlamak yükümlülüğü altındadır. Taraf devletler çocukların silahlı çatışmalara doğrudan ka-tılmamaları ve özellikle hiç bir çocuğun silah altına alınmaması için gerekli bütün önlemleri alırlar. Taraf devletler uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri doğrultusunda silahlı çatışmalardan etkilenen çocukları korumak için gerekli tüm önlemleri almak zorundadırlar. Bu hükümler aynı zamanda iç çatışma, karışıklık ve gerginlik içinde bulu-nan çocuklara da uygulanır.* Görüldüğü gibi diğer UİH ve insan hakla-rı belgelerinde genelde devletleri yapılan düzenlemelere uymaya, ön-lemleri almaya gayret etmeye, çabalamaya davet eden hükümler yer alırken Afrika Birliği Şartı'nda güvenceler kesin yükümlülüklerle koruma altına alınmıştır. Devletlere sonucu sağlamaya yönelik yüklenen kesin ve mutlak bir yükümlülük vardır. Bu vurgunun arkasında çocukların si-lahlı çatışmalardan en fazla zarar gördüğü bölgelerden birinin Afrika ol-ması yer almaktadır.

3.1.2.3. Avrupa Birliği Belgeleri

7 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın⁵¹ 24. maddesinde çocuk hakları düzenlenmekle birlikte, şartın çocuk işçiliğinin yasaklanmasına ilişkin 32. maddesi de dahil olmak üzere şartta çocukların silahlı çatışmalarda aldıkları zararlara ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Birlik 8 aralık 2003 tarihinde yayınladığı si-lahlı çatışmalar karşısında çocuklara ilişkin birliğin politikasını belirle-

50 Şart metni için: http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties_fr.htm, Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

51 Şart metni için: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf.

yen belgede⁵² Avrupa Birliği İnsani Yardım Ofisi'nin 2000'den beri silahlı çatışmalardaki çocuklar için yapılan projelere finansman sağladığı ve birliğin bu konuda uluslararası kuruluşlara yardım ve desteğinin hız kazandığı belirtilmektedir.

3.2. Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statüleri

3.2.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

17 Temmuz 1998'de Roma'da kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, mahkemenin yargı yetkisine giren savaş suçları arasında, “15 yaşın altındaki çocukları bir devletin silahlı güçleri veya diğer silahlı gruplar içinde askere alma, görevlendirme ya da çatışmalara aktif olarak katılmalarını sağlamak” suçu yer almaktadır. Çatışmalara aktif olarak katılım kavramının tam tanımına bakıldığında, hazırlık çalışmaları bunun “doğrudan katılım” kavramından daha geniş anlaşıldığını ortaya koymaktadır. “katılma” kelimesi hem çatışmaya doğrudan katılma halini hem de çatışmayla ilgili olan sabotaj, gözetim, posta, istihbarat gibi eylemlere doğrudan katılımı içermektedir⁵³.

Mahkeme Statüsü'nün soykırım suçunun tanımlandığı 6. maddesinde bir gruba ait çocukların zorla başka bir gruba verilmesi” de özel olarak sayılmaktadır.

Mahkemenin yetkisi tamamlayıcı, tâli nitelikte olduğundan yargılama yetkisi, Güvenlik Konseyi'nin başvurusu dışında ancak ilgili devletin suçu takip etmede acz içinde olması veya iradesinin olmaması halinde devreye girecektir. Bu nedenle devletler ulusal mevzuatta bu suça karşı bastırıcı düzenlemeleri yapmakla ve suçun faillerini takip etmekle yükümlüdürler.

Çatışmalara katılan çocukların cezai sorumluluğuyla ilgili olarak ise mahkeme statüsünün 26. maddesinde mahkemenin suçun işlendiği id-

52 Adoption des “Orientations sur les enfants face aux conflits armés” par l'Union Européenne, le 8 décembre 2003 et Stratégie de mise en œuvre des orientations adoptée en janvier 2006, http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/human_rights_in_third_countries/r10113_fr.htm, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/10019.fr08.pdf>.

53 Projet du Statut de la Cour Criminelle Internationale, Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour Criminelle internationale, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1., s.21.

dia edildiği tarihte 18 yaşın altında olan kişiler için yargılama yetkisinin olmadığı ifade edilmektedir. Ancak mahkeme açısından bir yetki kuralı olan bu prensip uluslararası bir hukuk kuralı olmayıp, tam tersine uluslararası hukukta çocukların işledikleri savaş suçlarından dolayı yargılanmaları ihtimali tam anlamıyla reddedilmemektedir. Ancak çocukların çoğunun suçun sübjektif unsuru olan suç kastını, suçu gerçekleştirmeye kendi bilinç ve iradesiyle karar verme olgusunu taşımayacakları da açıktır. Mahkemenin yetkisinin tamamlayıcılığı ilkesi ışığında, 26. madde erişkin olmayanların yargılanması sorununu ulusal mahkemelere bırakmaktadır. Ancak çatışmalara katılan, silah altına alınan, görevlendirilen 15 yaşın altındaki çocuklar aynı zamanda bir savaş suçunun da mağduru durumundadırlar. Bu çocukların yargılanması onları ikinci kez mahkum etmek anlamına gelecektir⁵⁴. Hukuki güvenlik gereği ülkelerin ulusal mevzuatlarında ancak uluslararası insancıl hukuka göre çatışmalara katılmaları yasaklanmayan çocukların yargılanabileceklerinin düzenlemeleri gerekir. Bunun yanı sıra 15 yaşın altındaki çocukların kural olarak temyiz kudretini haiz olmadıkları da dikkate alınarak yasakoyucular cezai sorumluluk yaşını en az 15 olarak düzenlemelidirler.

Mahkeme, çocukları silahlı çatışmalarda görevlendirmeyi yasaklayan maddesi uyarınca yaptığı yargulamalarda özellikle Uganda'da LRA liderlerini 15 yaşın altındaki çocuklara çatışmalarda rol vererek savaş suçu işlediğine hükmetmiş ve mahkum etmiştir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki duruma ilişkin olarak hâlâ mahkeme önünde derdest olan Kongolu silahlı grup lideri Thomas Lubanga Dyilo'nun davası⁵⁵, ülkedeki eski çocuk askerlerin adalete erişim hakkının açıkça tanınmasını sağlamıştır.

3.2.2. Ruanda ve Eski-Yugoslavya Ceza Mahkemeleri Statüleri

1993 tarihli Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Statüsü'nün soykırım tanımı getiren 4. maddesinde "ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun çocuklarının bu grubu kısmen veya tamamen yoketmek amacıyla başka

⁵⁴ Clark, Roger / Triffterer, Otto; "article 26: exclusion of jurisdiction over persons under eighteen", Triffterer, Otto; Commentary on Rome Statute of International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, s. 496-497, aktaran Arzoumanian / Pizzutelli, s. 843.

⁵⁵ ICC-01/04-01/06, *Affaire Le Procureur c/Thomas Lubanga Dyilo*, www.icc-cpi.int.

bir gruba zorunlu transferi” özellikle sayılmıştır. 1994 tarihli Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 2. maddesinde aynı tanım yer almaktadır.

Ruanda’da 1996’da kabul edilen “Soykırım suçunu veya insanlığa karşı suçları işlemekle suçlanan kişilerin yargılanmasına ilişkin yasa”⁵⁶ özel yetkili daireler içinde çocuklar tarafından işlenen suçlara bakmakla yetkili, 3 çocuk hakiminden oluşan oturumlar kurulmasını öngörmüştür. Çocuk adaleti alanında münhasır yetkili organların kurulması çocukların cezai yargılaması için önemli bir gelişmedir⁵⁷.

3.2.3. Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü

Sierra Leone Hükümeti’nin BM’ye yaptığı başvuruyla 30 Kasım 1996 tarihinde kurulan Sierra Leone Özel Mahkemesi 1996’dan beri ülke topraklarında hükümetle isyancılar arasında süregiden iç savaşta, özellikle de yöneticiler tarafından işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerini yargılamak amacıyla kurulmuştur.

Mahkemenin statüsünde bir yandan silahlı çatışma ortasında kalmış çocukları koruyucu bir yandan da çatışmalara katılmış çocukların cezai sorumluluğunu ve mahkemenin bu çocukları yargılama yetkisini düzenleyen hükümler yer almaktadır.

Statünün 4/c maddesine göre 15 yaşın altındaki çocukların silahlı kuvvetlerce veya gruplarca silah altına alınması ya da bu çocukların çatışmalara doğrudan katılmak için kullanılması uluslararası hukukun ağır ihlali olarak tanımlanmıştır. Halihazırda yargılanmayı bekleyen tüm sınıklar çocukların görevlendirilmesi ve kullanılması suçuyla suçlanmaktadır⁵⁸. Mahkeme 2007 yılında özellikle çocukları iç çatışmalarda görevlendirmek ve kullanmak suçundan *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC) üyesi 3 kişiyi mahkum etmiştir. Bu kararlar çocukları çatışmada kullanmak ve görevlendirmek suçu temelinde bir uluslararası ceza mah-

⁵⁶ 30 ağustos 1996 tarihli 08/96 sayılı soykırım ve insanlığa karşı suçları oluşturan 1 Ekim 1990 tarihinden itibaren işlenen ihlallerin takibinin düzenlenmesine ilişkin kanun, Journal Officiel de la République Rwandaise, no. 17, 1 septembre 1996, www.asf.be/FR/FRnews/Rwanda_instance/Loi_organique_8_96.pdf.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzoumanian / Pizzutelli, bütün eser.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.sc-sl.org/documents.

kemesinin verdiği ilk mahkumiyetler olduğu için uluslararası hukuk açısından çok önemli bir dönüm noktasıdır. 4. mahkumiyet kararı da hükümet tarafından desteklenen bir milis kuvvet olan *Civil Defence Forces* (CDF) üyesi hakkında verilmiştir. Mahkeme tarafından Liberya eski devlet başkanı Charles Taylor aleyhine başlatılan yargılama da önemli bir gelişmeye işaret etmektedir, ilk defa bir eski devlet başkanı çocukları silahlı kuvvetlerde görevlendirdiği çin savaş suçu işlemekle yargılanmaktadır.

Mahkeme statüsünün silahlı çatışmalara katılan çocukları yargılama yetkisini düzenleyen 7. maddesi, uzun müzakereler ve değişiklik önerileri sonrasında⁵⁹, mahkemeyi 15 yaşın üzerindeki kişileri yargılamaya yetkili kılmaktadır. Mahkeme 15-18 yaş arasındaki çocukları yargılarken çocuğun yeniden topluma adaptasyonunu gözeterek çocuk haklarına ilişkin uluslararası normları dikkate almakla yükümlüdür. Mahkemenin Statüsü aynı zamanda verilecek cezanın salt bastırma amaçlı, hapis cezası şeklinde olamayacağını belirtmekte ve topluma yeniden entegrasyon ve adaptasyonu sağlamaya yönelik tedbirlere öncelik vermektedir.

Sierra Leone Özel Mahkemesi 18 yaşından küçük çocukları yargılamaya yetkili ilk uluslararası ceza mahkemesidir. Mahkeme statüsünde çocuk adalet sistemine ilişkin yer alan özel hükümlerin yanı sıra, mahkeme dışında sanık ve mağdur çocukların tanıklık ve savunmalarını almaya yetkili kılınan Gerçek ve Uzlaştırma Komisyonu⁶⁰ da, silahlı çatışmalara katılan çocukların yargılama dışı, rehabilitasyon ile toplumsal adaptasyona yönelik mekanizmalarla ele alınmasının daha doğru bir tercih olduğu anlayışını yansıtmaktadır. Çocuklara yöneltilen suçlamalar da komisyon tarafından dinlenmeye başlanmış ve çocuk ve ergenlerin tanıklıkları gün ışığına çıkarken çocukların yaşadığı deneyimlerin paylaşılması, rehabilite edilebilmelerine ve topluma adapte olabilmelerine yardım etmektedir. Komisyonun çalışmalarının etkinliği, çocuk-askerlerin uluslararası hukuk suçlarından doğan cezaî sorumluluğu sorununa adli

59 Bkz. Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 4 octobre 2000, article 15.

60 Komisyonun kurucu hukukî metni, ihlalle suçlanan çocukların komisyon tarafından özel usülle dinlenebilme olanağını düzenlemektedir. Sierra Leone, The Truth and Reconciliation Commission Act 2000, www.sierra-leone.org/trcact2000.html, article 7 (4): *„the Commission may also implement special procedures (...) in working with children perpetrators or abuses or violation”*.

mekanizmalarla ve cezaî müeyyide anlayışıyla yaklaşmak yerine koruyucu ve eğitici süreçlerin devreye girmesi gerektiğini daha iyi ortaya koymaktadır⁶¹.

Uluslararası ceza mahkemelerinin statüsünde silahlı çatışmalara katılan çocukların cezai sorumluluğuna ve yargılanmalarına ilişkin farklı hükümler yer alsa da bugün bu mahkemelerin somut uygulamasına bakıldığında, 18 yaşın altındaki çocukların savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar nedeniyle takip edilmemeleri yönünde bir *consensus* olduğu söylenebilir.⁶² Çocukların ulusal merciler tarafından yargılanması halinde de çocuklara uluslararası hukukça tanınan özel koruma hükümlerine riayet edilmeli ve özellikle savunma ve adil yargılanma hakkı ve çocuğun yüksek menfaati gözetilmelidir.

Sonuç

Çocukları silahlı çatışmaların etkilerinden korumak için geliştirilmiş uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları mekanizmalarındaki hukukî güvenceler, ihlallerin sistematik olarak sürmesine engel olmaktan çok uzaktır; bu güvencelerin getirdiği koruma ancak nispî bir çözüm sunmaktadır. Öte yandan uluslararası insan hakları kuruluşlarının ve özellikle UKK'nin konuyla ilgili çalışmaları ve çatışma bölgelerinde yürüttüğü müzakereler de sorunun çözümü için çaba sunmakla birlikte kesin bir sonuç getirmekten uzaktır. Silahlı çatışmalarda çocukların kullanılmasıyla ilgili olarak en etkin hukuki güvenceler uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer almakta, mahkemelerin verdiği mahkumiyet kararları ve halihazırda sürdürdüğü yargılamalar da çocuk istismarının bu en korkunç biçimini cezalandırarak uluslararası insancıl hukuk ilkelerinin somut olarak uygulanmasını sağlamaktadır.

Uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları metinlerindeki koruyucu hükümlere genel olarak bakıldığında, çatışmanın taraflarına mutlak yükümlülükler getirmekten çekinildiğini, bunların belirli koşullara bağlandığını, çatışmaya doğrudan katılma dışında dolaylı ve gönüllü katılmayı yasaklamaktan imtina edildiğini, genel bir çocuk tanımının dahi yapıla-

⁶¹ Arzoumanian / Pizzutelli, s. 855.

⁶² Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire Général pour les enfants et les conflits armés, Doc. NU A/64/254, 2009.

madığını görmek mümkündür. Çocuk yaşının 18'e çekilmesi konusunda dâhi mutabakat sağlanamamıştır. Uluslararası hukuk kuralları çocukları silahlı çatışmalardan korumaktan çok uzaktır. Mevcut korumayı güçlendirmek ve fiili bir güvence ortaya koyabilmek için sözleşmelerdeki yükümlülükler daha net ve kesin hükümlere bağlanmalı, çatışma taraflarına mutlak yasaklar getirilmeli ve çocuk yaşı kesinlikle 18'e çekilmelidir. Hukuki düzenlemelerin yanı sıra çocukların geleceğini ve bugününü çalarak onları ölme ve öldürme üzerine kurulu bir hayata mahkum eden bu insanlık suçu karşısında uluslararası kamuoyunda bir bilinç ve tepki oluşturulmalıdır. Tabii her şeyden önce ölüm ve şehitlik kültürünü yıkarak...

Kaynakça:

- Arzoumanian, Nairi / Pizzutelli, Francesca; “*Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique*”, *RICR*, 2003, vol.85, n°852, p.833, [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5WNK3G/\\$File/IRRC_852_Pizzutelli.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5WNK3G/$File/IRRC_852_Pizzutelli.pdf).
- Brosse, Thérèse; “*L'enfance victime de la guerre, une étude de la situation européenne*”, UNESCO, 15 déc. 1949, Publication n° 461, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001337/133701fo.pdf>.
- Brett, Rachel; “*Adolescents volunteering for armed forces or armed groups*”, *RICR*, n° 852, s. 859, http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_852_brett.pdf.
- Clark, Roger / Triffterer, Otto; “*article 26: exclusion of jurisdiction over persons under eighteen*”, Triffterer, Otto; Commentary on Rome Statute of International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 1999, s. 496-497.
- Dutli, Maria Teresa; “*Enfants-combattants prisonniers*”, *RICR*, n°785, septembre-octobre s. 456-470, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH5Y>.
- Helle, Daniel; “*Optional Protocol on the involment of children in armed conflict to the Convention on The Rights od Cbild*”, *RICR*, no. 839, s. 797-809, 2000, <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQQE>.
- Jeannet, Stéphane / Mermet, Joël; “*L'implication des enfants dans les conflits armés*”, *RICR*, 1998, no 829, s. 111-113, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH3V>.
- Plattner, Denise; “*La Protection de l'enfant dans le droit international humanitaire*, 1984 *RICR*, n° 747, s. 148-161, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH54>.
- Yamaner, Melike Batur; “*Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*”, Arıkan Yayınları, 2007, İstanbul.

Rapor ve Dosyalar:

- ICRC, “*Les Enfants dans la Guerre*”, Dossier d'Informations sur les enfants dans la guerre, 2004, Infothèque\Publications et films CICR\Publications\Protection.
- ICRC, Rapport “*La protection des enfants dans les conflits armés* », extrait de la XXVIe Conférence Internationale de la Croix-Rouge et Du Croissant-Rouge, 1995, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZGAJ>.

UN, Rapport de la Représentante Spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, UN Rapport A/64/254, 06.08. 2009, <http://ods-dds ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/446/08/PDF/N0944608.pdf?OpenElement>.

Rapport du secrétaire général des Nations Unies sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915, 04. 10. 2000.

ICRC, Brochure d'information «*Enfants-soldats*», 2003, réf. 0824, 15 pp., [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0824/\\$File/ICRC_001_0824.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0824/$File/ICRC_001_0824.PDF).

UNICEF, *Guide to the Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict*, décembre 2003, www.unicef.org/protection/index_armedconflict.html.

La Coalition pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats, Rapport mondial annuel 2008, «*Enfants-soldats*», www.childsoldiersglobalreport.org.

CIRC, «*Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant l'implication des enfants dans les conflits armés*», Argumentaire du CICR, 27 octobre 1997, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZEQH>.

Web Siteleri:

www.icrc.org

www.unesco.org

www.unicef.org

www.childsoldiersglobalreport.org

<http://www.cidh.org>

www.africa-union.org

www.europa.eu

www.asf.be

www.sc-sl.org

www.sierra-leone.org

www.icc-cpi.int

Fransa, İtalya ve Türkiye'de Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Dini Sembollerin Kullanımı

Nil Melek Gültekin*

Özet

Bu yazıda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili 9. maddesi kapsamında Fransa, İtalya ve Türkiye'de dini sembolere bakış açısı, bu ülkelerde bu alanda karşılaşılan sorunlar ve yasal düzenlemeler incelenmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu üç ülke ile ilgili olarak bu konuda verdiği kararlardaki önemli noktalara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dini sembol, Fransa, Türkiye, İtalya, AİHS, düşünce din ve vicdan özgürlüğü

Abstract

In this article, the point of view of France, Italy and Turkey to freedom of thought, conscience and religion, the problems faced and legal regulations in these countries related to this topic within the perspective of article 9 of the European Convention on Human Rights has been analysed. Also, the perspective of the European Court on Human Rights in the cases concerning these countries and this issue has been studied and important points have been put forward.

Keywords: Religious symbol, France, Turkey, Italy, ECHR, freedom of thought conscience and religion

* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Giriş

Dini sembollerle ilgili olarak pek çok ülkede tartışmalar yaşanmış, bu konu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'de pek çok davaya konu olmuştur. Sözleşmeye üye ülkelerin mevzuatlarında ve uygulamalarında farklılıklar olsa da, hemen hemen bütün ülkelerde bu konuya ilişkin tartışmalar yaşanmış ve yaşanmaktadır.

Bu yazıda, İtalya, Fransa ve Türkiye'de dini sembollere bakış açısı, bu ülkelerin mevzuatları ve bu ülkelerden AİHM'ye gitmiş davalar inceleneyecektir. Bu üç ülkenin seçilmesinin sebebinin temelinde, bu üç ülkeye ilişkin önemli AİHM kararları bulunması ve bu ülkelerde “dini sembol” ile ilgili tartışmaların diğer ülkelere nazaran daha fazla ortaya çıkmış olmasıdır. İtalya'da son zamanlarda üstünde durulan ve çok yakın bir AİHM kararına konu olan temel sembol “haç” iken, Türkiye'de bu sembol “başörtüsü”dür. Fransa'da ise orta öğretim ve lise eğitiminde tüm dini semboller yasaklanmıştır.

Dini sembollerin kullanımı ile ilgili tartışmalar ve sınırlamalar göç alan ülkelerde daha belirgindir ve bu ülkelerde dini sembollerin kullanılması meselesi özellikle daha sorunlu bir süreç yaratmıştır, zira çoğunlukla dini sembollerini o ülkede yaşayan insanlar kadar özgürce kullanmak isteyen ve dinlerini de aynı şekilde özgürce yaşamak isteyen göçmenler göç ettikleri ülkelerde bu sembollerin kullanımına karşı sınırlamalarla karşılaşmışlardır¹. Kanaatimizce, göç alan ülkelerde dini sembollerin kullanılması yoluyla inançların dışavurumunda görülen sorunlar, toplumunun büyük oranının hatta neredeyse tamamının belirli bir dine mensup olduğu ülkelerde de görülmüştür. Nitekim yoğun olarak Müslüman ülkelerden göç alan Fransa, nüfusunun neredeyse tamamı Müslüman olan Türkiye ve nüfusunun neredeyse tamamı Hristiyan olan İtalya'nın bu makalede incelenmek üzere seçilmelerinin sebebi budur.

İşte bu yazıda bu ülkelerde tartışmalara konu olmuş bu semboller üzerinde durulacak, ülkelerin bu konudaki mevzuatları incelenecek ve hem söz konusu ülkelerde hem de AİHM'de verilmiş kararlar incelenecektir.

1 Cañameres Arribas, Santiago; “Religious Symbols in Spain: A Legal Perspective”, 2009, LexisNexis arama motoru, (15.12.2009), s. 1.

I . Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Dini Sembollere Genel Bakış

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir:

“- 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.”²

BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ise bu alanı şöyle bir madde ile düzenlemektedir:

- Madde 18:

Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü vardır. Bu hak, herkes için yalnız ya da topluca, gerek kamu önünde gerekse özel olarak öğretimle, uygulamalarla, ibadet etmeyi ya da dini yükümlülükleri yerine getirerek dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü içerir.”³

Dini semboller bu maddede ifade edilen “dinini veya inancını açıklama özgürlüğü” kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla bu durumda dini sembolün tanımı önem arz etmektedir; zira hangi sembollerin bu madde kapsamında korunacağı veya korunmayacağı da buna göre belirlenecektir. Dini sembollerin ne olduklarına ilişkin kesin bir tanım bulunmakta ve hangi sembollerin dini sembol olduğu veya olmadığı konusunda tartışmalar süregelmektedir. Bazı sembollere hem dini hem tarihi anlamlar yüklenebileceği; önemli olanın bunlardan hangisinin ağır bastığını tespit etmek olduğunu ileri süren yazarlar vardır⁴. Nitekim İtal-

² Yılmaz, Abdulhalim; “Din ve İnanç Özgürlüğü Çerçevesinde Dini Sembollerin Kullanımı”, 2004, http://www.mazlumder.org/haber_detay.asp?haberID=99 (11.12.2009), s. 2.

³ Yılmaz, s. 1.

⁴ Rodriguez, Gregory; “The Many Meanings of a Cross”, 2009, http://www.newamerica.net/publications/articles/2009/the_many_meanings_of_a_cross_13724 (12.12.2009).

ya'ya karşı AİHM'de açılan ve sınıflarda haç bulunmasının zorunlu olmasına ilişkin kararda, hükümet savunmasında haçların artık dini sembol olmaktan ziyade, İtalya tarihini ve kültürünü yansıtan bir sembol olduğunu, "haç"ın dini anlamının tarihi anlamı içerisinde erdiğini öne sürmüştür⁵. Bu sebeple bir işaretin ne zaman dini sembol sayılacağı veya sayılmayacağı önem arz etmektedir. Zira belli bir simge veya belli bir sembol dini bir anlam taşımasının yanı sıra kültürel ve tarihi bir anlam da taşıyabilir. Hatta söz konusu sembolün taşıdığı dini anlam zaman içinde daha çok bir tarihi veya kültürel anlama dönüşebilir; hatta böyle bir anlam içinde eriyebilir⁶. Bu durumda esas önemli olan bu simgeye atfedilebilecek anlamlardan hangisinin diğerlerine üstünlük sağladığıdır. Bunun anlaşılması için de kanaatimizce bir ölçüm aracı olarak genel olarak o simgenin o toplumda uyandırdığı his ve düşünceler temel alınabilir. Bir simgenin veya sembolün kullanılması o toplumda ağırlıklı olarak dini çağrışımlar yapıyorsa, bu sembolün dini bir sembol olduğunu söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Kanaatimizce, bir sembolün yalnızca belirli bir çevre için dini bir çağrışım yapması ve dini bir anlam taşıması da yeterli olmayacaktır; bir simgenin dini sembol sayılabilmesi için, kullanıldığı ülkenin toplumunda genel olarak dini çağrışım yapması gereklidir.

AİHS'deki 9. maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesi içsel özelliği korumakta ve bu koruma ile kişilerin diledikleri inancı benimseyip bu inançlarını ve düşüncelerini açıklamaya zorlanamayacakları, bu inançlardan dolayı suçlanamayacakları ve kendilerine zorla veya "*serbest iradeyi etkileyen başka yollarla*" kendi inançlarından vazgeçmek zorunda bırakılmayacakları veya farklı bir inancı kabule zorlanamayacakları öngörülmektedir⁷. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise bu inançların dışavurumunu düzenlemektedir. Bir eylemin bu madde kapsamında dışavurum olup olmadığını belirlemek için AİHM iki ölçüt kullanmaktadır. Bunlar

5 *Lautsi c. Italie* (Word version), 3 Kasım 2009 tarihli karar, başvuru no: 30814/06, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionSimilar=42483286&skin=hudoc-en&action=similar&portal=hbkm&Item=1&similar=frenchjudgement> (13.12.2009), s. 2.

6 Cañameres Arribas, s. 11.

7 Usal, Zeynep O.; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", <http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1132> (15.12.2009), s. 1.

söz konusu eylemin “*bir din yada kanaatin zorunlu ifadeleri olup olmadığı ve bu din yada kanaatin samimi bir biçimde dışavurumu sayılıp sayılmayacağıdır*”⁸. İşte dini sembollerin kullanımının dışavurum sayılıp sayılmayacağı da AİHM tarafından bu kriterlere göre bir değerlendirme yapılarak belirlenmektedir. Mahkeme Arrowsmith v. İngiltere kararında, “*9. maddenin ilk paragrafında kullanılan pratiques - practice terimi din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamaz. ... Bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorsa, bu inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılsalar bile 9. maddenin koruması altında sayılamazlar*”⁹ diyerek hangi eylemlerin dışavurum kapsamında kalacağını belirlemiştir.

Kamusal alanlardaki tüm dışavurumlar bu maddenin koruması kapsamında kalmamaktadır, zira 9. maddenin ikinci fıkrası dışavurum özgürlüğünü sınırlayıcı niteliktedir ve hangi durumlarda devletlerin bu sınırlamaya başvurabileceklerini göstermektedir. Buna göre kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık ve ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bu sınırlamanın sebebinin oluşturabilecektir. Ancak maddede vurgulanan husus, bu sınırlamaların demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olması gereği ve sınırlamanın ancak yasayla yapılabileceğidir. Bu da devletlere vatandaşlarının bu madde kapsamına giren haklarını koruma ve sınırlamayı sözleşmenin belirttiği şekillerde ve maddede gösterilen sebeplerle sınırlı olmak üzere yapması yükümlülüğünü getirir.

Dini sembollerin kullanımının kişilerin inançlarının dışavurumu olarak ortaya çıktığı durumlarda, devletlerin bunları sınırlarken, kapsamı mümkün olduğunca dar tutmaları gerekmektedir ve bu sınırlama ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Buna göre sınırlama yalnızca sınırlamaya sebep oluşturan öncül menfaatin korunmasının gerektirdiği ölçüde yapılmalıdır. Buna ek olarak bu sınırlamaya genel bir biçimde değil, her olay için spesifik bir düzenleme yapılarak başvurulmalıdır¹⁰.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer önemli husus ise, di-

⁸ Öktem, Arif Emre; Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Yay. Haz. Haluk Kürşad Kopuzlu, 1. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, Aralık 2002, s. 325.

⁹ Yılmaz, s. 5.

¹⁰ Cañameres Arribas, s. 13.

ni inançlara karşı AİHM'nin devletlere getirdiği tarafsız olma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe göre, devletler tarafsız düzenleyici konumundadırlar ve herhangi bir dine öncelik verildiğine veya o dinin devlet tarafından benimsendiğine ve desteklendiğine ilişkin bir izlenim veremezler. Devletlerin tarafsız olmasının demokratik bir toplumda dini uyum ve hoşgörüyü önayak olmak ve kamu düzenini sağlamak açısından önemi vurgulanmış, laiklik ilkesinin devletin herhangi bir din lehine taraf tutmasını yasakladığını ve “tarafsız bir hakem” olarak davranması gerektiğini belirtmiştir¹¹. Nitekim devletin tarafsız olma yükümlülüğü sebebiyle, Fransa dini sembollerin okullarda kullanılmasını yasaklayan yasa ile, okullarda tüm dini sembolleri yasaklamıştır ve İtalya'nın sınıflarda haç bulundurulmasının zorunluluğuna ilişkin AİHM'den aldığı mahkumiyet kararı da bu ilkeye dayanmıştır. AİHM bu kararda devletlerin tarafsızlığına ilişkin genel ilkeyi tekrar vurgulamış ve bu ilkenin devletlere, herhangi bir dini inancı, kişilerin devlete bağımlı olduğu yerlerde veya kişilerin savunmasız ve zayıf oldukları yerlerde *dolaylı olarak dahi* dayatma yasağı getirdiğini belirtmiştir¹². Devletlerin tarafsızlığının bir diğer gereği de, kamuya açık alanlarda, varlığının sebebi, objektif bir gözlemci tarafından devlete atfedilebilecek dini semboller bulunmamasıdır¹³. Bundan anlaşılması gereken ise, bir toplumda yaşayan kişilerin devletin otoritesinin egemen olduğu yerlerde belirli bir dine ait semboller görerek bunların o yerdeki varlığını devletle bağdaştırarak, o devletin o dini benimsediğine veya o din lehine taraf olduğuna ilişkin bir izlenim edinmemeleri gerektiğidir. İşte devletin görevi, kişilerin böyle bir izlenime kapılmalarına sebebiyet vermeyecek şekilde hareket etmek; belirli bir dine daha yakın olduğu izlenimini vermemektir.

¹¹ Usal, s. 8.

¹² *Lautsi c. Italie*, s. 14.

¹³ Budd, Jordan C.; “Cross Purposes: Remediating the Endorsement of Symbolic Religious Speech”, 2004, s. 8.

II. Fransa, İtalya ve Türkiye'de Dini Sembollerin Kullanımına İlişkin Düzenlemeler

Fransa, İtalya ve Türkiye'nin dini sembollerin kullanımına bakış açıları farklı olup, buna paralel olarak bu ülkeler oldukça farklı mevzuatlara sahiptirler. Kanaatimizce, ülkelerin mevzuatlarında yer verdikleri düzenlemeler çoğunlukla o ülkelerin bu konudaki ihtiyaçlarına paralel olarak gelişmiş, o ülkelerin yaşadıkları tarihi ve kültürel olaylardan birebir etkilenmişlerdir.

İtalya'nın Katolik Kilisesi ile olan yadsınamaz bağı, Fransa'nın katı laiklik uygulamaları ve Türkiye'de rejim kaygısı bu düzenlemelerin ortaya çıkmasında en önemli sebepleri oluşturmuştur. Bu ülkelerin ayrı ayrı durumlarını, mevzuatlarını ve bu mevzuatların oluşması için zemin oluşturan olayları ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

A. Fransa'da Dini Sembollerin Kullanımına İlişkin Düzenlemeler

Bu başlık altında, Fransa'da dini sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemelerin incelemesi eğitim öğretim alanında yoğunlaşacaktır; zira en çok sorun bu alanda ortaya çıkmış, Fransa bu konuya ilişkin 2004 senesinde bir yasa çıkarmış ve bu yasa ile devlet bünyesinde eğitim öğretim faaliyetlerini sürdüren ilköğretim ve ortaöğretim okullarında ve liselerde dini semboller yasaklanmıştır. Fransa'da okullarda dini sembol sayılabilecek kılık kıyafet ve benzeri simgeleri yasaklayan yasanın çıkarılma sebebini daha iyi anlamak için, bu yasanın içeriği incelenmeden evvel bu meselenin Fransa'daki gelişimine değinmekte fayda vardır.

Öncelikle Fransa'nın din özgürlüğü çerçevesinde mevcut mevzuatına ve laiklik anlayışına bakmak gerekmektedir. Fransa'daki katı laiklik anlayışı devletin ve kilisenin ayrılığı prensibini temel almakta, laiklik ilkesi dinin kişinin özel alanı kapsamında kaldığını, kamusal alanın keskin çizgilerle laik olmasının sağlanması gerektiğini ve hükümet ile siyasi kurumların her tür dini sorun ve etkiden bağımsız olması gerektiğini belirtmektedir¹⁴. Nitekim 1905 tarihli kanun, devletin kiliseye her tür maddi destekte bulunmasını, devlete bağlı olarak faaliyet gösteren devlet okul-

¹⁴ Walterick, Stefanie; "The Prohibition of Muslim Headscarves from French Public Schools and Controversies Surrounding The Hijab In The Western World", 2006, s. 2.

larında din eğitimi vermesini ve herhangi bir dini teşvik etmesini yasaklamıştır¹⁵.

Fransa'nın 1958 senesinde değişikliğe uğrayan Anayasası'nın 2. maddesi "*Fransa laik, demokratik, sosyal ve bölünmez bir Cumhuriyettir. Bütün vatandaşlar; köken, ırk veya din konusunda ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Cumhuriyet, bütün inançlara saygı gösterir*"¹⁶ demektedir. Bu madde ile vatandaşların dinlerinin gereklerini yerine getirmeleri de koruma altına alınmıştır, ancak "kamu düzeni"ni tehdit edecek bir durumun oluşması halinde 1905 tarihli "Kilisenin ve Devletin Ayrılması"na ilişkin kanununun 1. maddesine ve 1789 tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi'nin 10. maddesine dayanarak bunun sınırlandırılabilceği öngörülmüştür¹⁷. 1789 tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi'nin 10. maddesinde "*Kanun ile düzenlenmiş olan kamu düzeninin bozulmaması kaydıyla, hiç kimse, dini nitelik taşısa dahi, düşünceleri nedeniyle rahatsız edilemez*" denilerek, kamu düzeninin bu haklar için sınırlama sebebi olabileceği belirtilmiştir¹⁸. Kız çocukların sünnet edilmelerinin kamu düzenini ve genel sağlığı tehdit etmesi sebebiyle Fransız kanunlarınca yasaklanmış olması bu tür sınırlamalara verilebilecek bir örnektir¹⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Fransa; Fas, Tunus ve Cezayir gibi Müslüman ülkelerden yoğun sayıda göç almış, bu da Fransa nüfusunun kayda değer bir kısmını Müslümanların oluşturmasına sebep olmuştur. Avrupa'da en geniş Müslüman nüfusa sahip olan ülkelerden biri olan Fransa'nın nüfusunun %10'u Müslüman olup, Müslümanlık ülkede Hristiyanlıktan sonra gelen en önemli ikinci dindir²⁰. Bunun sonucu olarak, Müslüman kızların dinin gereği olduğuna inandıkları başörtüsünü ilk ve orta dereceli okullarda ve liselerde takmaları ve başörtülü kız öğrenci sayısının bu göçün doğal sonucu olarak artmaya başlaması, Fransa'da 1989 yılında bu konu ile ilgili ilk sorunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

¹⁵ Walterick, s. 2.

¹⁶ <http://www.ambafrance-tr.org/spip.php?article951>, (13.12.2009).

¹⁷ Walterick, s. 2.

¹⁸ <http://www.ambafrance-tr.org/spip.php?article951>.

¹⁹ Walterick, s. 2.

²⁰ Walterick, s. 2.

Fransa, “okullarda başörtüsü sorunu” ile ilk kez, 18 Eylül 1989’da, Paris’in kuzeyindeki Creil bölgesinde bulunan orta dereceli bir okulun müdürünün, Kuzey Afrika kökenli üç kız öğrenciyi başörtülü oldukları gerekçesiyle okuldan atması ile karşı karşıya gelmiştir²¹. Müdürün kararı bir hafta içerisinde Eğitim Bakanı tarafından geçersiz kılınmış, ancak Lionel Jospin tarafından Danıştay’dan hukuki görüş istenmiştir²². Danıştay Fransa’nın laik yapısını ve buna bağlı olarak iki temel ilkeyi vurgulamıştır; bunlar devletin kamu hizmetleri çerçevesinde din konusunda tarafsız olması gereği ile “devlet okulları” sisteminin eşitliği ve adilliyetidir²³. Danıştay bu kararında devlet okullarında öğrenim gören öğrencilerin, diğer öğrencilerin dini inanç özgürlüklerini ihlal etmediği sürece, kendilerini dinleri doğrultusunda ifade etme özgürlüklerinin bulunduğu altını çizmiştir²⁴. Danıştay ayrıca devlet okullarında dini sembollerin kullanılmasının laiklik ilkesiyle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığını da eklemiştir²⁵. Ancak Danıştay dini sembollerin öğrenciler tarafından giyilmesi ve takılmasına dört istisna getirmiştir; dini semboller göze çarpar nitelikte olmamalı, bunları kullanmak propaganda, provokasyon veya farklı inançlara sahip olanların üstünde baskı oluşturacak bir eylem olmamalı, diğer öğrencileri kullanılan sembolün mensup olduğu dine çevirmeyi amaçlayıcı nitelikte olmamalı ve okul faaliyetlerine engel oluşturmamalıdır²⁶. Okulda takılan bir dini sembolün bu özellikleri taşıyıp taşımadığının tespiti okul yöneticilerine bırakılmış, ancak buna ilişkin genel kurallar koymak yerine, bu değerlendirmenin her somut olayın özelliklerine göre yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁷.

1995 yılında, okullarda başörtüsü takılması sorunu, iki kız öğrencinin beden eğitimi dersinde başörtülerini çıkarmayı reddetmeleri üzerine bir kez daha ortaya çıkmıştır. Okul yönetimi bu öğrencileri cezalandırmış, buna tepki olarak da kızların babalarının da aralarında bulun-

21 Ziegler, Reuven; “The French Headscarves Ban: Intolerance or Necessity?”, 2006, s.2.

22 Ziegler, s. 2.

23 Ziegler, s. 3.

24 Ziegler, s. 3.

25 Walterick, s. 3.

26 Walterick, s. 3.

27 Walterick, s. 3.

duğu yerel İslam cemiyeti okulun önünde bir protesto gösterisi düzenlemiş ve bu gösteri basında oldukça geniş yankı uyandırmıştır. Bunun üzerine okul kız öğrencilerin okuldan atılmasına karar vermiştir. Danıştay'a götürülen davada, Danıştay "okuldan atma" kararının makul sebeplere dayandığına karar vermiştir²⁸. Her ne kadar AIHM'nin kararları ayrı bir başlık altında incelenecek olsa da, bu olayın AIHM'ye taşındığına ve Mahkeme'nin kararı onayarak Fransa'nın bu meselede geniş bir takdir marjının²⁹ bulunduğunu vurguladığına burada değinmek gerekmektedir³⁰.

Okullarda başörtüsü giyilmesinin meşruluğuna ilişkin tartışmalar devam etmiş, ancak 2003 senesinin başlarında bu konu ile ilgili davaların ve uyuşmazlıkların azaldığı gözlemlenmiştir. 2003 senesinin Nisan ayında o dönemin Başbakanı'nın ve İçişleri Bakanı'nın bu konuya ilişkin açıklamaları devlet okullarında başörtüsü takılmasına ilişkin tartışmaları yeniden gündeme taşımış, 2003 senesinin Temmuz ayında birçok milletvekili devlet okullarında laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle başörtüsü takılmasının yasaklanmasını önermiştir. Fransız Hükümeti, başörtüsünün; Fransız Cumhuriyeti'nin özgürlük ve eşitlik ülküsünü zayıflattığı ve siyasi bir anlama bürünmeye başladığı için yasaklanması gerektiğini savunmuştur³¹.

Bunun üzerine dönemin Cumhurbaşkanı olan Jacques Chirac bu konuda araştırma yapması için "Stasi Komisyonu"nu görevlendirmiş; bu komisyon da araştırmalarının sonunda Aralık 2003'te bir rapor sunmuştur. Komisyon söz konusu raporda devlet okullarında dini ve siyasi sembollerin giyilmesinin ve takılmasının devletin laiklik ilkesini ve tarafsızlığını korumak ve vurgulamak amacıyla yasaklanmasını tavsiye etmiştir. Raporda, başörtüsü takmak konusunda Müslüman kadınlarının maruz kaldıkları baskıdan bahsedilmiş, yapılan araştırmada başörtüsü takanlardan büyük bir kısmının bunu kendi istekleriyle değil, çevrelerinin baskısı sebebiyle taktıklarını tespit edildiği belirtilmiştir. Buna ek ola-

28 Kuhelj, Alenka; "Religious Freedom In European Democracies", 2005, s. 8-9.

29 Takdir marjı: "*margin of appreciation*".

30 Rorive, Isabelle; "Symposium: Constitutionalism and Secularism In An Age Of Religious Revival: The Challenge Of Global And Local Fundamentalism: Religious Symbols In The Public Space: In Search Of A European Answer", 2009, s. 7.

31 Kuhelj, s. 2.

rak raporda öğrencilerin okullarda başörtüsü takmaları sebebiyle o güne dek baş göstermiş sorunlara da yer verilmiştir³².

Raporun hemen ardından Chirac meclise tüm “bariz” dini kılık kıyafet ve sembolün devlet okullarında yasaklanmasını öngören bir yasa³³ teklif etmiştir. Yasa 15 Mart 2004'te Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış, 2004'teki okul yılının başlamasıyla yürürlüğe girmiştir³⁴. Bu yasa ile, “öğrencilerin dini aidiyetlerini bariz bir şekilde gösteren işaret ve giysileri”³⁵ devlet okullarında giymeleri ve takmaları yasaklanmıştır. Yasanın içeriğinde, devletin tüm dinlere karşı tarafsız bir tutum takınması gereği tarafsız bir şekilde kaleme alınmış, tüm dini semboller ve kıyafetler yasaklanmıştır. Ancak, yasa metninden anlaşıldığı üzere, bu yasağın kapsamına giren sembol ve kıyafetler “bariz”; yani göze çarpacak nitelikte olanlardır. Dolayısıyla bu yasanın, başörtüsü ile ilgili ortaya çıkan sorunlar, milletvekillerinin talebi ve Cumhurbaşkanı'nın kurduğu komisyonun başörtüsü ile ilgili yaptığı araştırma neticesinde meclisten geçmesi, kanaatimizce yasanın aslında esas olarak başörtüsünün okullara girmesini engellemek için çıkarıldığını göstermektedir. Ayrıca, Hristiyan öğrencilerin okullarda taktıkları sembollerin çoğunlukla Avrupa'da adet olduğu üzere haç şeklinde küpeler veya kolye uçları olması³⁶ sebebiyle, bu semboller “bariz” ve göze çarpar nitelikte olmadıkları için uygulamada bu yasa kapsamında kalmamaktadırlar. Yasaya göre “büyük” haçlar, Yahudilerin taktıkları kipalar, Sihlerin taktıkları sarıklar ve başörtüleri devlet okullarında yasaklanmıştır³⁷. Bu durumda, kanaatimizce, kıyafete ilişkin olmaları sebebiyle daha bariz olan bu sembollerin okullarda kullanılması ile haçların kullanılması arasında devletin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir durum söz konusudur; zira okullarda haç takılması yapısı itibarıyla daha az dikkat çekmeye müsait olduğundan bu sınırlama kapsamına girmezken, bahsi geçen diğer sembollerin yapıları itibarıyla haç kadar az dikkat çekecek küçük boyutlar-

32 Walterick, s. 4.

33 Yasanın tam adı: “*Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*”

34 Walterick, s. 4.

35 <http://www.ak-der.org/tr/raporlar/stk-raporlari/1158-stk-rapor-2.html>, (17.12.2009).

36 Kuhelj, s. 2.

37 Walterick, s. 5.

da takılmaları veya giyilmeleri mümkün değildir. Bunun yanı sıra, öğrenciler tarafından takılan haçlardan küçük olanları, diğer sembollere nazaran daha az göze çarpacak olsalar da bir dini sembol olmaları sebebiyle takan öğrencilerin dini aidiyetini göstereceklerdir. Ayrıca bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin yapılan bir kanunun sınırlamayı kesin ve net çizgilerle belirlemesi gereklidir. Devletin bu konuya ilişkin tarafsızlığını ya tüm sembollerin ilk ve orta dereceli okullar ile lise-lerde kullanımını yasaklayarak ya da hepsinin kullanılmasını mümkün kılarak göstermesi beklenirdi. Söz konusu yasada haçların hangi boyutlara göre “bariz” kategorisine girip girmeyecekleri belirlenmemiş, bu da aslında yasada muğlak bir ifadenin bulunmasına sebep olmuştur. Bu sebeple, böyle bir sınırlama yapılmasına karar verildikten sonra, kanaatimizce boyutuna bakılmaksızın, tüm dini sembollerin ve kıyafetlerin yasaklanması gerekirdi. Bu yazının yazılmasına kaynak teşkil eden makalelerin yazarlarının çoğu³⁸ Fransa'nın çıkardığı bu yasanın diğer sembollerden ziyade başörtüsünün okullara girmesini engellemek amacını taşıdığını ileri sürmektedir. Nitekim, Avrupa ülkelerinde toplumun çoğunluğunun benimsediği din olan Hıristiyanlığı temsil eden dini sembollerin toplumun ortak mirası, tarih ve kültürü temsil eden semboller olarak tanımlanırken, azınlığı oluşturan Müslümanların dini sembollerinden biri olan başörtüsünün politik, liberal ve demokratik değerlere aykırı semboller olarak tanımlandıkları ileri sürülmektedir³⁹.

Başörtüsünün yasaklanmasının önemli sebeplerinden biri olarak başörtüsünün cinsiyet eşitliğine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür⁴⁰. Bu kapsamda Fransa'nın verdiği idari bir karara burada değinmek gereklidir. Fransız bir erkekle evli Cezayirli bir kadın olan Faiza Silmi'nin, yalnızca gözlerini açıkta bırakan çarşaf giydiği ve vaktinin çoğunu kendi deyimiyle “evinde kocasına itaat ederek” geçirdiği için, Fransız Cumhuriyeti'nin temel değerlerini ve özellikle bu değerlerden biri olan “cinsiyet eşitliği”ni ihlal ettiği gerekçesiyle Fransız vatandaşlığı istemi reddedilmiştir⁴¹. Faiza Silmi'ye Fransız vatandaşlığının verilmemesine ilişkin hükümetin 2005 ta-

³⁸ Bu yazarlar; Kuhelj, Walterick, Budd.

³⁹ Budd, s. 2.

⁴⁰ Budd, s. 2.

⁴¹ Budd, s. 9.

rihli kararını, Fransız Danıştay'ı da 27 Haziran 2008 tarihinde onamıştır⁴². Nitekim Fransa'da dini sembollerin yasaklanmasına ilişkin çıkarılan yasa-ya dayanak oluşturan Stasi Komitesi'nin araştırma raporunda da başörtüsünün cinsiyet eşitliğine aykırılığı temsil ettiğine vurgu yapılmıştır⁴³.

Son gelişme olarak ise, Fransa'da kamuya açık alanlarda tamamıyla örtünmeyi yasaklayan bir yasa çıkarılmıştır. Fransız Meclisi'nin (Assemblée Nationale) 13 Eylül 2010'da oyladığı yasa tasarısı 14 Eylül 2010'da Senato'da 246'ya karşı 1 oy ile kabul edilmiştir. Bu yeni yasa için altı aylık bir adaptasyon süresi öngörülmüş, yasanın 2011 senesinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu yasaya göre, yalnızca kamusal alanlarda değil, kamuya açık her alanda kadınların yalnızca gözlerini veya yalnızca yüzlerini açıkta bırakan ve vücudun geri kalan tüm kısmını örtecek şekilde çarşaf giymeleri yasaklanmış, bunun cezası 150 Euro değerinde bir para cezası ve/veya bir vatandaşlık stajı olarak belirlenmiştir. Buna ek olarak aynı yasa ile bu yasa yürürlüğe girdikten sonra bir kadını bu şekilde örtünmeye zorlayan kişiler için bir sene hapis cezası ve 30.000 Euro para cezası öngörülmüştür. Fransa'da bu yasa çıkarılırken, yukarıda bahsedilmiş olan gerekçelere dayanılmış, yasanın "insan onuru ve eşitliği" amacıyla çıkarıldığına vurgu yapılmıştır⁴⁴.

B. İtalya'da Dini Sembollerin Kullanımı

İtalya'da dini sembolleri genel olarak düzenleyen bir karar bulunmakla birlikte, çarşıya gerilmiş İsa figürlerinin⁴⁵ okullarda ve sınıflarda bulunmasına ilişkin bir kanun uzun zamandır varlığını sürdürmektedir ve yakın bir zaman önce bu kanuna dayanılarak sınıflarda bu figürlerin kullanılması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dini sembol olarak değerlendirilmiş; AİHM bu uygulamanın AİHS'nin 9. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁴⁶. Kararın ayrıntıları AİHM kararlarının inceleneceği başlık altında incelenecektir; burada ise İtalya'da çıkarılmış olan bu kanun, bu kanunun içeriği ve bu kanun dolayısıyla çıkmış

⁴² <http://liberalisme-democraties-debat-public.com/spip.php?article101>, (16.12.2009).

⁴³ Budd, s. 9.

⁴⁴ <http://www.leparisien.fr/politique/voile-integral-l-interdiction-en-vigueur-a-partir-du-printemps-2011-14-09-2010-1068138.php>, (19.12.2010).

⁴⁵ Yazının bundan sonrasında İsa'nın çarşıya gerildiği figürler için "haç" kullanılacaktır.

⁴⁶ *Lautsi c. Italie*.

uyuşmazlıkların, dava AIHM'ye intikal edene kadar geçen süreçte ülke içindeki mahkemelerce çözümü incelenecektir.

İtalya, tarihi olarak Katolik Kilisesi ile sıkı bağları bulunan ve nüfusunun çoğu Hristiyan; Katolik olan bir ülkedir. Vatikan Kilisesi'nin İtalya'da bulunması ve Papa'nın etkisi de ülkede önemli bir faktör olarak rol almakta, Hristiyanlık dininin ülkede baskın olduğu kendini yoğun bir şekilde hissettirmektedir. Nitekim, İtalyan Anayasası'nda, Fransız Anayasası'ndakinin aksine, laiklik ilkesinin sarahaten düzenlenmediği görülmektedir⁴⁷. Dolayısıyla İtalya'nın bu konuya bakış açısını daha iyi kavramak açısından öncelikle İtalyan Anayasası'nın ilgili maddelerini⁴⁸, daha sonra ise ilgili kanunun maddelerini incelemek gerekmektedir.

İtalyan Anayasası'nın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre; her vatandaş, cinsiyetine, ırkına, diline, siyasi görüşlerine ve kişisel veya sosyal durumuna bakılmaksızın aynı sosyal statüye sahiptir ve kanun önünde eşittir. 7. maddenin ilk fıkrasına göre, Devlet ve Katolik Kilisesi, birbirinden bağımsız ve hakimiyet kurdukları alan içerisinde egemendirler. 8. maddenin ilk fıkrasına göre tüm dini mezhepler kanun önünde eşittirler ve Katolik mezhebi dışındaki mezhepler İtalyan hukuk sistemine aykırı olmadıkları sürece kendi içtüzüklerini kullanarak organize olabilirler. İnanç özgürlüğünü düzenleyen 19. madde ise, kamu ahlakına aykırı olmadığı sürece herkesin ibadet özgürlüğü olduğunu düzenlemektedir⁴⁹. Maddelerden de anlaşıldığı üzere, İtalya'nın resmi dinini Hristiyanlık olarak tayin eden bir düzenleme İtalyan Anayasası'nda mevcut değildir; ancak Anayasa'da devletin laik olduğuna ilişkin açık bir düzenleme de yoktur. Buna rağmen İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin, laikliğin İtalyan hukuk sisteminin temel ilkelerinden birini oluşturduğuna ilişkin içtihadı vardır⁵⁰. Mahkeme açık bir şekilde, laiklik ilkesinin neyi ifade ettiğini ta-

⁴⁷ Mancini, Susanna; "Constitutionalism and Secularism In An Age Of Revival: The Challenge of Global and Local Fundamentalism: Religious Symbols In The Public Space: The Power Of Symbols and Symbols As Power: Secularism And Religion As Guarantors Of Cultural Convergence", 2009, LexisNexis arama motoru, (14.12.2009), s. 5.

⁴⁸ Anayasa'nın ilgili maddelerinin yalnızca "din" ile ilgili kısımlarına değinilecektir; çevirisi yapılan bölümler maddelerin tümünü yansıtmamaktadır.

⁴⁹ http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html, İtalyan Anayasası'nın incelenen tüm maddeleri bu adresten alınmıştır, (16.12.2009).

⁵⁰ Mancini, s. 5.

nımlamıştır. Buna göre, laiklik devletin dine karşı duyarsız kalmasını değil; belirli bir dinin lehine taraf tutmamasını ve tüm dinlere, tüm mezheplere ve hatta hiçbir dine inanmayanlara karşı eşit bir tutum sergilemesini gerektirmektedir⁵¹.

İtalya'da dini sembollerin yasaklanmasına veya kullanılmasına ilişkin bir yasa bulunmamasıyla birlikte, 1924 ve 1928 yıllarında çıkarılmış iki adet kraliyet kararnamesine göre, üzerinde İsa'nın bulunduğu "haç"lar devlet okullarındaki sınıfların demirbaşlarından biridir⁵². Bu kararname-ler, 1948 Anayasası yapılmadan evvel, İtalya'nın o dönemdeki faşist hükümeti tarafından yasalaştırılmışlar ve idare hukukunun kaynakları arasına girmişlerdir; böylece yalnızca adli hukuk kaynaklarını denetleyebilen Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanının kapsamı dışında kalmışlardır⁵³. Bu kanunların yürürlükten kaldırılması ancak idari mahkemeler tarafından yapılabilmektedir ve idari mahkemeler bu kanunların geçerliliğini kabul etmeye devam etmişlerdir; dolayısıyla İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından bu yasaların Anayasa'ya uygunluğu günümüze kadar denetlenemediği için bu konu ile ilgili ortaya çıkan sorunlara farklı hakimler farklı çözümler üretmişlerdir⁵⁴.

İtalya'da, mahkemelerin İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği laiklik tanımından farklı; hatta bu tanımın aksine bir laiklik tanımı getirdikleri ve bunu uyguladıklarına ilişkin yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Mahkemeler, laikliği Hristiyanlık dinine ayrıcalık tanıyacak uygulamalara izin verecek şekilde yorumlamış; Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeye bağladığı tarafsızlık, eşit mesafede durma ve çoğulculuk prensiplerini inkar etmişlerdir. Nitekim 2005 senesinde, Veneto'daki bir yerel idari mahkeme "haç"ların devlet okullarındaki sınıflarda bulundurulmasının meşruiyetine ilişkin bir karar vermiş, İtalyan İdare Yüksek Mahkemesi (*Italian Supreme Administration Court*) de bu kararı onamıştır. Bu iki mahkemeye göre, haçların sınıflarda bulundurulması laiklik ilkesini ihlal etmemektedir, zira haçlar tek anlamlı bir sembol değildir; taşıdıkları anlam kullanıldıkları yere bağlı olarak değişmektedir. Dolayısıyla kilisede

51 Mancini, s. 5.

52 Mancini, s. 19, 6 numaralı dipnottan alınmıştır.

53 Mancini, s. 19.

54 Mancini, s. 19.

kullanılan bir haç dini bir sembol oluşturup dini bir anlam taşımakla birlikte, sınıflardaki haçlar bu dine inanmayan kimselerin de İtalyan oldukları için benimsedikleri sosyal ve kültürel değerleri temsil etmektedir⁵⁵.

İtalyan mahkemeleri ısrarla haçın bir dini sembol olmaktan ziyade, kaynağını Hristiyanlık dininden alan; tolerans, karşılıklı saygı, insan onuru, dayanışma ve ayrımcılık yapma yasağı gibi anayasal değerleri yansıttığını; dolayısıyla sınıflarda kullanıldığında öğrencilere bu değerler vasıtasıyla devletin laik yapısını anımsattığını savunmuşlardır. Aynı şekilde, bu konu yukarıda kendisine kısaca değinilmiş olan dava⁵⁶ kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gittiğinde de İtalyan hükümeti benzer bir savunma yapmış, haçın dini bir sembol olmaktan ziyade, İtalya'nın tarihi ile harmanlanmış bir kültürel sembol olduğunu savunmuştur. Bu konu alt başlıklarda daha ayrıntılı olarak incelenecek olsa da, burada kısaca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu teoriyi kabul etmediğini belirtmekte fayda vardır. Ayrıca, haçın aynı zamanda bir kültürel ve tarihi sembol olduğuna ilişkin bu argüman birtakım Hristiyan çevreler tarafından da eleştirilmiş; bunu ileri sürmenin Vatikan'ın görüşüne aykırı olduğu iddia edilmiştir. Haç sınıflarda bulundurma bunu Hristiyanlığın dini sembolü olmaktan çıkarıp onu yalnızca bir kültürel sembol haline getirdiği ve dini anlamının önemini yitirmesine yol açtığı yine bu çevrelerce ileri sürülmüştür⁵⁷.

Mancini'ye göre, haçın gerçekten de aynı zamanda bir kültürel anlamı olduğu açıktır; ancak bu anlam tam da haçın dini anlamından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla haçın Katolik bir toplumda temsil ettiği kültürel ve dini değerleri birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Nitekim İtalya gibi Katolikliğin ve Roma Katolik Kilisesi'nin etkisinin bu denli önemli olduğu ülkelerde haçın dini anlamına ek olarak kültürel ve tarihi bir anlamı da vardır. Sonuç olarak, İtalyan Mahkemeleri'nin iddia ettiği gibi haç çift anlamlı bir sembol değildir; kültürel ve tarihi bir anlam taşıdığı doğrudur ancak bu anlam dini anlamından bağımsız olarak düşünülmemeyecek bir anlamdır ve dolayısıyla haç tipik bir dini semboldür⁵⁸.

⁵⁵ Mancini, s. 3-5.

⁵⁶ *Lautsi c. Italie*.

⁵⁷ Mancini, s. 4-5.

⁵⁸ Mancini, s. 3. Bu konuda Bavarya'nın da benzer etkiler altında kaldığına ilişkin daha geniş açıklama için bakınız; s. 12.

Bu başlık altında son olarak belirtilecek olan uygulama, 3 Ekim 2007'de, İtalyan Milli Eğitim Bakanı'nın okul müdürlerinin sınıflarda haç bulundurmasını tavsiye eden 2006 sayılı yönergeyi çıkarmasıdır⁵⁹.

C. Türkiye'de Dini Sembollerin Kullanımı

Türkiye'de dini sembollerin kullanımı ile ilgili sorunlar kısmen Fransa ile benzer ancak İtalya ile tamamen zıttır. Zira İtalya'da toplumun çoğunluğunun Hristiyan olması devletin de bazı yönlerden tarafsız olmasına sebep olurken, Türkiye'de durum tam tersidir. Toplumun çoğunluğunun aynı dini inançlara sahip olması zaman zaman seçilen kişiler ve kurulan hükümetler açısından laiklik ilkesinin korunması bakımından tehlikeli olmuş, bu durum da devletin müdahalesini gerektirmiştir. Türkiye'de dini semboller konusunda yaşanan sorunlar daha çok başörtüsü, yeni adıyla türban, konusunda çıktığı için, bu başlık altında ağırlıklı olarak bu konu incelenecektir.

Türk Anayasası'nda da Türkiye'nin laik olduğu Fransız Anayasası'nda olduğu gibi vurgulanmıştır. Ancak burada ayırt edilmesi gereken önemli bir nokta, Türkiye'deki laiklik anlayışı ile Batı topluluklarındaki laiklik anlayışının aynı olmadığıdır⁶⁰. Batı topluluklarında, özellikle militan laikliği uygulayan Fransa'da, devlet ile kilisenin tamamen ayrılması ve kilisenin bağımsız olması söz konusudur. Ancak Türkiye'de, daha çok Kemalist laiklik anlayışı benimsenmiş, din işlerinin devletten tamamen kopmasına müsaade edilmemiştir⁶¹. Türkiye tarihi itibarıyla, din konusunda AİHM tarafından da Refah Partisi kararında tanınmış bir özel duruma sahiptir ve dinin siyasi alanda gereğinden fazla kullanılıp rejimin tehdit edilmesi, siyasi alanda dini duyguların istismar edilmesi ve hükümetler tarafından kullanılması ülkenin tarihinde pek çok defa görülmüştür. Dolayısıyla Batı ülkelerinde din ve devletin tamamen ayrılması öngörülmüşken, Türkiye'de din işlerinin devlet işlerine müdahale etmemesi ancak devletin din işlerini kontrol altında tutmak amacıyla gerektiğinde müdahale edebilmesi öngörülmüştür⁶².

59 *Lautsi c. Italie*.

60 Önok, Murat; "Turkish Legislation And Jurisprudence Regarding The Wearing Of Islamic Headscarf In The Framework Of The Principle of LAİKLİK", *Il Diritto Ecclesiastico*, Anno CXVI Fasc. 4, 2005, s. 1002.

61 Önok, s. 1002.

62 Önok, s. 1002.

Türkiye'nin laikliğe bakış açısını daha somut bir şekilde anlamak için Anayasa'daki laiklikle ilgili maddelere bakılmalıdır.

“Madde 2 – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun buzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

“Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

“Madde 24 – Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

“Madde 174.– Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.”

denilerek bu maddenin altında birtakım kanunlar sayılmıştır.

Türkiye'de laiklik ilkesinin uygulanıyor olması ve din işlerinin devlete karışmıyor olması, devletin dini yok saydığı anlamına gelmemektedir; tersine Türkiye'de din kanunlarla düzenlenen bir alandır. Devlet laiklik ilkesi gereğince, dine müdahale etmeme yolunu değil, toplumun huzurunu korumak amacıyla kanunlar aracılığı ile gerekli kısıtlama ve sınırlamalarla müdahalede bulunma yolunu seçmiştir, zira toplumun %90'ından fazlası Müslümandır ve yukarıda değinildiği üzere, Türkiye tarihinde kişisel ve siyasi amaçlarla dini duyguları istismar ederek devletin bağımsızlığını ve bütünlüğünü hatta rejimini tehdit etmiş kişiler bulunmaktadır⁶³.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 21 Ekim 1971 tarihli kararında, İs-

63 Önok, s. 1005.

lam'ın yalnızca kişilerin şahsi dini inançları ve vicdanlarını düzenleyen kurallar değil, aynı zamanda sosyal ilişkileri, devletin faaliyetlerini ve hukuku da düzenleyen kurallar getirdiğini, bu sebeple din özgürlüğünün sınırlarını ihlal eden ve dini kötüye kullanan ve istismar eden kimselerin devletin laik düzenine karşı geldiklerini belirtmiştir⁶⁴.

Türkiye Anayasası'nı ve laiklik ilkesinin bu kapsamda ele alınışını inceledikten sonra, Türkiye'de dini sembollerin kullanımına ve giyilmesine ilişkin kanunlara bakmak gerekir. Türkiye'de bu alanda baş göstermiş sorunların daha ziyade türban ve onun kamusal alanlarda kullanımına ilişkin olmaları sebebiyle yapılan kanunlar da buna paralel olarak daha çok kılık kıyafeti düzenlemektedir.

İlk çıkarılan kılık kıyafete ilişkin kararname bizzat Mustafa Kemal tarafından imzalanıp Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanuna göre memurların kılık kıyafetleri dünyanın uygarlaşmış toplumlarında giyilen kıyafetlerle uyum içinde olmalıdır⁶⁵. Bu kararnamenin ardından 10 yıl arayla çıkarılan iki kanun bu alanı düzenleyen ilk kanunlar olmuşlardır. Bunlardan ilki 28 Kasım 1925 tarihinde yürürlüğe giren 671 sayılı "Şapka Giyilmesi Hakkında Kanun" ile tüm memurların ve vatandaşların şapka giymeleri zorunlu hale getirilmiştir. Daha sonra 3 Kasım 1934 tarihinde 2596 sayılı "Kılık Kıyafet Kanunu" çıkarılmıştır ve bu kanunda:

"Herhangi din ve mezbebe mensup olurlarsa olsunlar ruhanilerin (din görevlilerinin) mabet ve ayinler haricinde rubani kisve taşımaları yasaktır."

denilerek din adamlarının ibadet yerleri ve dini ayinler dışında dini sembol niteliğinde olan kılık kıyafetleri giymeleri yasaklanmıştır. Bu bahsedilen iki kanun günümüzde Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan ve anayasal koruma altında olan; dolayısıyla Anayasa'ya aykırılıkları ile sürülemeden kanunlardandır. ⁶⁶ Yalnız burada önemle belirtilmesi ve üstünde durulması gereken bir husus 1934 tarihli Kanun'un doğrudan dini sembollerini yasaklamadığı, yalnızca din adamlarının ayinlerde

⁶⁴ Önok, s. 1006.

⁶⁵ Önok, s. 1010.

⁶⁶ Önok, s. 1010.

ve ibadethanelerde kullandıkları bu kılık kıyafetleri günlük yaşamlarında giymelerinin yasaklanmış olmasıdır⁶⁷.

Eğitim kurumlarında kılık kıyafet ve bir dini sembol olan başörtüsünün takılmamasına ilişkin ilk hukuki düzenleme bir tüzük şeklinde 22 Temmuz 1981 tarihinde yapılmıştır⁶⁸. Bu düzenlemeye göre, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların ve devlet kurumları bünyesindeki personelin ve öğrencilerin sıradan, ölçülü ve modern kıyafetler giymeleri öngörülmüştür⁶⁹. Tüzüğe göre, aynı zamanda bayan çalışanların ve kız öğrencilerin eğitim öğretim kurumlarında başörtüsü takmaları da yasaklanmıştır⁷⁰. Yükseköğretim Kurumları ile ilgili ise, 20 Aralık 1982'de Yüksek Öğretim Kurumu, bu kurumlarda başörtüsü giyilmesini yasaklayan bir yönetmelik çıkarmıştır⁷¹. 16 Temmuz 1982 tarihli Bakanlar Kurulu kararı temel alınarak çıkarılan “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik”in 5. maddesinin (a) bendi ile bayan personelin başörtüsü takması yasaklanmıştır.

1984 tarihinde, bu düzenlemelere uymayı reddeden bir kız öğrenci aldığı ceza sonucunda bu yaptırımın iptali için Danıştay’a başvurmuştur, ancak Danıştay başvuruyu; başörtüsü takmanın, yalnızca basit bir dini şartı yerine getirmekten öte, kadınların özgürlüklerine ve Cumhuriyet’in temel prensiplerine aykırı bir sembol haline gelme yolunda ilerlediği ve bu eylemin amacının Cumhuriyet’in laiklik ilkesine karşı durmak olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Buna ek olarak kendilerinden modern, cumhuriyetçi ve kültürlü bir gençlik yetiştirmesi beklenen eğitim kurumlarının öğrenciler için kurallar koymalarının doğal olduğunu belirtmiş, son olarak da bu sınırlamanın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁷².

1987 senesinde, “Yüksek Öğrenim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği” nin 7. maddesine (h) fıkrası ile başörtüsünün yüksek öğretim kurumlarında takılmasını yasaklayan bir diğer düzenleme daha getirilmiştir ve bu düzenlemenin iptali için yapılan başvuruyu Anayasa Mahkemesi Danıştay’ın kullandığı gerekçeleri kullanarak reddetmiştir⁷³.

67 Önok, s. 1010.

68 Önok, s. 1011.

69 Kuhelj, s. 10.

70 Kuhelj, s. 10.

71 Önok, s. 1011.

72 Önok, s. 1012.

Mevcut uygulamada, başörtüsü ile sayılan düzenlemeler ile yasaklanmış yerlere giren ve bu düzenlemelere aykırı davranan öğrenciler için genelde “Yüksek Öğrenim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”nin 7/a ve 7/e maddeleri uygulanmaktadır⁷⁴.

Son olarak Türkiye'nin iç hukukuna ilişkin değinilecek olan olay, 1988 senesinde “3511 sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44 üncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun”un TBMM tarafından kabul edilmesi üzerine Kenan Evren'in bu kanunun iptaline ilişkin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin bu kanunu iptal etmesidir⁷⁵. Bu Kanun ile, “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir” şeklinde bir düzenleme getirilmiş, Anayasa Mahkemesi de bu düzenlemeyi, Anayasa'nın 2, 10, 24 ve 174. maddelerine ve cinsiyet eşitliğine aykırı bularak iptal etmiştir⁷⁶.

Günümüzde de bu yasaklar uygulanmakta, başörtülü öğrenciler yüksek öğrenim kurumlarına, ilköğretim okullarına ve liselere girememektedirler; ki Türkiye'nin Fransa'dan ayrıldığı bir nokta da budur. Zira Fransa'da başörtülü öğrencilerin ve diğer öğrencilerin yüksek öğrenim kurumlarına dini semboller olarak ifade edilebilecek kılık kıyafetle girmelerine engel teşkil eden bir düzenleme yoktur. Türkiye'deki düzenlemeye de bakılacak olursa, sorunlar daha çok başörtüsü konusunda yaşanmış olduğu için yapılan düzenlemelerin bazıları da bu spesifik konuyu düzenlemeye ayrılmışlardır. Ancak kanaatimizce 1934 tarihli kanun ve modern kılık kıyafet giyilmesini gerektiren, yukarıda sayılan diğer düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, getirilen sınırlamalar yalnızca başörtüsü için değil, dini sembol sayılabilecek tüm kıyafetler için geçerlidir; ki eşitlik ilkesi de zaten bunu gerektirir.

73 Önok, s. 1013.

74 Önok, s. 1013.

75 <http://www.belgenet.com/yasa/iptal/k3511.html>, (09.01.2010).

76 Önok, s. 1014.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 9. Madde Kapsamında Dini Sembollere Bakış Açısı

Yukarıda 9. madde'ye değinildiği ve maddenin dışavurumların hangilerini kapsamına alarak koruma altına aldığı tartışıldığından, bu başlık altında tekrar bu konu üzerinde durulmayacaktır. Aynı şekilde AİHM'nin devletlere tarafsız olmaz yükümlülüğü getirdiğini ve buna bağlı olarak devletlerin nasıl davranmaları gerektiği de yukarıda incelendi. Bu başlık altında AİHM'nin içtihatları ve verdiği kararlarda hangi hususları vurguladığının üzerinde durulacaktır.

AİHM genel olarak, bugüne kadar verdiği kararlarda, dini sembollerin kamusal alanlarda ve okullarda giyilmesinin yasaklanmasını 9. madde kapsamında Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Bu sonuca varırken izlediği temel prosedüre göre, öncelikle başvuru konusu olan eylemin 9.madde ile koruma kapsamına altına alınmış haklardan biri olup olmadığını inceler. Varsa, bu hakka devlet tarafından müdahale edilip edilmediğini, bir sınırlamanın bulunup bulunmadığını inceler. Son olarak ise bu sınırlamanın haklı olup olmadığını tespit etmek için bu sınırlamanın; kanunla yapılıp yapılmadığını, meşru bir amaca hizmet edip etmediğini ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceler⁷⁷.

İncelenecek ilk kararlar *Şenay Karaduman/Türkiye*⁷⁸ ve *Bulut/Türkiye*⁷⁹ kararlarıdır. Karaduman davasında, Şenay Karaduman'ın okuduğu üniversite, başı açık bir resmini verene kadar kendisine diplomasını vermemiştir. Komisyon başvuruyu kabul edilebilir dahi bulmamıştır ve laik bir üniversitede okumayı kabul eden bir öğrencinin bu üniversitenin kurallarına uymayı da kabul etmiş sayıldığını belirtmiştir. Ayrıca bu tür davranışların diğer öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceğini ve böyle sınırlamaların bu tür radikal dini hareketlerin diğer öğrencilere ve kurumsal disipline zarar vermesini önlemek için Sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Komisyon sonuç olarak başörtüsü takmanın üniversitenin laik karakterini zedeleyeceğine ve dolayısıyla söz konusu sınırlamanın meşru olduğuna karar vermiştir⁸⁰.

77 Önok, s. 1022.

78 3.5.1993 tarihli komisyon kararıdır.

79 3.5.1993 tarihli komisyon kararıdır.

80 Önok, s. 1022.

Komisyon, Karaduman ve Bulut davalarında ayrıca, Türkiye'nin laik karakterine ve özel durumuna vurgu yapmıştır. Çoğunluğu bu şekilde belirli bir dine mensup olan ülkelerde çoğulculuğun sağlanabilmesi için yüksek öğrenim kurumlarının dini inançların dışavurumunu ve dini sembollerini, bazı köktendinci hareketlerin kamu düzenini bozmasını ve bu dine inanmayan veya başka bir dine mensup olan öğrencilerin üzerinde baskı oluşturmasını engelleyebileceğini belirtmiştir⁸¹.

Türkiye aleyhine açılmış olan bir diğer dava ise *Şabin/Türkiye* davasıdır. Bu davada üniversitelere başörtüsü ile girememenin 9. madde kapsamında bir hak ihlali olduğunu iddia eden *Şabin*, AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme bu kararında, Türkiye'nin temel ilkelerinden olan ve hukuk devleti ilkesi ile insan haklarına saygı ilkesine uyumlu olan laiklik ilkesini muhafaza etmenin, Türkiye'nin demokratik sistemini korumak amacıyla gerekli olduğunu ve bu ilkeye saygı göstermeyen bir eylemin 9. maddede öngörülmüş olan dini inancın dışavurumunun bu madde kapsamında korunmayacağını söylemiştir. Dolayısıyla devletin laiklik ilkesini korumak amacıyla kişilerin 9. madde kapsamındaki özgürlüklerine birtakım sınırlamalar getirebileceği ve kişi özgürlükleri ile kamu menfaatinin dengelenmesi amacıyla getirilen bu sınırlamaların "gereklilik" ve "baskın toplum yararı" kapsamında kaldığı belirtilmiştir. Başörtüsü takmanın İslam dininin zorunlu koşullarından biri olarak gösterilerek bunu takmayan diğer öğrencilerin üzerinde baskı oluşma ihtimaline bu kararda da değinilmiş, dolayısıyla özellikle Türkiye'de bu sembolün son yıllarda aynı zamanda bir siyasi simge haline de geldiği de göz önüne alınarak, başkalarının bu alandaki özgürlüklerini korumalarının "baskın toplum yararı" kapsamında kalacağı belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca demokrasinin yalnızca çoğunluğun hakimiyetini ifade etmediğini, bu anlamda azınlık ile çoğunluk arasında bir denge sağlanarak azınlıkta kalanlara adil ve uygun muamele edilmesi ve çoğunluğun baskın durumunu suiistimal etmesinin önlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸².

Aynı kararda, Mahkeme dini sembollerin, özellikle başörtüsünün, giyilmesinin başkalarının haklarını, kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumaya aykırılık oluşturması durumunda devletin bunları yasaklaya-

81 Rorive, s. 5.

82 Mancini, s. 15.

bileceğini belirtmiştir. Türkiye gibi nüfusunun büyük çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede, köktendinci hareketleri engellemek amacıyla üniversitelerde alınan önlemlerin diğer öğrencileri korumak açısından önemli olduğunun üzerinde durmuştur⁸³.

Fransa açısından önemli olan kararlar ise, *Doğru/Fransa* kararıdır. Bu uyuşmazlığa konu olan olayda, 11 yaşındaki Doğru, beden eğitimi derslerinde başörtüsünü çıkarmayı reddetmiş ve bunun sonucu olarak okuldan atılmıştır. Mahkeme bu olayda, Doğru'nun okula yazılırken, kendisine ve ailesine beden eğitimi derslerinde başörtüsü takamayacağı söylendiği ve ailenin bunun farkında olarak Doğru'yu okula yazdırdığını tespit etmiştir. Mahkeme Fransa'ya da başörtüsünün yasaklanması konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımış ve Fransa'nın yasak için gösterdiği "Okulun sağlık, güvenlik ve özen hususundaki kurallarının tüm öğrencilere fark gözetilmeksizin uygulanması" gerekçesinden tatmin olmuştur. Mahkeme geçmiş içtihatlarında uyguladığı laiklik argümanlarını bu kararda da yenilemiş, buna ek olarak cinsiyet eşitliği kavramına da değinmiştir⁸⁴.

Mahkeme başörtüsü ile ilgili tüm kararlarında, başörtüsünün kamusal alanlarda yasaklanmasını Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Kararlarında genel argümanı devletlere bu alanda geniş bir takdir yetkisi tanınması gerektiği, zira bu devletlerin ülkelerinde söz konusu yasağın "demokratik toplumda gerekli"lik arz edip etmediğini daha doğru bir şekilde tayin edebileceklerini belirtmiştir⁸⁵.

Son olarak değinilecek olan karar ise, 2009 tarihli *Lautsi/İtalya* kararıdır. Bu karara konu olan olayda, çocuklarının din özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden Lautsi, yukarıda değinilmiş olan ve sınıflarda haç bulundurulmasını öngören düzenlemenin kaldırılması için iç hukuktaki idari mahkemelere ve son olarak İtalyan Danıştay'ına başvurmuştur. Hem mahkemeler hem de Danıştay, haçın dini sembol olmasının yanı sıra artık hem kültürel hem tarihi bir sembol olduğunu, dolayısıyla İtalyan kimliğini ve tolerans, eşitlik ve özgürlük gibi ilkeleri temsil ederek devletin laik yapısını yansıttığını savunmuşlardır. İtalyan hükümeti de

83 Önok, s. 1024.

84 Rorive, s. 4-5.

85 Mancini, s. 13.

verdiği savunmasında bu tezi desteklemiş, haçın artık İtalyan kimliğiyle bütünleşmiş bir sembol olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise kararında, haçın birden fazla anlam taşıyan bir sembol olduğunu kabul etmiş, ancak ağır basan anlamının dini anlamı olduğuna, dolayısıyla haçları sınıflarda bulundurmanın tarihi ve spesifik ortamlarda sembol bulundurma kavramının ötesinde olduğuna karar vermiştir. Ayrıca haçın sınıflarda açıkça görülebilecek bir yerde olduğu, dolayısıyla haçın öğrenciler tarafından okul ortamının bir parçası olarak görüleceği ve bu sebeplerle “güçlü bir harici sembol” olduğu belirtilmiştir. Böyle bir ortamda, öğrenciler haçı bir dini sembol olarak algılayacak ve belirli bir dinin etkilerinin hissedildiği bir okul ortamında eğitildiklerini düşüneceklerdir. Bu da söz konusu dine inanan öğrenciler için olumlu bir durum yaratmakta iken, bu dine inanmayan öğrenciler için duygusal olarak rahatsız edici olabilmektedir. Mahkeme mantıken Hristiyanlıkla bağdaştırılabilecek bir sembolün sınıflarda bulundurulmasının demokratik bir toplum yaratmak için gerekli olan çoğulcu eğitimi sağladığı yönündeki hükümetin iddialarını kabul etmemiş, bu dini sembolün devletin kontrolünün bulunduğu sınıflarda bulundurulmasının ailelerin çocuklarını kendi inançları gereği yetiştirme özgürlüklerini ve çocukların inanıp inanmama özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁸⁶.

Sonuç

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında Türkiye, Fransa ve İtalya'nın incelendiği bu yazıda, ülkelerin iç hukuklarındaki düzenlemelerine ve bu ülkelere ilişkin AİHM'de çıkmış olan kararlara ilişkin incelemeler yapılmıştır. Ülkelerin farklı sosyal, kültürel ve tarihi yapılarının iç hukuklarındaki düzenlemelere etki ettiği tespit edilmiştir. Bu kapsamda, İtalya ve Türkiye toplumlarının çoğunluğunun belirli bir dini benimsemiş olması açısından benzer iken, bundan dolayı karşılaştıkları sorunların ne kadar farklı olduğu görülmüş, Türkiye'de yasalarla devletin belirli bir dini benimsediği görüntüsünün verilmesi engellenmeye çalışılırken, İtalya'da tam aksine varolan yasalar kamusal bir alan olan sınıflarda, Hristiyanlığın sembolü olan haçın bulundurulmasını şart koşmuştur. Buna ek olarak Türkiye'de yargı sistemi laiklik prensibini korumaya ça-

86 *Lautsi c. Italie*

lışmakta, buna aykırı düzenlemelere ve uygulamalara izin vermemektedir; halbuki İtalya'da görüldüğü üzere mahkemeler ve hatta İtalyan Danıştay'ı haçın bir kültürel ve tarihi sembol olduğunu belirterek devletin laik yapısını kuvvetlendirdiğini iddia etmişlerdir.

Türkiye ile Fransa arasındaki temel benzerlik ise, iki ülkenin de başörtüsü konusunda sorunlar yaşamış olması ve kamusal alan olan okullarda başörtüsünü yasaklamış olmalarıdır. Fransa, Türkiye'nin aksine yüksek öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanımını ve giyimini yasaklamamıştır, ancak Türkiye'de bu hususta getirilen yasağın Türkiye'nin özel konumundan ve tarihinde laik düzene ve rejime karşı ortaya çıkmış tehlikelerden kaynaklandığını dolayısıyla Türkiye'nin bu konuda "özel bir durum" da olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Fransa'daki başörtüsü sorunu yoğun olarak alınan göç sonucu Hristiyan bir toplumda Müslüman dini sembollerin okullarda ve kamusal alanlarda artması ile ortaya çıkmışken, Türkiye'nin sorunu yukarıda belirtildiği üzere toplumun büyük çoğunluğunun İslam dinine mensup olması ve zaman zaman Türkiye Cumhuriyeti'nin laik düzeninin ve rejiminin dini duyguları istismar edip kötüye kullananlarca tehlikeye girmiş olmasıdır.

Fransa, nüfusu itibariyle çoğunluğu Hristiyan olan bir topluma sahip olmasına rağmen din ile kilise arasındaki ayrımı kesin ve net çizgilerle yapmış, Anayasa ve kanunlarla da bunu korumuştur. İtalya ise Roma İmparatorluğu kökeninden tam kopamamış, toplumunun büyük kısmının Hristiyan olması ve Vatikan Kilisesi ile de olan ilişkileri, kilise ile devlet arasındaki ayrımın Fransa'da olduğu kadar net yapılamamasına sebep olmuştur.

Dini sembollerin kamusal alanlarda yasaklanması da genel olarak AİHM kararları ile desteklenmiştir. Devletlerin tarafsızlıklarını korumaları, kamu düzenini ve kamu güvenliğini sağlayarak demokratik bir toplum oluşturmaları ve laik düzenin prensiplerine bu sembollerin kamusal alanlarda kullanılmasının aykırı görülmesi sebebiyle devletlere geniş bir takdir marjı tanınmış, bu alanda sınırlama yapmalarına izin verilmiştir. Devletin tarafsızlığı ilkesini tam olarak koruyamayan İtalya ise AİHM tarafından mahkum edilmiştir.

Kaynakça

Özgün Eserler

1. Budd, Jordan C.; "Cross Purposes: Remediating the Endorsement of Symbolic Religious Speech", 2004, LexisNexis arama motoru, (18.12.2009).
2. Cañameres Arribas, Santiago; "Religious Symbols in Spain: A Legal Perspective", 2009, LexisNexis arama motoru, (15.12.2009).
3. Kuhelj, Alenka; "Religious Freedom In European Democracies", 2005, LexisNexis arama motoru, (06.12.2009).
4. Mancini, Susanna; "Constitutionalism and Secularism In An Age Of Revival: The Challenge of Global and Local Fundamentalism: Religious Symbols In The Public Space: The Power Of Symbols and Symbols As Power: Secularism And Religion As Guarantors Of Cultural Convergence", 2009, LexisNexis arama motoru, (14.12.2009).
5. Öktem, Arif Emre; Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Yay. Haz. Haluk Kürşad Kopuzlu, 1. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, Aralık 2002.
6. Önok, Murat; "Turkish Legislation And Jurisprudence Regarding The Wearing Of Islamic Headscarf In The Framework Of The Principle of LAİKLİK", Il Diritto Ecclesiastico, Anno CXVI Fasc. 4, 2005.
7. Rodriguez, Gregory; "The Many Meanings of a Cross", 2009, http://www.newamerica.net/publications/articles/2009/the_many_meanings_of_a_cross_13724, (15.12.2009).
8. Rorive, Isabelle; "Symposium: Constitutionalism and Secularism In An Age Of Religious Revival: The Challenge Of Global And Local Fundamentalism: Religious Symbols In The Public Space: In Search Of A European Answer", 2009, LexisNexis arama motoru, (06.12.2009).
9. Usal, Zeynep O.; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", s.1, <http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1132>, (15.12.2009).
10. Walterick, Stefanie; "The Prohibition of Muslim Headscarves from French Public Schools and Controversies Surrounding The Hijab In The Western World", 2006, LexisNexis arama motoru, (18.12.2009).
11. Yılmaz, Abdulhalim; "Din ve İnanç Özgürlüğü Çerçevesinde Dini Sembollerin Kullanımı", 2004, s.2. http://www.mazlumder.org/haber_detay.asp?haberID=99, (11.12.2009).
12. Ziegler, Reuven; "The French Headscarves Ban: Intolerance or Neces-

sity?", 2006, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=ruvi_ziegler, (05.01.2009).

AIHM Kararları

1. *Lautsi c. Italie* (Word version), 3 Kasım 2009 tarihli karar, başvuru no: 30814/06, s.2. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionSimilar=42483286&skin=hudoc-en&action=similar&portal=hbkm&Item=1&similar=frenchjudgement>, (13.12.2009).

İnternet Siteleri

1. <http://www.ambafrance-tr.org/spip.php?article951>
2. <http://www.ak-der.org/tr/raporlar/stk-raporlari/1158-stk-rapor-2.html>
3. <http://liberalisme-democraties-debat-public.com/spip.php?article101>
4. http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html İtalyan Anayasası'nın incelenen tüm maddeleri bu adresten alınmıştır, (16.12.2009).
5. <http://www.belgenet.com/yasa/iptal/k3511.html>, (09.01.2010).

Dine Hakaret

Serra Karadeniz*

Özet

Dine hakaret suçu Türk hukukunda, karşılaştırma ir kimseyi dini inançlarından dolayı kınama"; 312. maddede düzenlenen "halkı kin ve düşmanlığa tahrik"tir.

5237 sayılı kanunda dine hakaretin kapsamına girecek suçlar, 125. maddede düzenlenen hakaret suçunun 3. fıkrasının (b) ve (c) bendinde yer alan nitelikli haller; 216. maddede düzenlenen "halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" dır.

Dine hakaret konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ise örnek olarak Otto Preminger Avusturya'ya karşı davası ve İ.A. Türkiye'ye karşı davası verilebilir. Her iki dava da mahkemenin dine hakarete olan bakış açısını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Dine hakaret suçu, dini aşağılama, hakaret, ayrımcılık.

Abstract

Blasphemous libel is regulated in Turkish Law, comparative law, international court decisions and international conventions. This crime keeps its up-to-dateness in mostly due to discussions of anti-semitism and islamophobia.

Blasphemous libel was enacted in the abrogated Turkish Penal Code and is also regulated in the new Turkish Penal Code. In none of these codes crimes about blasphemous libel have been cited as "blasphemous crimes".

According to Article 175/3 and 4 of the former Turkish Penal Code (Law 765), crimes to be covered by blasphemous libel are "insulting sacrament", "insulting another person because of his or her religious belief", and according to Article 312 "provoking people to grudge and hostility".

According to the actual Turkish Penal Code (Law 5237), crimes to be covered by blasphemous libel are "defamation" under article 125/3, (b) and (c); and "provoking people to grudge and hostility or insult", under article 216.

The cases of Otto Preminger vs. Austria and İ.A vs. Turkey can be given as examples to the decisions rendered by the European Court of Human Rights on this issue. Both of these decisions are very important in illustrating the viewpoint of the ECHR on Blasphemous libel.

Keywords: Blasphemous libel, insult to religion, defamation, discrimination

* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

Giriş

Dine hakaret olgusu gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta düzenlenmiştir.

Türkiye’de ve dünyada yaşanan olaylara baktığımızda bu olgunun düzenlenmesinin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkan zararlara bakıldığında anlaşılacaktır. Bunlar: 1) Grup kötölemenin mağdurlarının şiddetli tepkisiyle meydana gelen, 2) kötöleyiciler tarafından mağdurlara saldırıya tahrik edilen üçüncü kişilerce meydana getirilen şiddetten doğan zararlar ve 3) başka bir şiddet oluşturmaksızın, sadece tahkir edici kelimelerin sarf edilmesinden ibaret olan zararlardır.

Son zamanlarda derin hoşgörüsüzlüğün sonucu olarak bu olguyla çok sık karşılaşmakta ve bunlara “nefret suçları” adı verilmektedir. Bu saldırılarda insanların aidiyetine yönelik önyargı rol oynamakta ve özünde bu aidiyet hedef alınmaktadır.

Gazze olayları sonrası Yahudi cemaatlerini hedef alan söylemler, Danimarka’da yaşanan karikatür krizi ve sonrası ortaya çıkan şiddet tepkileri, çeşitli gazetelerin gazetecilik ilkelerine aykırı olarak dine ilişkin verdiği beyanlar bu olaylara örnek verilebilir.

Nefret suçları ırki, etnik, cinsel kimliğe ilişkin olarak ortaya çıksa da biz konumuzla sınırlı tutarak dine ve mezheplere ilişkin hakareti inceleyeceğiz.

İlk olarak 765 sayılı ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler incelenecek, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne daha geniş yer verilerek uluslararası düzenlemelere bakılacaktır.

1. Hakaret

1.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme (Madde 175/3 ve 4)

1.1.2. Genel Açıklamalar

765 sayılı Türk Ceza Kanunu hürriyet aleyhinde işlenen suçlar babının 2. faslında 175-178. maddeler arasında “Din Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler”i düzenlemekteydi. Böylece din aleyhindeki cürümler hürriyet aleyhine işlenen suçlar olarak sistemleştirilmişti¹.

Geçmişteki ve günümüzdeki düzenlemelere bakıldığında devlet ve din ilişkilerine göre din aleyhine işlenen suçların katalogu ve sistemleştirilme tarzının farklı olduğu görülecektir². Bir sisteme göre din ve devlet iç içedir. Buna örnek olarak 1917 yılına kadar Rusya verilebilir. Bu sistemde din suçları devlete karşı suçlardan sayılır ve devlet tarafından tanınmış dinlere mensup olanların dini inançları dışındaki inançlar tamamen ya da kısmen koruma dışı bırakılır³. Diğer sisteme göre din devlet tarafından kabul edilmemektedir. Buna örnek olarak dağılan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği gösterilebilir. Birliğin 1977 tarihli Anayasasında vatandaşların vicdan özgürlüğüne yani bir dine inanma ya da inanmama, ibadet etme veya dinsizlik propagandası yapma haklarına sahip olduğu öngörülmekteydi⁴. Bugün medeni ülkelerde kabul edilen sistemde ise devlet ve din ayrılmış, devlet din duygusunun koruyuculuğu görevini üstlenmiştir⁵.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında din suçlarının bağımsız bölümde ya da başka suçlar arasında yer aldığı görülecektir. Din suçlarını başka suçlar arasında düzenleyen kanunlar da bulunmaktadır.

1 Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 1985, s. 18.

2 Önder, s. 18.

3 Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1998, s. 61.

4 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 1998, s. 62.

5 Önder, s. 19.

1.1.3. Din Hürriyeti Aleyhine İşlenen Suçlarda Korunan Hukuki Yarar

Din suçlarında korunan hukuki yarar bakımından çeşitli görüşler ile-ri sürülmüştür. Bunlar: a) Din suçları ile bizzat dinin korunduğu görüşü, b) Din suçları ile dini inancın korunduğu görüşü, c) İnsanların dinin ge-reklerini serbestçe yerine getirebilmelerinin toplumun yararına olduğu ve toplum bakımından huzurun sağlanabileceği hakkındaki görüştür⁶.

765 sayılı TCK'nin 175. maddesinin 3. fıkrası "Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden ..." kimsenin cezalandırılmasını öngörmektedir. Fıkra hakaret konusu olarak Allah, dinler, peygamberler, kutsal kitaplar veya mezhepler belirtilmiş olsa da burada korunan, kanunun sistematığına bakıldığında din hürriyeti idi.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.07.1996 tarihinde verdiği kararda bu husus şu şekilde belirtilmişti: "TCK'nin 175. maddesiyle korunan hukuki yarar; Allah, din, peygamber, kutsal kitaplar, mezhepler değil, kişilerin bu kavramlara yönelik dini hisleridir. Kuşkusuz kişi, bu kavramlarla ilgili düşüncelerini açıklayabilir, eleştirebilir. Ancak, bunu yaparken göz önünde tutulması gereken husus, başka kişi veya kişilerin dini duygularının incitilmemesidir. Zira kimsenin başkasının kutsal saydığı kavramlara ilişkin saygı duygusunu incitmeye hakkı olamaz."⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.05.2000 tarihli kararında ise "Ceza yasamızın din suçlarına ilişkin sistematığı ile düzenleniş biçiminden bu suçlarla dini özgürlüklerin korunmuş bulunduğu anlaşılmaktadır" denilerek suçun koruduğu hukuki yararın din hürriyeti olduğu bir kez daha vurgulanmıştı.⁸

1.1.4. Tarihsel Gelişim

765 sayılı TCK'nin 175. maddesinde 20.05.1987 tarihinde değişiklik yapılmadan önce 1. fıkra "Bir kimse devletçe tanınmış olan dinlerden birisini tahkir maksadıyla dini işlerin yahut ibadet ve ayinin icrasını men

⁶ Önder, s. 20.

⁷ Ygt. 4. CD, E.1996/1676, K. 1996/6424, T. 10.07.1996.

⁸ YCGK, E. 2000/4-116, K. 2000/121, T. 30.05.2000.

veya ihlal ederse cezalandırılır” şeklindeydi. Bu fıkradaki devletçe tanınmış din ibaresinden kamu ve devlet düzenine aykırı olmayan ve kanunların açıkça yasaklamadığı din anlaşılmalıdır⁹.

1985 değişikliğinden önce 2. fıkrada “Eğer bu fiilin işlenmesi zamanında cebir ve şiddet ve tehdit veya tahkir vaki olmuş ise...” cezanın arttırılacağı 3. fıkrada ise “Din ve mezheplerden birini tezyif ve tahkir yolunda neşriyatta bulunanların...” cezalandırılacağı belirtilmişti.

09.01.1986 tarihli 3255 sayılı kanunla TCK'nin 175/1, 3 ve 176/1. maddeleri değişikliğe uğramış ve bu maddelere “semavi dinler” ibaresi eklenmişti. Anayasa Mahkemesi ise inananlar arasında bir ayırım yapılamayacağını ve tüm vatandaşların kanun önünde eşit olduğunu belirterek bu maddeleri Anayasanın laiklik, eşitlik ile din ve vicdan hürriyetine aykırı bularak iptal etmişti¹⁰.

Bunun üzerine 765 sayılı TCK'de 175. madde şu hali aldı:

Madde 175 - (Değişik madde: 20/05/1987 - 3369/1 md.)

Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fiilin işlenmesi sırasında cebir, şiddet, tehdit veya hakaret vaki olmuş ise, faile bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Üçüncü fıkrada yazılı suçlar, basın ve yayım yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolünür.

Birinci fıkrada yazılı suçların basın ve yayım yoluyla teşvik ve tabrik edilmesi halinde aynı ceza uygulanır.

⁹ Önder, s. 23.

¹⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 1998, s.71.

1.1.5. Kutsal Varlıklara Hakaret Cürmü (Madde 175/3, 1. Kısım)

1.1.5.1. Genel Olarak

“Allah’a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden...” cezalandırılır.

1.1.5.2. Suçun Maddi Unsuru

Herhangi bir kimsenin Allah’a, dinlerden birine, peygamberlere, kutsal kitaplara veya mezheplere hakaret etmesidir. Hakaret 480. ve 482. maddeyi kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

1.1.5.3. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru suçun hukuki konusu dine inananların dinsel inançları ve inanma hürriyeti olduğu için burada özel kast aranmalıdır¹¹.

1.1.6. Bir Kimseyi Dini İnançlarından Dolayı Kınama Cürmü (Madde 175/3, 2. Kısım)

1.1.6.1. Genel olarak

“Bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin, emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan...” cezalandırılır.

1.1.6.2. Suçun Maddi Unsuru

Kişiyi dini inançlarından ya da mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınama veya tezyif veya tahkir etme veya alaya almadır. Buradaki dini inanç, inanmama özgürlüğünü de kapsamaktadır.

Tezyif, hor ve değersiz görme; tahkir bir şeyi aşağılama, alçaltma; alaya alama kişinin gülünç duruma düşürülmesi; kınama ise beğenmediğini bildirme anlamına gelmektedir.

¹¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 1998, s. 86.

1.1.6.3. Suçun Manevi Unsuru

Özel kast aranır.

1.1.6.4. Ağırlaştırıcı Sebep

765 sayılı TCK'nin 175. maddesinin 4. fıkrasına göre "Kutsal varlıklara hakaret ve bir kimseyi dini inancından dolayı kınama fiilleri basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli arttırılarak hükmolunur".

1.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme (Madde 125/3 (b) ve (c))

1.2.1. Genel Açıklamalar

5237 sayılı kanunda kişiye inanç, düşünce ve kanaatlerinden dolayı hakaret 125. maddenin 3. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmektedir.

125. madde Türk Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 8. bölümünde şerefe karşı suçlar başlığı altında bulunur. Bu maddenin 1. fıkrasında suçun öğeleri, 2. fıkrasında suçun huzura eşit sayılan araçlarla işlenmesi, 3. fıkrasında nitelikli haller, 4. fıkrasında suçun alenen işlenmesi ve son fıkrasında da kamu görevlilerine karşı işlenmesi yer alır.

Madde 125 - (1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ibtilât ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru mubatah alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletileyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dinî, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden babisle,

İşlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altında biri oranında artırılır.

(5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suçla ilişkin Madde hükümleri uygulanır.

1.2.2. Korunan Hukuki Yarar

Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunmak istenen hukuksal yarar, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer bireyler nezdindeki saygınlığıdır¹².

Şeref kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Fiili şeref kavramından hareket eden yazarlara göre şeref, kişinin şerefli olduğunun gerçek anlamda varlığına yönelik beslediği iyi duygudur¹³. Normatif şeref kavramından hareket eden yazarlara göre şeref, insan onuruna dayanan bir insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesine yönelik taleptir¹⁴. Öğretide egemen olan görüş olan düalist görüşe göre şeref karma bir hukuksal yarar olup bir insanın kendisine karşı beslediği ve başkalarının gözündeki değerini içerir¹⁵. Nevzat Toroslu ise bu konuda şerefin objektif ve subjektif yansıması ayrımına gitmektedir¹⁶.

1.2.3. Fail ve Mağdur

1.2.3.1. Fail

125. maddenin 1. fıkrasında “isnat eden” ve “saldıran” kişi tabiri kullanılarak bu suçun faili bakımından bir özellik taşımadığı belirtilmiştir.

Tüzel kişiler ise bu suçun faili olamaz.

¹² Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin, Ankara, 2008, s. 1913.

¹³ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007, s. 413.

¹⁴ Tezcan / Erdem / Önok, s. 413.

¹⁵ Tezcan / Erdem / Önok, s. 414.

¹⁶ Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007, s. 100.

1.2.3.2. Mağdur

125. maddenin 1. fıkrasında “bir kimseye” denilmek suretiyle mağdurun herhangi bir kimse olabileceği belirtilmiştir.

Tüzel kişilerin mağdur olup olamayacağı hakkında iki görüş vardır: Tüzel kişilerin mağdur olamayacağına ilişkin olan görüşe göre tüzel kişilere yapılmış hakaret gerçek kişilere yönelikse cezalandırılır, zira tüzel kişilerin kendilerine özgü korunmaya değer şerefleri yoktur¹⁷. Tüzel kişilerin mağdur olabileceğine ilişkin görüşe göreyse tüzel kişilerin maddi haklara ve mal varlığın haklarına sahip olmaları özellikle ekonomik alanda kendilerine özgü bir itibara da sahip olmalarını gerektirir¹⁸.

Mağdurun belirli ya da belirlenebilir kişi olabilmesi gerekir. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre kişi toplulukları da belirli koşullar altında suçun mağduru olabilir¹⁹. Bunun için ilgili kişi topluluğunun açıkça sınırlandırılmış ve belirlenmiş olması, belirli ve teşhis edilebilir kişilerle ilişkilendirilmesi gerekir²⁰. Örneğin “Katolikler sahtekar ve yalancıdır.” ifadesi bu suçu oluşturmaz. Burada kişi topluluğunu tahkiriyle birden fazla kişinin tahkiri karıştırılmamalıdır.

1.2.4. Maddi Unsur

1.2.4.1. Somut Bir Fiil ya da Olgu İsnat Etmek

Hakaret suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olan “somut bir fiil veya olgu isnat etmek” suretiyle hakaretin varlığı için failin mağdura sadece bir fiil veya olgu isnat etmesi yeterli değildir. Bu fiil ve olgu somut olmalıdır.

İsnat edilen somut fiil ya da olgunun başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelik taşımalıdır.

¹⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 107.

¹⁸ Tezcan / Erdem / Önok, s. 107.

¹⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 416.

²⁰ Tezcan / Erdem / Önok, s. 416.

1.2.4.2. Sövmek

Hakaret suçunu sövme ile işleniş şeklinde, mağdura “somut fiil ya da olgu” isnat edilmeden, onun sadece bir vasfından bahsedilerek, kötü bir niteliği ya da huyu ifade eden sözlerle veya kişinin bedeni arızası ifade edilerek ya da kişiye bir hastalık izafe edilerek kişinin soyut şekilde tahkir edilmesi söz konusudur²¹.

1.2.4.2.1. Huzurda Hakaret

Suçun huzurda işlenebilmesi için söylenen sözün herhangi bir aracıya gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya mağdur tarafından öğrenilmiş olması gerekir; fail ve mağdurun yüz yüze gelmeleri aranmaz²². Suçun mağdura hitaben gönderilmiş mektup, resim vs. gibi araçlarla işlenmesi de huzura eşit sayılmıştır²³.

1.2.4.2.2. Gıyapta Hakaret

Mağdurun gıyabında işlenen hakaretin cezalandırılabilmesi için suçun en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekir. İhtilat en az 3 kişinin isnat edilen fiil veya olguyu öğrenmeleri demektir, öğrenme olanağı yeterli değildir²⁴.

1.2.5. Manevi Unsur

Genel kast yeterlidir. Bir görüşe göre genel kastın yanında aşağılama amacı da bulunmalıdır²⁵.

21 Parlar / Hatipoğlu, s. 1922.

22 Tezcan / Erdem / Önok, s. 420.

23 Tezcan / Erdem / Önok, s. 422.

24 Tezcan / Erdem / Önok, s. 422.

25 Toroslu, s. 114.

1.2.6. Nitelikli Haller

1.2.6.1. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

1.2.6.2. Suçun Kişinin Dinsel, Siyasal, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yayıma Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı İşlenmesi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 175. maddesinin 3. fıkrasında yalnızca din özgürlüğü korunmaktaydı. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda buna ayrıca siyasal, sosyal, felsefi inanç da eklenmiştir. Hakaretin kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmaması nedeniyle işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmemesinin anlaşılır nedeni bulunmamaktadır²⁶.

Bu nitelikli hal ile Anayasanın “din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24., “düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25. ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddesi ile AİHS'nin 9. ve 10. maddeleri korunmaktadır.

1.2.6.3. Suçun Kişinin Mensup Olduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle İşlenmesi

Bu bende göre ancak belli bir kişiye yönelik olarak kutsal sayılan değerlere hakaret edilmesi ceza yaptırımına alanına girmektedir²⁷. Bu bakımdan failde kutsal değerleri tahkir etme özel kastı aranmaz, genel kast yeterlidir²⁸. Bu nitelikli halin uygulanmasında semavi din olup olmama ya da cemaatleşme aranmaz²⁹. Önemli olan hakaret suçunun kişinin mensup olduğu dine göre hakaret sayılan değerlerden bahisle işlenmesi, bu suretle kişinin şeref ve onurunun, dinsel duygularının, bu dinin kutsal saydığı değerler araç olarak kullanılmak suretiyle rencide edilmesidir³⁰.

²⁶ Tezcan / Erdem / Önok, s. 433.

²⁷ Tezcan / Erdem / Önok, s. 433.

²⁸ Parlar / Hatipoğlu, s. 1932.

²⁹ Parlar / Hatipoğlu, s. 1932.

³⁰ Parlar / Hatipoğlu, s. 1932.

2. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Veya Aşağılama

2.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme (Madde 312/2)

2.1.2. Genel Açıklamalar ve Tarihsel Gelişim

“Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” 765 sayılı TCK’nin ikinci kitabının Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler isimli beşinci babının birinci faslında, 312. maddenin 2. fıkrasında yer almaktaydı. 2002 tarihli değişikliklerle birlikte madde şu hali almıştı:

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, balkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Avrupa Birliği’ne Uyum Yasaları çerçevesinde madde 2002 yılında son şeklini almıştı³¹. Maddenin önceki halinde kin ve düşmanlığa tahrik yeterliken son değişikliklerle tahrik yeterli görülmemiş ayrıca tahrikin kamu düzenini tehlikeye düşürme şartı da aranmıştı. Bunun yanında açıkça kelimesi yerine alenen getirilerek karışıklık da giderilmişti. “Kin ve düşmanlık” yerine “düşmanlığa veya kin beslemeye” ibaresinin getirilmesi suçun kapsamını genişletme olarak algılanabileceğinden yerinde olmamıştır³².

2.2.2. Suçun Karakteri

Bu suçun ana çizgileri şunlardı: 1) Halkın birbirlerine karşı kin veya düşmanlık beslemesi gerekmektedir, 2) Bu tahrikin bir tür bağımlı hareketle gerçekleştirilmesi söz konusudur, 3) Tahrik açıkça yani alenen gerçekleştirilecektir, 4) Fiilde belirtilen eylemlere yönelik cürüm kastı bulunacaktır.³³

³¹ Artuk, Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2007, s. 442.

³² Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 442.

³³ Cihan, Erol; “İfade Özgürlüğü Açısından TCK. M. 312’deki Suçun Değerlendirilmesi”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2003, (s.159-172) s.165.

Öğretide ve uygulamada suçun tehlike suçu olduğu belirtilmektedir. Tehlike genel olarak zarar ihtimalidir³⁴.

2.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki Düzenleme (Madde 216)

2.2.1. Genel Açıklamalar

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tabrik veya Aşağılama

Madde 216 - (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tabrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kamu barışına karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçları” düzenleyen üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan beşinci bölümünde yer almaktadır.

216. maddede birbirinden bağımsız üç ayrı suç düzenlenmiştir. Bunlar halkı kin ve düşmanlığa tahrik, halkın bir kesimini aşağılama ve dini değerleri aşağılama suçlarıdır.

Gerekçeye göre 216. maddenin 1. fıkrasındaki suç somut tehlike suçudur. Söz konusu suçun oluşması için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesi somut olgulara dayalı olarak var olmalıdır.

2.2.2. Korunan Hukuki Yarar

Hukuki yarar kamu barışının korunmasıdır. Bu şekilde halkın çeşitli kesimleri arasında kin ve düşmanlık duygularının doğması önlenmek is-

³⁴ Cihan, s. 166.

tenmektedir. Kamu barışı, bireyler arasındaki ilişkilerde, hukukun ege-
men olduğu toplum düzeni olarak anlaşılmalıdır³⁵.

2.2.3. Fail ve Mağdur

2.2.3.1. Fail

Herhangi bir kimse suçun faili olabilir.

2.2.3.2. Mağdur

216. maddenin 1. fıkrasındaki özellikleri taşıyan halk kesimidir.

2.2.4. Maddi Unsur

Öncelikle belirtmek gerekir ki maddede belirtilen sosyal sınıf, ırk,
din, mezhep ve bölge farkı yaratma sınırlı sayıdadır. Yani bunlar dışın-
daki grupların tahriki bu maddeye girmeyecektir.

2.2.4.1. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tabrik Suçunun Maddi Unsuru

Halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunda ceza normunun ya-
sakladığı fiil, “alenen tahrik etme”dir³⁶. Tahrik; sosyal sınıf, ırk, din,
mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip halk kesimleri
arasında kin ve düşmanlık aşılama, mevcut kin ve düşmanlıkları de-
vam ettirmeye yönelik olmalıdır³⁷.

“Kin ve düşmanlığa” tahriki, husumet beslenen konuya karşı tasarla-
yarak zarar vermeye, ölç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya
yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal olarak tanımla-
yabiliriz³⁸.

Aleniyet konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Yerin niteliği ale-
niyetin kabulü bakımından önemsizdir, önemli olan eylemin belirli ol-
mayan bir çok kişi tarafından algılanabilmesidir³⁹.

35 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 443.

36 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 446.

37 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 446.

38 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 447.

39 Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 450.

Suç aleni tahrikin yapılması ile tamamlanır⁴⁰.

Din farklılığı gözeterek tahrik: Suçun bu şeklinin oluşabilmesi için farklı inançlara, farklı düşüncelere sahip kitlelerin değil, farklı dinlere mensup halk kesimlerinin, birbirine karşı tahrik edilmesi gerekir⁴¹.

2.2.4.2. Halkın Bir Kesimini Aşağılama Suçunun Maddi Unsuru

Halkın bir kesimini aşağılama suçu 216. maddenin 2. fıkrasında belirtilmektedir. Suçun maddi unsuru halkın bir kesimini sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılıklarına dayanarak alenen aşağılamaktır. Bu suçun oluşabilmesi için halkın belli kesimini oluşturan belirsiz sayıdaki kişilerin aşağılanması gerekir⁴².

Halkın bir kesimine yönetilen isnatların veya nitelendirmelerin aşağılama anlamına gelip gelmediği toplumdaki hakim anlayışa göre belirlenir⁴³. Düşünce özgürlüğünün sınırları içinde kalmak şartıyla, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ve bölge farklılıklarıyla ilgili olarak halkın bir kesimi hakkında kamuoyunu bilgilendirmek, hatta eleştirmek aşağılamak olarak nitelendirilemez⁴⁴.

2.2.4.3. Dini Değerleri Aşağılama Suçunun Maddi Unsuru

Dini değerleri aşağılama suçu 216. maddenin 3. fıkrasında belirtilmektedir. Bu suçun maddi unsuru halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamaktır.

Bir kesimin benimsediği değerlerden maksat; inanç sistemi, dinî büyükler, ibadet şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlarca dinî kıymet atfedilen her türlü şeydir⁴⁵.

Suçun oluşması için bir halk kesiminin benimsediği değerler aşağılanmalı, cezalandırılabilmesi için “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir. Yani aşağılama fiili bireylerin taşıdıkları, barış esasına da-

⁴⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 451.

⁴¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2007, s. 460.

⁴² Parlar/ Hatipoğlu, s. 3172.

⁴³ Toroslu, s. 258.

⁴⁴ Toroslu, s. 258.

⁴⁵ Parlar / Hatipoğlu, s. 3173.

yalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duyguyu zedelemeli veya zedeleme ihtimalini somut bir biçimde ortaya koymalıdır⁴⁶.

“Aşağılamak”, değer vermemek, önemsiz, anlamsız, gereksiz ve yararsızlığını belirterek kişilerdeki saygı ve güven duygularını sarsmaktır⁴⁷.

2.2.5. Manevi Unsur

Suçu manevi unsuru kastır ve suçun oluşması için saik aranmaz.

2.2.6. Ağırlaştırıcı Sebep

“Kamu Barışına Karşı Suçlar” bakımından ortak hüküm olan 218. maddeye göre, bu suçlar basın veya yayın yoluyla işlenirse temel ceza yarı oranında arttırılır.

3. Uluslararası Hukukta Kutsal ve Ahlaki Değerlerin Korunması

3.1. İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

3.1.1. Genel olarak

İfade özgürlüğü en temel haklardan biri olarak birçok devletin anayasasında ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır.

Sınırlama ancak meşru bir amaçla hakkın norm alanı üzerinden yapılabilir bu nedenle ancak hakkın norm alanı belirlendikten sonra, hakkın sınırlanmasıyla ilgili tartışmalar yapılabilir⁴⁸. İfade özgürlüğü hakkı bir takım ifadeleri korurken diğer bir takım ifadeleri korumamakta, yani norm alanı dışında tutmaktadır⁴⁹. Dış dünyada bir takım değişiklikler doğuran ifadeler, hukuk düzeninin haklı olarak korumadığı ya da suç saydığı bir durum olduğunda hakkın norm alanının dışında kalmaktadır⁵⁰.

⁴⁶ Parlar / Hatipoğlu, s. 3173.

⁴⁷ Parlar / Hatipoğlu, s. 3173.

⁴⁸ Şahin, Kemal; İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, XII Levha yayınevi, İstanbul, 2009, s. 323.

⁴⁹ Şahin, s. 325.

⁵⁰ Şahin, s. 325.

Klasik liberal kuram ifadenin zararlı olabileceği yönündeki tezleri oldukça sınırlarken, karşı tezler ifadenin de en az eylemler kadar etkili ve zararlı olabileceğini ileri sürmektedir⁵¹.

Hakaret ve sövmeye içerikli, müstehcen ya da şiddeti tahrik eden ifadelerin sınırlandırılacağı kesin olmakla beraber hangi ifadenin hakaret hangisinin eleştiri olduğu konusunda bir ayrıştırma yaparken linguistik (sözel anlam) ve semantik (anlam ve bağlam) analiz yapılmalıdır⁵².

3.1.2. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplumda Nefreti Tabrik ve Teşvik Eden İfadelerin Sınırlandırılması Rejimi

Toplumda nefreti tahrik ve teşvik eden ifadeler birçok uluslararası belgede de yasaklanmıştır. MSHS madde 20/2'ye göre toplum içinde ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti tahrik ve teşvik edebilecek düzeye varan; ulus, ırk veya din farklılığı temelinde nefreti körükleyen ifadelerin savunusunu Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin yasaklaması gerekecektir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 2006 tarihli 1510 sayılı kararında, herhangi bir dini gruba yönelik nefreti tahrik ve teşvik eden ifadelerin AİHS tarafından güvenceye alınmış temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmadığı vurgulanmıştır.

3.1.3. AİHS'de İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

Madde 10

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğinin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

⁵¹ Şahin, s. 328.

⁵² Şahin, s. 333.

Bu maddede yer alan ifade özgürlüğünün iki görünümü vardır: 1) Kanaat oluşturma ve bu kapsamda bilgi edinebilme, bilgilere ulaşabilme, 2) Bunları her türlü araçla yayabilme⁵³.

Bu özgürlük, devlet organları ya da toplumun çoğunluğu gibi düşünmeme, düzeni sorgulama hatta kınamayı da içermekte ve toplumda şok edici ya da rahatsızlık yaratıcı düşünceleri de kapsamaktadır⁵⁴.

AİHS açısından ifade özgürlüğünün sınırlanması şartları şunlardır: 1) Sınırlamanın kanunla olması, 2) Maddenin 2. fıkrasıyla sınırlı olmak üzere meşru ve haklı bir amaca dayanması, 3) Demokratik bir toplumda gerekli olması.

Konuyla ilgili olarak ifade edilebilir ki AİHM'nin kutsal ve ahlaki değere saldırıya izin verilemeyeceği, kin ve nefreti artırmaya yönelik beyanların yasaklanabileceğine ilişkin kararları mevcuttur.

AİHM 10. madde bakımından Amerikan Hukukunda geçerli olan “açık ve mevcut tehlike” kriterini kullanmayarak ifadenin Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olup olmadığına bakmaktadır⁵⁵.

3.2. Örnek Kararlar

3.2.1. İ.A. Türkiye Davası⁵⁶

Söz konusu olayda başvuran Berfin yayınevini sahibi ve yöneticisidir. Bu yayınevi 1993 yılında felsefeye ve dine dair görüşleri içeren bir romanı basmıştır. İstanbul Cumhuriyet savcısı da bir ilahiyat profesörünün bilirkişi raporuna dayanarak hazırladığı iddianamesinde başvurunu TCK'nin 175. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alan “Allah'a, dine, peygambere ve kutsal kitaba” hakaret etmekle itham etmiştir. İlk derece mahkemesi hapis cezasına ve bu cezanın da para cezasına dönüştürülmesine karar vermiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

53 Kocasakal, Ümit / Aksoy, Eylem / Memiş, Pınar; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, (s.25-50), s. 28.

54 Kocasakal / Aksoy / Memiş, s. 29.

55 Kocasakal / Aksoy / Memiş, s. 37.

56 www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/i.a.doc

Olay AİHM'nin önüne geldiğinde hükümet söz konusu kitabın dine, özellikle İslam dinine saldırgan yaklaşımları içermesi, dini duygulara hakaret etmesi ölçüsünde başvuranın mahkumiyetinin sosyal bir ihtiyacı karşıladığını belirtmektedir.

AİHM'ye göre 10. maddenin 2. paragrafında yer alan ifade ve düşünce özgürlüğü bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirmektedir, bu nedenle başkalarına zarar verecek ve saygısızlık edecek söylemlerden kaçınılmalıdır. Ayrıca devletler temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlamanın “demokratik bir toplum için gerekli” olup olmadığına ilişkin karar verme bakımından belirli ölçüde takdir yetkisine sahiptir. AİHM, çatışan menfaatler arasında bir denge kurulmasını öngörmektedir.

Mevcut duruma ilişkin olarak AİHM olayda sadece çakışan ya da şok edici, kışkırtıcı fikirler değil, aynı zamanda İslam dinindeki peygamberin kişiliğine karşı hakaret dolu bir saldırı da bulmuştur. Bu nedenle alınan tedbirlerin “sosyal ihtiyaca karşılık” geldiği ve alınan önlemlerin de orantılı olduğu kabul edilmiştir.

2.2. OttoPreminger-Avusturya Davası⁵⁷

Söz konusu olayda başvuru OttoPreminger kurumu, Council in Heaven adlı filmi göstermek istemiştir. Roma Katolik Kilisesinin Innsbruck piskoposluk bölgesinin başvurusu üzerine kurumun müdürü aleyhine dini değerleri alçaltmaya teşebbüsten film gösteriminden 3 gün önce cezai takibat başlatmıştır. Innsbruck Bölge Mahkemesi filmin gösteriminden önce filme el koymuştur. Filmin el koyulmasına karşı temyiz mahkemesine yapılan itiraz mahkeme tarafından reddedilmiştir. Kurumun müdürü aleyhine yapılan cezai takibat ise sonlandırılmıştır. Bölge mahkemesi filmin müsaderesine karar verirken dini duyguların provokatif davranışlarla rencide edildiğini ve bunun da Avusturya Anayasası'nda yer alan sanat özgürlüğünü aştığını belirtmiştir. Kurumun müdürünün itirazı ise davada bulunma hakkı (*locusstandi*) olmadığından reddedilmiştir.

⁵⁷ ECHR: OttoPremingerInstitut v. AustriaPublication: A 295 A, Utrecht School of Law.

Olay AİHM'nin önüne geldiğinde hükümet filme el koyulması ile diğerlerinin haklarını ve dini hislerini koruduğunu ve düzensizliği önlemeyi amaçladığını belirtmiştir.

AİHM bu olayda iki çatışan hakkı ölçmek zorunda kalmıştır, bunlardan biri ifade özgürlüğü diğeri ise dini duygulardır.

AİHM'ye göre filmlere el koyan Avusturya mahkemesinin amacı kişilerin dini duygularının haksız şekilde hor görülmesini önlemektir. Bu konuda da uluslararası kurumlar yerine ulusal kurumlar daha iyi karar verecektir. Sonuç olarak Avusturya olayda takdir hakkını (*margin of appreciation*) aşmadığına ve ayrıca AİHS'nin 10. maddesinin müsadereye izin vermediği şeklinde de okunamayacağına karar vermiştir.

Wingrove-İngiltere davasında ise kutsal değerlere hakaret ettiği gerekçesiyle bir filme İngiliz Film Konseyi tarafından Tasnif Sertifikası verilmesinin reddi, ifade özgürlüğünün reddi olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸

Sonuç

Türk Ceza Kanunu'nda nefret ve ayrımcılığı yasaklayan maddeler bulunsa da bürokratik, polisiye ve adli uygulama bu maddeleri amaçlarına uygun yorumlamamaktadır. Bu maddeler dezavantajlı kişi ve grupların korunması amacı doğrultusunda değil, bizzat baskın kimliğin korunması amacı yönünde yorumlanmaktadır.

Uluslararası alanda bu sorunla Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ilgilenmektedir. Türkiye'nin de bu konuda vermiş olduğu taahhütleri bulunmaktadır. Bunlardan biri de polis örgütünü ve diğer kamu görevlilerini eğitmektir.

Bu kapsamda mevzuatın sözleşmelere, taahhütlere ilişkin olarak yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ayrıca TBMM'den başlanarak ayrımcılığın önlenmesi konusunda çalışmalara girilmelidir. En önemlisi ise toplumda her türlü ayrımcılığa karşı bir bilinç ve hoşgörü ortamı yaratılmalıdır. Bu konuda halkın her kesimine, sivil toplumlara ve özellikle medyaya büyük görev düşmektedir.

⁵⁸ Bıçak, Vahit; AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s. 40.

Kaynakça

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan, Ankara, 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1998.
- Bıçak, Vahit; AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002.
- Cihan, Erol; “İfade Özgürlüğü Açısından TCK. M.312’deki Suçun Değerlendirilmesi”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s. 159-172.
- Çetin, Erol; Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin, Ankara, 2005.
- Gökçen, Ahmet; Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.
- Kocasakal, Ümit / Aksoy, Eylem / Memiş, Pınar; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003, s. 25-50.
- Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 1985.
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2 ve 3. ciltler, Seçkin, Ankara, 2008.
- Sadurski, Wojciech; İfade Özgürlüğü ve Sınırları, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce, Ankara, 2002.
- Şahin, Kemal; İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007.
- Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007.

İnternet Siteleri

- www.kazancı.com
www.inhak-bb/adalet.gov.tr
www.uu.nl

Mevzuat, Öğreti ve Uygulama Açısından Türkiye'de Organ ve Doku Nakilleri

Prof. Dr. Yener Ünver*

Özet

Organ ve doku nakilleri, Türk tıp hukukundaki güncel tartışmanın odak noktalarından birini oluşturmaktadır. Türk hukukunda ölüden ve canlıdan yapılan organ nakillerine ilişkin düzenlemeler bulunmasına karşın, uygulamada nakil oranlarının düşük olduğu görülmektedir. Makalede bunun nedenleri üzerinde durulmaktadır. Özellikle beyin ölümü kriterlerinin uygulanması, organ ve doku ticareti suçunun özellikleri, rızanın geçerlilik koşullarına tıp hukuku uygulamasında verilen önem ve bağışlanan organlara ilişkin bekleme listelerinin oluşturulması bakımından ortaya çıkan sorunlar incelenmekte ve çözüm önerileri getirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Organ ve doku nakli, organ ticareti suçu, beyin ölümü, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, organ bekleme listesi

Abstract

Transplantation of organs and tissue is one of the main points of the current debate in Turkish medical law. In spite of the fact that the Turkish legislature includes many provisions on the transplantation of organs and tissue from living and non-living donors, it can be observed that numbers regarding transplantation of organs remain low in practice. This article deals with the reasons of this. Specifically, problems regarding the application of brain-death criteria, the characteristics of the offence of trafficking in organs, conditions of admissibility regarding the donor's consent, difficulties in creating donor waiting lists and possible solutions are some of the issues addressed by this article.

Keywords: Organ and tissue transplantation, trafficking in organs, brain death, CoE Convention on Human Rights and Biomedicine, donor waiting list

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku öğretim üyesi.

I. Organ Nakline İlişkin Olarak Türkiye Açısından Bazı Veriler

Şu anda Türkiye’de organ nakli açısından kesin bir rakama ulaşmak olanaksızdır. Çünkü gerçek ihtiyaç sahiplerinden bazıları kendi imkânlarıyla yurtiçi ve yurtdışında organ nakil çareleri ararken, büyük çoğunluk bilgisizlik, ekonomik olanaksızlık, bazı nefroloji uzmanlarının hala diyaliz tedavisini bir süre daha devam ettirmek konusundaki ısrarları vs. nedenleriyle organ nakli bekleme listesine kayıt yaptırmamışlardır. Şu an itibarıyla tam olarak belli olmasa da, 60.000’in üzerinde böbrek bekleyen hasta mevcuttur. Bu rakam diyalizdeki hasta sayılarından çıkarılmaktadır. Tüm diyaliz hastaları arasında böbrek nakli adayı olmasına rağmen bunların sadece 14.000 civarında bir kısmı Sağlık Bakanlığı’nın nakil bekleme listesinde. Ayrıca organ nakline ihtiyaç duyan kişilerin 3.000 kadarı kalp, 7.000 kadarı karaciğer nakli için beklemektedir. Nakil için organa olan gerçek ihtiyacın 70.000 civarında olduğu belirtilmektedir. Organ nakline ihtiyacı olan kimselerin sayısı gerçekte daha fazladır¹.

Karaciğer ve kalp konusunda ise sağlıklı rakamlar elde etmekten çok uzağız, çünkü kronik hastaların, diyaliz gibi bir tedavi yöntemi olmadığından tam sayıyı elde etmek ülkemizdeki veri tabanlarının zayıflığı nedeniyle imkansızdır. Bununla birlikte, 3.000 civarında karaciğer bekleyen ve 7.000 civarında kalp bekleyen hasta olduğunu ifade edilmektedir. Gerçek rakamlar, büyük olasılıkla bunun çok üzerindedir. Kalp ve karaciğer bekleyenlerin sayılarının böbreğe göre düşük olmasının nedeni ise, diyaliz tedavisi olmadığından bu hastaların uzun süreler geçmeden ölmeleridir.

Türkiye, tıbbi açıdan organ ve doku naklinde ciddi bir kalite ve başarı yakalamıştır. Sadece Antalya şehrindeki bir devlet hastanesinde, yılda 400 civarında organ ve doku nakli yapılabilmekte ve bir iki hasta dışında bu nakillerin tümü tıbbi açıdan başarıyla sonuçlanmaktadır. Türkiye’nin Avrupa Organ Nakli Sistemi’ne entegre çalışmaları devam etmektedir.

Diyanet İşleri Başkanlığı, organ naklinin İslam dinine aykırı olmadığını açıklamıştır ve zaman zaman camilerden organ ve doku bağışını destekleyen vaazlar verilmektedir.

1 Bkz. Turkish Society of Nephrology (www.tsn.org.tr) (Registry Raporları).

Türk toplumundaki insanlar, organını ölüm sonrası nakledilmek üzere bağışlarsa, organ ve doku bekleyen insanların sayısının çok olması nedeniyle, hastalandıklarında kendilerine hastanede iyi bakılmayacaklarını ve kendilerinin birer organ veya doku deposu olarak görüleceklerini düşünmektedirler. Konu topluma iyi anlatılır ve suiistimallerin olmaması sağlanırsa, Türk insanı esasında, organ bağışına sıcak bakmakta ve hemen rıza göstermektedir. Ancak resmi kurumlar ve sivil toplum örgütleri konuya yeterli duyarlılık göstermemekte ve toplumu yeterince aydınlatmamaktadırlar.

II. Organ ve Doku Nakli Merkezleri

Organ nakli merkezlerinin sayısı da yetersiz olup, bunlardan resmi kuruluşların olanakları daha zayıftır. Bu nedenle, birkaç resmi hastane dışında, en çok organ nakli, özel hastanelere bağlı kuruluşlar ve genellikle de böbrek nakli türünde gerçekleştirilmektedir. Halen ruhsatlı ve resmi 55 böbrek, 27 karaciğer ve 15 kalp nakil merkezi bulunmaktadır. Kalp merkezleri, genellikle akciğer nakli iznine de sahiptir. Farklı organların nakil iznine sahip merkezlerini tek merkez olarak hesapladığımızda, toplam olarak 55-60 resmi merkezin bulunduğu söylenebilir.

Özel merkezler açısından ise durum şöyledir: Özel kalp nakli merkezi bulunmamaktadır. Ancak, 4 adet özel karaciğer nakli merkezi ve çok sayıda (kesin sayıyı öğrenmek mümkün olmadı) özel böbrek nakli merkezi vardır. Özel merkezlerin toplam sayıya oranı, son yıllarda büyük bir hızla artan özel hastaneler sayesinde, %40'ı aşmıştır.

III. Organ ve Doku Nakli Verileri

Yine de son yıllarda organ nakli vaka sayısında artış görülmektedir. Sayı olarak belirtecek olursam, şu genel bilgileri verebilirim²:

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüctin, Levent; www.tpm.org.

1. Organ Nakli

<i>YIL</i>	<i>KADAVRADAN NAKİL</i>	<i>CANLIDAN NAKİL</i>
1997	46	–
1998	46	–
1999	60	–
2000	46	–
2001	89	–
2002	100	438
2003	205	513
2004	136	–
2005	153	738
2006	165	908
2007	223	1183
2008	242	1616
2009	298	2298

Görüldüğü üzere, organ nakillerinin hala büyük bir çoğunluğu ne yazık ki canlı vericilerinden yapılmaktadır. Bu oran yaklaşık %80 civarında ve kadavra azlığı nedeniyle de, canlıdan organ nakli sayısı giderek artmaktadır. Batılı ülkelerde ise, %70 civarında kadavradan organ nakli yapılmaktadır.

2. Doku Nakli

2009 yılı: canlıdan nakil hiç yoktur, kadavradan **164** nakil yapılmıştır.

3. Kornea Nakli

Organ Nakli Hakkında Kanun'un, aksine vasiyet veya beyanın bulunmaması halinde, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların başka bir kimsenin rızasını aramaksızın alınmasına izin veren özel hükmüne (m. 14/2) rağmen oldukça az sayıda kornea nakli yapılmıştır:

2008 yılında kadavradan **106** kornea nakli yapılmıştır.

2009 yılında kadavradan **125** kornea nakli yapılmıştır.

IV. Türkiye'deki Organ Nakli Sayıları³

2000 Yılı: 368 Böbrek, 59 Karaciğer, 11 Kalp (Toplam Sayı: **438**)
2001 Yılı: 491 Böbrek, 108 Karaciğer, 27 Kalp (Toplam Sayı: **626**)
2002 Yılı: 550 Böbrek, 159 Karaciğer, 20 Kalp (Toplam Sayı: **729**)
2003 Yılı: 605 Böbrek, 174 Karaciğer, 23 Kalp (Toplam Sayı: **802**)
2004 Yılı: 775 Böbrek, 245 Karaciğer, 33 Kalp (Toplam Sayı: **1053**)
2005 Yılı: 926 Böbrek, 324 Karaciğer, 36 Kalp (Toplam Sayı: **1286**)
2006 Yılı: 949 Böbrek, 319 Karaciğer, 45 Kalp (Toplam Sayı: **1313**)
2007 Yılı: 1310 Böbrek, 473 Karaciğer, 64 Kalp (Toplam Sayı: **1847**)
2008 Yılı: 1613 Böbrek, 598 Karaciğer, 12 Kalp (Toplam Sayı: **2223**)
2009 Yılı: 2383 Böbrek, 590 Karaciğer, 54 Kalp (Toplam Sayı: **3027**)

V. En Çok Organ Bağışında Bulunan İller

İzmir, Antalya, İstanbul, Ankara, Bursa, Samsun, Erzurum, Diyarbakır. İstanbul'da son on yılda organ bağışı sayısı dikkat çeker biçimde artmıştır⁴.

VI. Organ ve Doku Nakline İlişkin Türk Mevzuatı

1. Hukuka Uygun Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakli aynı mevzuata tabi kılınmış olup, hukuka uygun yapılabilmesinin koşulları 29. 05. 1979 tarih ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir. 21. 01. 1982 tarih ve 2594 sayılı Kanunla küçük bir değişiklik geçiren bu kanun halen yürürlükte olup, gerek kendi kapsamındaki nakiller gerekse Türk Ceza Kanunu'nun organ veya doku nakline ilişkin hükümlerin ihlal edilmemesi için gerekli koşulları düzenlemektedir⁵.

³ Hürriyet Gazetesi, 02. 03. 2010, s. 5. Belirtmek gerekir ki, kesin rakam vermek zordur ve yararlanılan kaynaklardaki sayılar birbirini tutmamaktadır.

⁴ Bkz. Hürriyet Gazetesi, 02. 03. 2010, s. 5.

⁵ Organ ve doku nakli ile organ ve doku nakli suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (İçel, Kayıhan / Ünver, Yener), Cilt: 10, Prof. Dr. Brigitte Tag'a Armağan, Ankara 2009, Aydın, Murat; Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008 ve Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku., 3. b., s. 392-411.

Bu Kanun'un amacı, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini düzenlemektir (m. 1). Bu Kanun anlamında organ ve doku deyiminden anlaşılan, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları olup, oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi değildir. Bu son belirtilenler açısından, sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları geçerlidir (m. 2).

Bu kanun, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılmasını (m. 3) ve keza, bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayırık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklamı yasaklamıştır (m. 4). Bu kanun açısından oldukça tartışmalı ve önemli diğer bir yasak ise, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olmasıdır (m. 5).

Kanun'un 6-10. maddeleri **canlı bir kimseden** organ veya doku alınmasının, 11-14. maddeleri ise **ölüden** organ veya doku alınmasının koşullarını⁶ ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

2. Organ ve Doku Nakli Suçu

Türk hukuku açısından organ nakli için üç hukuk kaynağındaki düzenlemelere bakmak gerekmektedir.

Organ ve doku nakli suçuna vücut veren davranış modelleri, kanunen ilk olarak 2238 sayılı ve 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanun 1982 yılında küçük birkaç değişiklik geçirmiş ise de, halen yürürlüktedir. Bu Kanun'un yasak hareketler başlıklı 15. maddesinde, hukuka aykırı organ nakli suç olarak şöyle düzenlenmiştir:

"Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar; alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar adli para cezasına hükmolünür".

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Yener; "Die Sektion nach türkischem Recht (Der Tod und tote Körper und ihre Einwirkungen in das türkische Recht)", Symposium über Der Tod und tote Körper in Zürich, Februar 2010 (Hrsg. Prof. Dr. utr. Brigitte Tag), (Baskıda).

01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun 91-93. maddelerinde de, yukarıda değinilen özel Kanun'un 15. maddesi metni ni çok büyük ölçüde tekrar düzenleyen ve hukuka aykırı organ nakli, alınması, saklanması, satışı vs. suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri şöyledir:

Organ veya doku ticareti

Madde 91. - (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Zorunluluk bâli

Madde 92. - (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Etkin pişmanlık

Madde 93. - (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarisına kadar indirilir.

Türk Ceza Kanunu'nun "insan ticareti" başlıklı 80. maddesinde, zorla bir kimseden organ veya vücut parçalarının alınması amacıyla gerçekleştirilen bazı hukuka aykırı eylemler "insan ticareti" suçu olarak düzenlenmiştir:

"(1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 md.)⁷ Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fubuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir."

Türkiye 2003 yılında Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Türk Anayasası'nın 90/5. maddesine göre, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe giren uluslararası sözleşme hükümleri, Türk hukukunda anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen ve kanunların üzerinde bir geçerliliğe sahiptirler. Ancak, Türk Hükümeti bu Sözleşme'ye organ nakli ile ilgili olarak ve kanımca hatalı olarak, bir çekince koymuştur. **Bu çekince şöyledir:**

"Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, 'Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Ba-

7 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle bu maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

kımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36 ncı maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20 ncı maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 5 inci maddesiyle uyum halinde olması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar⁸.

Bu düzenlemelere karşılık, halen organ ve doku nakli, alınması, satışı vs. aynı kanuni hükümlere tabi tutulmuş, henüz ne doku ne de kök hücre için özel bir kanun yapılmıştır.

VII. Mevzuat ve Uygulamadaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Türk Hükümeti'nin Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'ne koyduğu hatalı gerekçe nedeniyle, organ veya doku nakli **için canlı verici** olmak için, alıcısı kardeşi veya başka yakını dahi olsa, **18 yaşını doldurmak gerekmektedir**. Bu durum, ya illegal nakillere neden olmakta veya naklin yaptırılmaması nedeniyle ölümlere yol açmaktadır. Özellikle de kardeşler ve yakın akrabalar arası nakiller gerçekleştirilemediği için büyük kayıplar yaşanmaktadır. Başka bir ifadeyle, canlı verici olarak kardeşler ikinci derece akraba sayıldıklarından ve ilgili Yönetmelik 4. derece akrabaya kadar nakle izin verdiğinden verici olmaları, kural olarak mümkündür. Ancak, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda, canlı *solid* organ vericisinin 18 yaşın üstünde ve mümeyyiz olması gerekliliği özellikle vurgulanmış olduğu için, 18 yaşın altında canlı verici kullanılması hukuka aykırıdır ve zaten uygulamada da bu kişilerden nakilden kaçınılmaktadır. Bu düzenleme ve uygulama gerek tıp bilimi verilerine gerek ulusalüstü hukuk kurallarına aykırıdır.

Buradaki temel hata, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi onaylanırken '**reşit olmak**' kavramı ile '**muvafakat yeteneği olmak**' hukuksal kavramlarının anlamlarının birbirine karıştırılması, aynı gibi algılanmasıdır. Oysa, en azından Sözleşme ile de çelişki yaratmayacak bir çözüm vardır. **16**

⁸ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bkz. *Kanun No: 5013 (RG: 09. 12. 2003 tarih ve Nr: 25311)*.

yaşını doldurmuş ve muvafakat yeteneği olan kişilerin kardeşlerinin yaşamını kurtarmak için organ bağışlayabilmeleri olanaklı kılınmalıdır. Bunun için ise, öncelikle ve acilen Türkiye'nin bir taraftan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ndeki çekincesini geri çekmesi ve diğer taraftan ise Organ Nakli Kanunu'nun 5. maddesinde bu yönde değişikliğe gitmesi gerekir. Uygulamadaki potansiyel kötüye kullanmak yöntem ve yollarının kullanılmasını önlemek, sadece mutlak yasaklar getirmek ve bunu icra ederken de birçok insanımızın ölmesine dolaylı katkı yapmak değildir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 20. maddesindeki düzenleme, bir çekince olmaksızın, Türkiye için de geçerli olmalıdır.

Hatta bu açıdan, **ilik naklini düzenleyen özel bir düzenleme mevcuttur değildir.** Bu konu '**doku nakli**' içinde ele alınması gerektiği için, uygulamada çok sık ilik nakli yapılmakta ve hatta sırf ilik nakli amacıyla bayanlar hamile kalmaktadırlar. Yapılan ilik nakli uygulaması da aynı düzenlemelere tabi olduğu ve vericinin 18 yaşından küçük olması nedeniyle hukuka aykırı olmasına karşılık, bununla hiçbir adli merci ilgilenmemekte olup, şu ana kadar bu konuda tek bir soruşturma dahi açılmamıştır. Tüm resmi kurumlar, bu tür nakillere göz yummaktadır.

Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesine göre, organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması gerekmektedir. Bu maddeye göre, Sözleşme'nin 15. maddesine muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz. **Ancak, istisnaî olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif dokuların alınmasına belirli şartların gerçekleşmesi koşuluyla izin verilebilir.** Bu şartlar şunlardır: 1) Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, 2) Alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması; 3) Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; 4) 6'ncı Maddenin 2'nci ve 3'üncü paragraflarında şart koşulan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması; 5) Muhtemel vericinin itirazda bulunmaması. Sözleşme'nin bu hükmünün Türk iç hukukuna yapılacak kanuni değişikliklerle yansıtılması gerekmektedir.

Sağlık Bakanlığı'nın *organ nakli bekleme* listeleri **sadece böbrek**

nakli için çalıştırılmaktadır. Oysa bunun diğer organ ve dokular için de yaygınlaştırılması gerekir. Bu yapılırsa, hem daha çok nakil yapılarak çok fazla kişinin yaşam ve sağlığı kurtarılacak hem de suiistimaller önlenecektir. Özellikle kalp ve karaciğer alanında bu sistemin işletilmesine acil ihtiyaç vardır. Türkiye ne *Eurotransplant* gibi uluslararası bir kuruma üyedir ne de *Swisstransplant* gibi bir kuruluşla işbirliği yapmaktadır.

Başka bir ifadeyle, bugün itibarıyla ülkemizde merkezi anlamda sadece **böbrek ulusal bekleme listesi** mevcuttur. Kişiler hangi hastaneye müracaat ettiklerini bildirerek Sağlık Bakanlığı'ndaki *ulusal bekleme listesine* kayıt yaptırmaktadırlar ve böbrek dağıtımında bu liste esas alınmaktadır. Listedeki hastaların tıbbi durumlarının güncellemesi iyi yapılamadığından zaman zaman sorunlar yaşanmaktadır. Uygun organ bulunduğu ve bunun için çağrı yapıldığında, hasta ölmüş veya o an için nakle uygun durumda olmadığı öğrenilebilmektedir. Bu ise, büyük bir zaman kaybı ve çoğu kez de başka bir insanın yaşam veya sağlığının kurtarılması fırsatının kaçırılması anlamına gelmektedir. Karaciğer ve kalp konusunda ise merkezi liste henüz geliştirilememiştir. Mahalli merkezlerin kendi listeleri vardır ve hastalar çoğunlukla birkaç hastanenin listesine birden kayıt olabilmektedirler. Bu ise, fırsat ve şans eşitli ile liste sırasının mantığına aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Kısa süre önce Karaciğer merkezi listesinin oluşturulma çabaları başlatılmıştır ve bir süre sonra bu sistemin işletilmesi beklenmektedir. Kısmen mesafenin uzaklığının etken olduğu akla gelebilir ise de, bu konu hiç tartışılmamakta, bu neden hiç ileri sürülmemiş olup, daha çok organların yurtdışına gideceği ve bu nedenle zaten çok ihtiyacı olan Türkiye'nin güçlük yaşayacağı ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, özellikle doku ve ilik açısından hükümetin münferit tasarruf ve girişimleriyle birçok ülkeden doku ve ilik getirtilerek Türkiye'de nakil yapılmakta veya Türk hasta yurtdışına gönderilerek orada nakil gerçekleştirilmektedir.

Ceza hukukçularından birkaçı dışındaki ceza hukukçuları ve neredeyse tüm özel hukukçular hala 1940'lı yıllarda savunulan görüşlere atıfla **kalp ölümü** veya hem kalp hem de **beyin ölümü** kriterinin birlikte uygulanmasına taraftardır. Maalesef doktorlar ve Sağlık Bakanlığı görevlilerinin de çoğunluğu beyin ölümü ve organ bağışi konusunda çok bilgili ve duyarlı değillerdir, özel önem göstermemektedirler. Ka-

muoyu bu konularda hiç aydınlatılmamaktadır. Nitekim yukarıda değinilen 60.000 böbrek hastasının 2/3'ü kendilerinin organ nakli ile iyileşeceği ilgisinden habersizdirler. Hatta canlı organ bağışına sıcak bakılmakta, daha çok kadavradan bağış üzerinde çalışmalar planlanmaktadır. Türkiye'deki nakillerin çoğunun canlı kişilerden olduğu gerçek ise de, gerek canlı gerek ölü vericilerden bağış teşvik edilmelidir. Kamuoyu yeterince bilgilendirilmediği için, özellikle kadavradan organ veya doku nakillerinde ciddi sorun yaşanmaktadır.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 11. maddesi ölüm halinin tespitini düzenlemektedir. Bu hükme göre, "bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak **tıbbi ölüm hali**, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır".

Dikkat edilirse, Kanun, ölçüt olarak "tıbbi ölüm hali" ifadesini kullanmış olup, tespit için ise belirli nitelikte 4 kişilik hekimler kurulunun oybirliği ile ölümün tespitini zorunlu kılmıştır. Bu düzenleme açısından iki husus özellikle sorunludur. Bunlardan birisi, ölümün tespiti için açıkça "beyin ölümü" ölçütünün değil, "tıbbi ölüm hali" ölçütünün kullanılmış olması ve diğer sorun ile ölümün tespiti için belirli branşlardan mutlaka 4 kişiden kurulu bir hekimler kurulunun bulunması ve bunların ancak oybirliği ile ölümü tespit edebilmeleridir.

Öncelikle buradaki "**tıbbi ölüm hali**" kavramı belirsiz ve ölümün tespitinin tıbben yapısı gerektiği dışında bir şey ifade etmeyen ve herhangi bir ölçütün kabul edilip kullanılmasına açık kapı bırakan hatalı bir düzenlemedir. Her ne kadar, 01. 06. 2000 tarih ve 24066 sayılı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği "**beyin ölümü**" ölçütünden (Yönetmelik m. 4/e) söz edilmiş ise de, Yönetmelik'te yer alan bu düzenleme Kanun'da yer alırsa hem tüm tıp ve hukuk bilim adamları nezdindeki kuşkular giderilmiş olacak hem de uygulamada bu ölçüt zorunlu olarak dikkate alınacaktır.

Diğer yandan, ölümün tespiti için mutlaka 4 hekim koşulunun aranması uygulamada birçok önemli soruna yol açmakta, çoğu kez bu 4 kişilik uzmanlar kurulu oluşturulamadığı için, ölüm tespit edilememekte

ve organ nakli de gerçekleştirilememektedir. Bunun yerine 1 veya en fazla 2 hekimin tespitinin yeterli olduğu Kanun'da yazılmalı ve bu hekimlerin hepsinin potansiyel organ vericisi veya vücudunun yanında bulunması aranmamalıdır. Örneğin teknik cihazlarla canlı görüntü aktarımı suretiyle, Kanunda nitelikleri belirtilen hekimlerin bulunduğu bir hastane veya ayrı yerlerde bulunmakla birlikte aynı anda bu görüntüleri ulaşan hekimlerin ölümü tespitine olanak tanınmalıdır⁹. Bu özellikle, Türkiye'de her yıl yüzlerce kişinin yaşamını kaybettiği trafik kazalarında ciddi sayıda organ nakline imkan verecektir.

Organ ve Doku Nakilleri Hakkındaki Kanun'un 11. maddesine göre, ölüm şu surette belirlenmelidir: "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır*". Yalnızca, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır (m. 12)¹⁰.

ODNK m. 11 uyarınca gerekli 4 uzman doktorun aynı anda bulunması zor olup, çok sık bunların bir arada bulunup oybirliği ile zamanında karar vermeleri mümkün olmamakta ve organ veya doku nakli de bu yüzden yapılamamaktadır. Bu nedenle, kanunun değiştirilmesi ve 1 tek veya 2 uzman doktorun ölüm halini belirleyebilmesi olanaklı kılınmalıdır.

Organ Nakli Hizmetleri Hakkındaki Kanun Tasarısı henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu yönde bir yönetmelik halen mer'i ise de, ilgili kanun tasarısı yürürlüğe girmemiştir. Bu tasarı beyin ölümü ölçütünü benimsemekte ve ölümü tespit edecek doktor sayısını 2 doktora indirmesini öngörmektedir. Buna göre, beyin ölümü anestezi ve reanimasyon uzmanı ve diğer bir nörolog ve eğer bu yoksa beyin cerrahı yardımıyla apne

9 Bu öneri açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Yener; "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu (*Konu Bağlamında 8 somut VAKA/SORUnun Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre Cevaplandırılması ve Ülkemizle İlgili Bazı Öneriler*)", ROCHE Yayınları, Transplant **ist** 2008 (Özel Baskı) İstanbul 2009.

10 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, "Die Sektion nach türkischem Recht".

testiyle ve ülkede kabul edilen bilimsel standart ve araştırma yöntemleri kullanılarak ölüm tespiti yapılmalıdır.

Yargıtay, nüfus siciline yapılan kayda rağmen, ölümün tespitinin tıp biliminin görev alanı içinde kaldığı düşüncesindedir. Yargıtay'a göre, bir kimsenin ölü veya sağ olup olmadığı veya belirli bir zamanda yaşayıp yaşamadığının TMK'nun 29. maddesi uyarınca ispatlanması gerekmektedir¹¹.

Türk öğretisinde ölümün tespiti için iki ayrı ölümün tespiti ölçütü savunulmaktadır: 1) biyolojik ölüm ve 2) beyin ölümü¹².

Türk ceza hukuku öğretisinin aksine, Türk özel hukukunda beyin ölümü ölçütüne taraftar yazarlar azınlıktadır. Özel hukukçular ölümün tespitini tıp bilimi alanına bırakmakta ve kişinin artık geri getirilmesinin (yaşama döndürülmesinin) imkansız olduğu anı ölüm anı olarak kabul etmektedirler¹³.

Özel hukukçular arasında egemen olan görüş, ölün tespiti açısından karma bir ölçüt yöntemi kabul etmek yönündedir: bu ölçüte göre, ölümün tespiti için, beyin ölümü yanında diğer bütün organların da fonksiyonlarını yitirmesi gerekir¹⁴. Bu yazarlara göre, beyin ölümü ölçütünün bazı yazarlarca kabul edilmesinin nedeni bilimsel kesinlikten ziyade, organ nakillerini kolaylaştırmasıdır ve bu ölüm ölçütü 90'lı yıllarda hukuk camiasında ifade edilmekle birlikte, kuşku ile karşılanmıştır¹⁵.

Türk Tabipler Birliği 18.04.1968 tarihinde birçok ölçütün birlikte kullanılarak ve sadece beyin ölümü değil diğer bazı organların da fonksiyonunun yitirilmesinin ölümün kabulü için gerekli olduğuna karar vermiştir.

Sağlık Bakanlığı'na bağlı resmi bilirkişilik kurumu Yüksek Sağlık Şûrası 24.11.1969 tarihli kararıyla beyin ölümü ölçütünü kabul etmiştir.

¹¹ Yargıtay 2. HD. 28.06.2004, E. 2004/74999, K. 2004/8538.

¹² Arpacı, Abdülkadir; Kişiler Hukuku, s. 183; Helvacı, Serap; Gerçek Kişiler, 2. b., İstanbul, 2007, s. 9.

¹³ Bkz. Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan; Kişiler Hukuku, s. 22; Arpacı, s. 183.

¹⁴ Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe; Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara, 2005, s. 101. Karş. Köprülü, Bülent; Medeni Hukuk, s. 181 ve 182.

¹⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, s. 209. Krş. Atamer, Yeşim M.; "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", MHB 1999-2000, Sy: 1-2, s. 134-139.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 11.08.1972 tarihli kararıyla, ölüm anının, insanın tüm organlarının fonksiyonunu yitirdiği an olduğu yönünde karar vermiştir¹⁶.

Kanımca mevzuattaki tüm ilgili hükümlerin değiştirilmesi ve bu açıdan tek bir ölçütün, modern tıbbın da ölüm anı olarak kabul ettiği beyin ölümünün gerçekleştiği anın ölüm anı olarak kabul edilmesi gerekir. Sağlık Bakanlığı Organ nakli Danışma Kurulu'nun 06.08.1990 tarih ve 3350 sayılı kararındaki beyin ölümü kriterinin mevzuat ve uygulama açısından bağlayıcı hale getirilmesi gerekir.

Kanundaki tıbbi ölüm ölçütü yerine, bununla çelişkili ve daha yerinde hüküm kileri Yönetmeliği'ndeki beyin ölümü ölçütü kabul edilmelidir¹⁷.

Kanımca, Türkiye'de kadavradan organ veya doku nakli sayısının azlığı konusundaki en önemli etken, beyin ölümü tespit sayılarındaki düşüklüktür. Bu ölçü Son yıllardaki gösterilen çabalarla bu sayıyı 2009 yılı için 900'ün üzerine çıkarılmıştır. Gerek beyin ölümü ölçütünün tam uygulanmaması gerek beyin ölümüne rağmen doktorların subjektif nedenlerle bir mucize beklmeleri veya ölüm olgusunun tespitine rağmen hasta yakınlarının isteği ile hastayı yaşam destek ünitesinden çıkarmaları olumsuz etki yaratmaktadır. Önceki yıllarda beyin ölümü tespiti 200-300 rakamlarını aşmamaktaydı. Türkiye'nin ihtiyaçları için canlıdan organ nakli için yıllık 2500 beyin ölümü tespitinin zamanında yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu konudaki tutukluk hekimlerimizden kaynaklanmaktadır. Doktorlar arasında hastanın yeniden yaşama dönebileceği hususunda bilimsel manada endişe duyanlar bulunmakta, bu ise, bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

ODNK'nun 14. maddesi açısından kural olarak ölen kimsenin ve eğer bunun yoksa kanunda sırayla düzenlenmiş belirli akraba veya yakınlarından kanuni sıra itibarıyla beyanda bulunabilecek herhangi birisinin rızası modelini esas alan Kanun, iki ayrı sisteme daha yer vermiştir. Bunlardan birisi kaza veya doğal felaketler anındaki *zorda kalış modeli*

¹⁶ Bkz. Özel, Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, S. 53.

¹⁷ Bu ölçü ve metodlar için bkz. Akıncı, Şahin; Organ Nakli Açısından Ölüm Zamanının Tespiti (<http://www.sahinakinci.com>) (Siteye Giriş: 20.11.2009, Saat: 21:00).

ve öbürü de, ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi dokularla cesedin bilimsel araştırmalara konu edilmesine ilişkin farklı modeldir (m. 14). ODNK'nun 14. maddesi hükmü şöyledir:

“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku almamaz.

Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen bekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve bekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

Ayrıca vücudunu ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”.

Belirtelim ki, ilk fıkrada açıkça ilgili kimsenin rızası, hukuki tasarrufunun dikkate alınacağı yazılı olduğu halde, uygulamada doktorlar ya inandıkları etik ilkeler veya hasta yakınından kaynaklanabilecek şiddet olgusundan korkarak, ilgili kimsenin vasiyetine rağmen, ölenin birinci derece yakınından izin istemekte ve eğer bu kişi izin vermez ise, organ naklini yapmaktan vazgeçmektedirler. Türk Ceza Kanunu'na göre, bu nakli yapmadığı için bir hastanın hayatını kaybetmesi halinde doktor ih-

mal suretiyle ve olası kastla insan öldürme suçunu işlediği halde, uygulamada adli merciler bunu araştırmamakta ve hekimler de etik ilkeler veya ölenin yakınlarından korktukları için ve çok az sayıdaki bazı doktorlar ise bu yakının izninin gerekli olduğunu sandığı için nakli yapmaktadırlar.

Diğer yandan TCK.nun 14/4. maddesinin, “kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabileceğini” düzenlemesine karşılık, bu hüküm gerek bu düzenlemenin çoğu hekim tarafından bilinmemesi, gerekse teknik alt yapının, nakil merkezleri sayısının ve personel sayısının eksikliği nedeniyle hiç işletilmemektedir. Son 5 yıl içinde Türkiye’de yaşanan iki büyük deprem ve sık sık yaşanan sel felaketlerinde ve hatta tatil veya bayram günlerinde meydana gelen trafik kazalarında onlarca ölüm meydana geldiği halde, personel, teknik altyapı eksikliği vs. nedeniyle, bu özel düzenlemenin sunduğu olanağa dayanarak, tek bir tane dahi organ nakli gerçekleştirilememiştir.

Maalesef son yıllarda, organ mafyası uygulamada etkin olmaya başlamış ve fakir insanlardan para ile organlarının satın alındığı tespit edilmiştir. Halen Türkiye’de, her ne kadar organ mafyasının yokluğu özellikle doktorlar tarafından iddia edilse dahi, yakın tarihte yaşanan iki olay, bunun aksini göstermektedir. Bunlardan birisi İstanbul’da gerçekleşen ve birkaç doktor ve diğer kişilerin oluşturduğu organ ticareti için örgüt kurma suçu olup, bu örgüt üyeleri, birçok kişiden illegal organ alınıp satılması, nakdilmesi vs. nedeniyle, organ ticareti için suç örgütü kurmak ve yönetmek suçu ile organ ticareti suçlarından mahkum edilmişlerdir¹⁸. Diğer samsiyonal bir eylem ise, Afyon şehrinin bir köyünde, neredeyse köyün tamamına yakın nüfusunun birer böbreğinin, birçok doktor ve diğer kişilerce satın alınması ve başka kişilere satılarak nakledilmesi olayıdır. Bu olay

¹⁸ Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz. 8. CD. 26. 01. 2006., E. 2004/9105, K. 2005/126, Teb. No: 8/2004-124000.

hakkındaki ceza davası halen sürmekte olup, dava sonunda, *organlarını satan kimselerin savunmaları nedeniyle, TCK.nun 92. maddesinde yazılı hatalı hüküm* nedeniyle organını satan kişilerin cezalandırılmayacağı kuvvetli bir olasılık olup, organı alıp nakletme, satma, aracılık etme vs., eylemlerini yapan kimselerin cezalandırılması beklenmektedir. Çünkü, TCK.nun 92. maddesinde organ ve doku ticaretiyle hukuksal mücadeleyi önemli ölçüde engelleyen hatalı bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hakim organını satan kimsenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde tutarak, o kişiye ceza vermeyebileceği gibi cezasında indirim de yapabilecektir. Cezanın tayin ve tespitine ilişkin temel hüküm olan TCK. m. 61'deki düzenlemelere rağmen, ayrıca sevkedilen hüküm birçok açıdan hatalıdır. Fakir insanların organlarını sattıkları görülmediği için, organ satan failler sürekli bu hükümden yararlanacaklardır. Sadece organını satan fail için bu hükmün düzenlenip, diğer failler için bu düzenlemenin olmaması eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca, hakime ceza vermemek ile cezadan indirim yapmak arasında geniş ve keyfi bir yetki tanınması hukuka aykırı hatalı kararlara neden olacaktır. Yine bu hüküm, TCK. m. 93'deki etkin pişmanlık hükmünün de sırf organını satan fail için getirildiği dikkate alındığında, organını satan kişinin diğer failleri isimlerini açıklayacağı tehdidiyle çok yüksek meblağda para almasına ve eğer bunu başaramaz ise hem 92. maddeden hem de diğer failleri ihbar ederek 93. maddeden yararlanması gibi hatalı sonuçlara yol açacaktır. Oysa, somut olayda asıl azmettiren ve kazançlı çıkan fail organını satan fail olmuş olabilir ve bunun cezasız bırakılması anlaşılır bir düzenleme değildir.

Organ ve doku ticareti suçunda etkin pişmanlık hallerini düzenleyen TCK.nun 93. maddesi hükmü de yerinde olmamıştır. Etkin pişmanlığı sadece organını satan kişi için öngörmesi, diğer failler için bu hükmün işletilmemesi ve esasında örgütlü suçluluk için düzenlenmesi gereken bir hükmün iştirak halinde işlenen suçlar için de öngörülmesi, suç politikası açısından yerinde olmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, organ ve doku ticareti suçunun cezası oldukça basit olup, Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza İnfaz Kanunu hükümleri karşısında, bu cezanın suçun önlenmesi ve failin ıslahı için hiçbir caydırıcılığı ve işlevi olmayacaktır.

Öğretideki eleştiriler üzerine, çapraz organ nakli yapılmaması yönün-

deki uygulama biraz hafifletilerek, belirli akrabalar arasında canlıdan çapraz bağış şeklinde yapılması yolu açılmıştır. 05.03.2010 tarihli Organ ve Doku Nakilleri Yönetmeliği'ndeki değişikliğe¹⁹ kadar canlıdan çapraz bağışla organ nakline Sağlık Bakanlığı genelgeleriyle izin verilmemekteydi. Bu Yönetmelik değişikliği ile, çapraz nakiller, organ nakli olmayı bekleyen iki hastanın Yönetmelikte değişiklik yapan 05.03.2010 tarihli değişikliğin birinci fıkrasında belirtilen nitelikleri haiz kişilerin, birbirlerinin alıcılarına karşılıklı organ verdikleri nakil türü olarak tanımlanmış ve çapraz nakillerin, herhangi bir organ nakli merkezine kayıtlı hastalar arasında karşılıklı rıza ile, Komisyona başvurmaksızın yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu uygulama değişikliği önemli bir adım olmakla birlikte, yetersizdir. Organ ve doku ticareti suçuna vücut vermediği sürece, gerek akrabalar arası gerek akraba olmayanlar arasında çapraz bağışa izin verilmelidir. Yine gerek tek başına çapraz bağış olsun gerek çapraz ve şartlı bağış bir arada olsun, canlı kişiler kadar ölen kimselerden bağış ve nakle de izin verilmelidir. Kanun ve Anayasa'nın yasaklamadığı bir husus, Sağlık Bakanlığı'nın Yönetmeliği ile yasaklanamaz ve bu yöndeki yasak hiçbir hukuksal veya etik amaca da hizmet etmemektedir. Sırf organ ticaretini önleme kaygısıyla getirilen bu hüküm yerine, bu eylemler serbest bırakılmalı ve fakat organ ticareti eylemleriyle daha etkin mücadele edilmelidir.

Bu Yönetmelik değişikliğinin 1/1. maddesiyle akraba dışından canlı organ bağışında da anlamsız bir kısıtlama getirilmiş ve bu tür bir bağışa sınırlı koşullarla izin verilmiştir. Buna göre, "canlıdan organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi, dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Yukarıda belirtilen canlı verici olabileceklerin haricinde, canlıdan nakil yapılabilmesi için; naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması zorunludur. Nakil için alıcı ve verici il sağlık müdürlüğü aracılığıyla Ek-2'de yer alan belgelerle birlikte öncelikle Komisyona başvurmak zorundadır". Buradaki kısıtlamaların da kaldırılması ve fakat aynı zamanda gizli organ ticareti eylemlerinin kontrol edilmesi ve

19 RG: 05. 03. 2010 tarih ve Nr: 27512.

etkin biçimde önlenmesi için daha fazla çaba sarf edilmelidir.

Diğer sorunlu bir konu, uygulamada canlıdan ve ölüden şartlı organ bağışının kabul edilmemesidir. Günümüz Türkiye uygulamasında şartlı organ bağışı genelde kabul edilmemektedir. Ayrıca, 2000 tarihli ODN-Hiz. Yönt. m. 6/e, 29 ve 31'deki düzenleme de şartla bağışa engel oluşturabilir. Ancak kanuni düzenleme şart olup, organ bağışı sayısını artırmak ve organ ticaretini önlemek için de şartlı bağışa izin vermek gereklidir. Esasında mevcut kanuni düzenlememiz açısından şartlı bağışa engel herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda konuya ilişkin düzenleme yer almıştır²⁰. Bu kapsamda kişilerin organ bağışına ilgilerini arttırmak amacıyla, organların kendilerinin belirleyeceği kişilere nakledebileceği ifade edilmektedir (m. 2). Bu kapsamda mevcut düzenleme açısından da, kanımca, *yasaklayan bir hüküm olmadığı için*, kişilerin bu konuda irade hürriyetlerinin bulunduğunu söylemek mümkün olacaktır²¹.

Başka bir sorun, şu anda uygulamada kanundaki akrabalık yok ise, hasta ve vericinin Etik Kurul'a girmesinin gerekli oluşudur. Uygulamada bir merkezin etik kurulu organ naklini reddeder ve fakat bir diğer kurul kabul ederse sorun çıkmaktadır. Esasında, bu duruma ilişkin açık kanun hükmü yoktur; sorun henüz sadece Taslakta yer alan bir durumdur. Ancak, Taslağın yürürlüğe girmesi halinde de, sorundaki gibi bir durumun varlığında ne yapılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Burada, öncelikle işin birden fazla etik kurula gitmesi önlenmelidir. Bu önlenemez ve birden fazla Etik Kuruluna gitme gibi bir durum doğarsa, bu bir yorum sorunudur ve kanımca burada etik kurullardan birinin olumlu karar vermesi, organın nakli için yeterli görülmelidir. Diğer kurulun kararına itibar eden hekimler ise, görevin icrası ve hata kuralları nedeniyle o kurulun kararına dayanarak nakil yapmadıkları için hukuken sorumlu tutulmamalıdır. Ancak, doğru olanı, bu gibi durumlarda tek bir kurulun kararının yeterli olması ve konunun birden fazla kurula gitme mekanizmasının engellenmesidir²². Sağlık Bakanlığı geçmişte yaşanan bu sorunun önlenmesi ve tüm etik kurulların kararlarının işlerlik kazanması

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aydın, s. 54 vd.

²¹ Ünver, "Organ Nakli Ve Hukuksal Boyutu" s. 3 vd.

için, nakilleri yakın tarihte Sağlık Bakanlığı bünyesinde tek merkezi etik kurulun onayına bağlamıştır. Bakanlık nezdinde olan bu kurul, gerek ilaç denemelerine, gerek organ nakline izin verecektir. Bakanlığın siyasi yapısı, kurulun bağımsız olmaması ve etik kurullar arasında ciddi bir kalite-standart seviye farkının bulunması, bu alanda sürekli suiistimal olanakları yaratmaktadır. Yerel etik kurulların kararlarının bağımsız-özerk bir kurulca onayı yeterli ve gerekli kılınmalıdır.

Büyük şehirlerde (örneğin İstanbul'da) **aktif karaciğer nakli** yapan merkezler genelde özel merkezlerdir ve bu merkezlerin 80-150 milyar arası ek farklarla bu nakilleri gerçekleştirdikleri **iddia edilmektedir**. Bu iddia-varsayıma göre, dolayısıyla parası olan hastalar öne çıkmaktadır ve hiçbir karşılık beklemeden yakınının organını bağışlayan kişilerin organları da bir şekilde satılmış, ticarete konu edilmiş olmaktadır. Burada nakil merkezleri, ilgili yönetici ve çalışanları açısından, nakil ameliyatı için gerekli masraflar dışında, organ nakli yapılması için alınan (ek) ücretler TCK m. 91/3 ve ODNK m. 15'deki suçun işlenmesi anlamını taşıyacaktı; bu eylem *suç teşkil eder*. Burada doktor veya hastanenin kamu veya özel sektörde yer almasının bir önemi yoktur; eylem suçtur.

Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun ilgili kimsenin ve belirli sırayla düzenlediği akrabalarından birisinin iznini organ nakli için yeterli görürken, bu hüküm uygulamada doktorlarca dikkate alınmayıp, nakil için ayrıca akrabalarından izin alınmaya çalışılmaktadır. Ölenin akrabaları yeterince bilgilendirilmediği ve kendileri aydınlatılmadığı için de, kadavradan bağışa yasanın zorunlu kıldığı durumlarda akrabalar izinden kaçınmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, organ bağışı genellikle canlılardan olmaktadır ve fakat öldükten sonra nakil için organ bağışı son derece azdır. Bunun çeşitli sosyolojik ve kültürel nedenleri vardır. Ancak, eğer aksine bir vasiyet yoksa, organ koordinatörleri ailelerle konuşup onları ikna ederek bağışı sağlayabilmektedirler. Aileler, konu kendilerine izah edilince buna izin vermektedirler. Hukukçuların hatalı yorumları nedeniyle, çapraz organ bağışı ve şartlı organ bağışı kabul edilmemekte, ölen kimsenin organ ve dokusu ulusal bekleme listesine alınarak, sıra kime geldiye ve nakil uygunsa ona nakledilmektedir. Bu konuda en önemli gö-

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, "Organ Nakli Ve Hukuksal Boyutu".

rev ve fonksiyonu ün yapmış (örneğin *Levent Yüçetin, Cemal Ata Bozoklar* vs.) bazı organ nakli koordinatörleri gerçekleştirmekte, onlar beyin ölümü sonrası aileleri ikna ederek izin almaktadırlar. Organ doku satılmaz; ancak bu koordinatörler özel olarak ödüllendirilebilirler.

Organ ve doku nakli ve hatta kök hücre araştırmaları ve embriyonun korunması ayrı kanuni düzenlemelere kavuşturulmalıdır. Türkiye'de embriyo nakli ve kök hücre çalışmalarıyla ilgili bir kanun bulunmamaktadır. Bu tür nakiller Sağlık Bakanlığının genelgeleriyle düzenlenmektedir. Ayrıca, doku ve organ nakli aynı hükümlere tabi tutulmaktadır; bunların farklı koşullarla farklı kanunlarda düzenlenmeleri gerekir. **Embriyo transferi** için organ nakli kanunu yeterli değildir. Bu alana özgü özel bir kanun yapılmalıdır. Bunun yanında aynı müdahalelere ilişkin **genel olarak hücre, özel olarak kök hücre çalışmaları ve nakli** ile ilgili özel bir kanuna ihtiyaç vardır. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi esas alınarak **Embriyonun korunması ile Kök Hücre kanunları** çıkarılmalı ve bu konulara ilişkin nakillerle ilgili olarak da ister özel kanunlarında, ister TCK'nda, suiistimal eylemleriyle ilgili olarak suç ve ceza normlarına yer verilmelidir.

Organ ve/veya dokusunu bağışlayana kanuni bazı öncelikler tanınmalıdır. **Tıpkı kan veren insanların öncelik hakkı olduğu gibi**, bu kimseler bekleme listesinde özel bir bölüme ve rüçhanlı kişi olarak kaydedilerek bunlara veya belirleyecekleri yakınlarına acil ihtiyaç olduğunda liste bekleme sırası açısından öncelik verilmelidir.

Cenaze masraflarının, nakli ve defnedilmesi ile mezar kiralama masraflarının devlet tarafından üstlenilmesine gidilmesi de organ bağış olgusunu tetikleyebilir.

Uluslararası organ ve doku nakli yapan kuruluşlar ile entegrasyon sağlanmalı ve işbirliği yapılmalıdır. Bu bağlamda **Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği m. 30'un yurtdışındaki sistemlerle entegrasyona ilişkin direktifi uygulamaya geçirilmelidir**. Suçla ortak mücadele eden devletler, insan yaşam ve sağlığı için bu işbirliklerini geliştirebilirler.

Bu arada organ ve doku bağışlayanın erken emekli olması, devlet tarafından özel bir sağlık sigortasıyla ödüllendirilmesi, resmi konut kredi-

siyle teşvik edilmesi gibi tedbirler de düşünülmalıdır. **Ancak burada kişinin bu iradesini her zaman geri alabileceği ihtimali göz önünde tutularak, kötüye kullanmaların önüne geçici tedbirler de alınmalıdır.**

Yoğun bakım üniteleri ve özellikle **yatak sayıları** artırılmalı ve **ölümlerin erken tespiti** için azami gayret gösterilmelidir. Bunun devamı olarak da, adeta zamanla yarışıldığı için, **organ bağıışı ve nakli koordinatörlüğüne** çok önem verilmeli ve iyileştirilmesi yanında, **bürokratik ve adli mekanizmalar hızlandırılmalı, suiistimalleri önleyici ve fakat hızlı hareket eden bir sistem** oluşturulmalıdır.

En önemli husus insanları bu konuda bilinçlendirmek ve organ ve doku bağıışını teşvik etmektir. Organ nakli konusu sadece bilimsel veya hukuksal bir sorun olmayıp, aynı zamanda sosyal bir olgudur. Bugün Türkiye'de yaklaşık 60.000'den fazla kişi böbrek nakli yaptırmak için organ beklemektedir ve organ bekleme listeleri 'ölüm listeleri' olarak adlandırılmaktadır²³.

İş ve sosyal sigorta mevzuatında değişiklik yapılarak, organ, doku veya hücre vericisi kimselere iş bulmak, erken emeklilik ve sigorta alanlarında, sorun çıkarmak bir yana, aksine insanları bağıışa teşvik için bu eylemler mükafatlandırılarak, belirli alanlarda rüçhanlı statüler yaratılmalıdır. Günümüzde böbreklerinden birisini bağıışlayan ve bazen bunu kendi çocuğunun yaşamını kurtarmak için yapan bir kimse işe alınmamakta veya sigorta alanında kendisine güçlükler çıkarılmaktadır. Oysa, nasıl belirli sayıda işçi istihdam eden işyerleri kanunen belirli sayıda engelli çalıştırmak zorunda ise, bir iş başvurusu yapan kimşenin iş açısından en önemli asli bir husustaki özelliği taşımamak istisnası hariç, işe almada ona öncelik tanınmak zorunluluğu getirilmelidir.

Çoğu kez organ alıcısı veya yakınları ya da sigortası masrafları üstlenmekle birlikte, asıl sorun organ bağıışlayan açısından dır. Burada organ bağıışlayanın (operasyon nedeniyle çalışmama, ücretsiz izin kullanmak vs.) tüm zararları giderilmeli ve asıl önemlisi tıbbi müdahalenin onun payına düşeni devletçe öden-

23 Bozoklar, Ata; "Organ nakli bekleme listeleri ölüm listelerine dönüşmesin", Medimagazin, 19.05.2008, s. 20.

melidir. Kendisine organ nakledilen kimsenin mali durumunun iyi olması durumunda Devlet bu kimseye rücu edebilir. Ancak başlangıçta Devlet her iki tarafın tıbbi müdahale masraflarını üstlenmeli ve ayrıca çalışmama, ücretten yoksun kalma veya tıbbi müdahalenin başarısızlığı gibi başkaca bir zarar meydana gelirse bunu üstlenmelidir.

Bu bağlamda organ vericileri çok uzun süreli sigortalanmalıdır. Bu husus kanuna özel hüküm konularak gerek kamu sektöründe gerek özel sektörde hangi statü veya isimle olursa olsun çalışanlar için aynı şekilde gerçekleştirilmelidir. Sigorta şirketleri yaşam ve sağlık riskleri nedeniyle bu kimseleri uzun süreli olarak sigortalamaktan kaçınmaktadırlar: Bu durum, yapılacak kanuni düzenlemelerle engellenmelidir. Burada özel sektör desteklenmeli ve Devlet vergilerden münhasıran bu alanda kullanılmak üzere sağlığa ayrı bütçe ayırmalıdır. Günümüzde toplum halinde yaşamaktayız ve diğer görev sorumluluklarımız yanında, sosyal/toplumsal dayanışma ilkesinin günümüz sosyal demokratik hukuk devletinin en önemli ilkelerinden olduğu ve hatta zaman zaman ceza hukukunu dahi etkilediği bilinmektedir. Hazine arazisini işgal ederek gecekondu yapan kimselere bu arazilerin başışlanması, özel af kanunları çıkarılarak bu haksız iktisabın legalleştirilmesi, şehir planına aykırı olarak ve hazine arazisini yağmalayarak dere yataklarına ev yapanların uğradıkları yağmur, su taşkını, deprem vs.'de devlet hazinesinden bu kimselere yapılan yardımdan daha meşru, gerekli, sosyal ve etik yardım, organ, doku veya hücre nakli gibi ciddi ağır hastalıklarda Devletin bu kimselere her tür maddi yardımda bulunmasıdır"²⁴.

Organ nakline mi yoksa otopsiye mi öncelik verilmesi gerektiği Türk uygulamasındaki ön önemli sorunlardan birisidir.

Bu konu özellikle Türk ceza hukuku alanında oldukça tartışmalıdır²⁵:

Kanımcı organ nakli otopside daha önemli ve önceliklidir. Her zaman olmamakla birlikte, organ nakli ile otopsi arasında o kısa zaman süreci açısından bir tercih yapılması gerekiyorsa, organ nakli tercih edilmelidir; burada üçüncü kişi(ler) lehine bir zora kalış (ıztırrar) halinin ger-

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, "Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu", s. 16 vd.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Yener; "Autopsie versus Organtransplantation", 'Organtransplantation', VI. Deutsch- Türkisch Symposium zum Medizinrecht Halle 2009 (Hrsg. Henning Rosenau), Nomos Verlag (Baskıda).

çekleştiği söylenebilir. Eğer potansiyel organ alıcısı nakil yapılmayarak otopsi yapılmasının tercih edilmesi halinde yaşamını kaybedecek ise, burada ızdırar halinin varlığı kabul edilerek, otopsi değil organ nakli tercih edilmelidir: Gerçekleştirilen eylem hukuka uygun olacak ve ne suç ne de bir haksız fiil teşkil etmeyecektir. Yaşam hukuksal değeri, otopsi-den elde edilmesi umulan adli yararlarından önemlidir. Organ nakli otopsi sonucunu beklememelidir. Organ nakli gerçekleştirilirken suç delil veya belirtisi varsa, TCK. m. 280 uyarınca ilgili adli mercie suç ihbarı yapılmalıdır²⁶.

Uygulamada otopsi yapılmadan ve özellikle de savcılığa haber verilmeden veya savcıdan “izin alınmadan” organ nakli yapılan hallerde, ilgili kişiler hakkında ceza soruşturması açılmaktadır. Bu tutum hukuka aykırı olup, ne savcının beklenmesi gerekmekte ne de savcının bu yönde bir “izin” vermesi uygulamasının hukuksal bir temeli bulunmaktadır.

Her zaman kolay olmamasına ve nakli tehlikeye düşürebilecek niteliğine rağmen, otopsi ve organ naklinin eşzamanlı icrası da mümkündür. Bu durumda bir taraftan ilgili organ(lar) nakil için alınırken, ilgili süljeler ve bilirkişi otopsiyi icra edebilir. Ancak bu durumda, otopsi organ naklini olanaksız kılmamalı veya ciddi biçimde tehlikeye sokmamalıdır.

Kaldı ki, otopside bir delil veya emare elde edilip edilmeyeceği bilinmemekte ve sonuçta hiçbir veriye ulaşamamaktadır. Burada bir kuşku üzerine yapılan bir adli işlem vardır ve bir yaşam kurtaracak organ nakli bu varsayıma feda edilmemelidir. Organ naklinin otopsiye nazaran bir önceliği vardır ve otopside elde edilecek delil veya emare de, adli vakanın aydınlatılması da, organ naklinden vazgeçmeyi gerektirecek bir önem veya kutsiyete sahip değildir²⁷.

Sonuç

- 1) Mevzuattaki ölüm kavramı farklılıklarına son verilmeli ve sadece Yönetmelikte değil, öncelikle ODNK'nda ve diğer kanunlarda aynı ve tek ölçüt, beyin ölümü ölçütü kabul edilmelidir. ODNH Yö-

²⁶ Ünver, “Organ Nakli Ve Hukuksal Boyutu”, s. 13.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, “Autopsie versus Organtransplantation”.

netmeliği'nde belirsiz biçimde ifade edilen ve Organ Nakil Koordinatörleri Yönergesi ve beyin ölümü formlarında ayrıntısı düzenlenen beyin ölümü ölçütünün, organ veya doku naklinde tek esas alınması gereken ölçüt olduğu Kanun'da düzenlenmelidir.

- 2) Ölümün tespiti için 4 uzman doktor koşulundan vazgeçilerek bir veya en fazla iki doktorun tespiti yeterli sayılmalıdır. Bu değişiklik yapıncaya kadar, nakil yapılabilecek vakalarda, bu doktorların aynı anda ve gereken yerde bir arada bulunamadıkları durumlarda, görüntülerin ve diğer verilerin teknik olanaklarla farklı yerlerdeki bu dört uzmana iletilmesi ve bu uzmanlar arasında iletişim kurularak ölüm kararını acil verebilmeleri sağlanmalıdır. Bu açıdan nöbetçi doktorluk uygulamasına geçilmeli ve organ nakilleri için de gerekli uzmanlık alanındaki yeterli doktorun 24 saat görev başında olmaları mutlaka sağlanmalıdır.
- 3) Ölen kimsenin, ölüm öncesi vasiyetnamesi, organ bağıışı, açık veya zımni iradesi (rızası) mutlaka uygulamada dikkate alınmalıdır. Organ bağıışının bulunduğu hallerde, kanunen gerekli olmadığı ve ilgili kimsenin rızasının yeterli olduğu durumlarda doktorların veya organ koordinatörlerinin birinci derecede aile bireyelerine sorarak onların rızasını koşul olarak aramaları ve bu kişilerin izin vermemesi hallerinde nakli yapmaktan vazgeçmeleri hukuka aykırı olup, suç teşkil etmektedir. Ayrıca, sırf bu nedenle nakil yapılmaz ve nakil yapılamadığı için de bir veya birkaç insan yaşamının yitirilmesine yol açılırsa, ilgili doktorlar ve diğer kişiler TCK.nun 83. maddesi uyarınca kasten insan öldürmek (m. 81 vd.) suçundan sorumlu olurlar. Burada ilgili kimsenin rızası gerekli ve yeterlidir, üçüncü kişilerin rızası geçerli olmadığı gibi, gerekli de değildir.
- 4) Özel hukukçular ile uygulamada tıp mensuplarının çapraz organ bağıışını kabul etmemeleri hukuka aykırıdır. Bunu engelleyen temel hukuksal bir engel bulunmamaktadır. Çapraz organ bağıışının hukuka aykırı olduğu yorumu yanlış ve sakıncalıdır. Aynı hatalı yorum ve uygulama, şartlı bağıış hali için de sürdürülmekte olup, buna da son verilmelidir.

- 5) Organ ve doku nakli suçunun hem TCK (m. 91) hem de ODNK'nda (m. 15) düzenlenmesi hatalıdır; çelişkilere ve uygulamada tereddütlere neden olmaktadır. Bu suçun tek bir kanunda ve aynı içerikle düzenlenmesi gerekirdi: En kısa sürede bu yönde TCK değişikliğine gidilmelidir.
- 6) TCK. m. 91'deki eksiklikler ve hatalar giderilmelidir. Organ temini TCK açısından suç iken, organ satışı için ilan vermenin suç olarak düzenlenmemesi hatalı olmuştur. Bu düzenlemenin ODNK düzenlemesine nazaran sonraki kanun oluşu, sorunu büyütülmektedir. Oysa, ODNK bu açıdan daha yerinde genel bir hüküm içermektedir: Bu hatalı kodifikasyona son verilmelidir.
- 7) Organ nakli ve otopsi arasında bir tercih yapılması gerekirse, organ nakline öncelik tanınmalı, otopsi sonrası beklenmemelidir. Otopsinin, kendisinin otopsi konusundaki kararının veya olay yerine gelişinin beklenmemesi veya kendisinden izin alınmaması halinde savcıların sağlık görevlileri hakkında soruşturma açmaları ve iddianame düzenlenerek yargılama yapılması hukuka aykırıdır.
- 8) Gerekli teknik araç ve gereçlerle diğer olanaklar ve personel alt yapı eksiklikleri giderilerek, olanak doğduğunda ODNK m. 14/4'deki organ nakli olanağı işletilmelidir. Buna olanak sunan doğal felaketlerin son yıllarda sık sık doğmasına ve organ ve doku nakli bekleyen ölümcül onca hastaya rağmen, bu hükmün neredeyse hiç işletilememesi büyük kayıptır. Bu hüküm uygulamaya sokulmalıdır.
- 9) ODNK. m. 14/2 ile ODNK. m. 14/4'deki, doğal afetlerde ölenlerin organlarının alınıp nakledilmesi, ilgili kimsenin bu doğa olaylarının gerçekleşmesi halinde iradesinin ne olduğu yönündeki olumlu veya olumsuz beyanına ilişkin düzenlemeler çok önemli olup, uygulamaya geçirilmelidir. Bayram ve tatil günleri ya da deprem, sel felaketi vs.de yüzlerce kişinin ölümüne karşın, halen bu hükmün hiç işletilmemesi acı ve kabul edilemez bir uygulamadır. Bununun gerek fiziki şartları, gerekse personel ve organizasyonu hazırlanmalı ve ilgili sağlık personeli ile bu tür olaylara müdahale eden ilgililer bu hususta eğitilmelidir.

- 10) Cesette değişiklik yapmadığı ve aksine vasiyet bulunmadığı hal-lerde alınması ve nakli hukuka uygun olduğu, bunun ODNK'nın 14. maddesinde açıkça düzenlenmesine karşılık, cesetten kornea nakli sayısı yeterli düzeye çıkarılmamıştır. Bu yöndeki kanuni dü-zenlemenin de titizlikle uygulamaya geçirilmesi gerekir.
- 11) Cesetlerin eğitim amaçlı bilimsel araştırmalara tahsisi, sadece ODNK. m. 14'teki sınırlı düzenlemenin uygulamasına bırakılma-malıdır. Esasen öncelikle, sık sık Sağlık Bakanlığı'nın bu hükmün işletilmesi için bir genelge çıkarması beklenilmeden, 70'li yıllar-dan beri mer'i olan ODNK'nın bu hükmü uygulamada dikkate alınmalı ve diğer yandan ise, bu yöndeki ihtiyaç konusunda top-lum bilgilendirilmelidir.
- 12) Biyotıp Sözleşmesi'nin zorunlu bir gereği olarak insan vücut par-çalarının ticarete konu edilmesinin yasaklanması gerekir. TCK. m. 91'de bu yükümlülük yeterince yerine getirilmemiştir. Maddenin sadece organ temini için ilan vermeye ilişkin fıkrasında bu husus düzenlenmiş olup, diğer fıkralarda sadece belirli seçimlik hareket modellerinde kısmen yansıma bulmuştur. Menfaate dayalı huku-ka aykırı organ veya doku alımı, muhafazası veya satımı ya da di-ğer ihlal biçimlerinin mutlaka cezalandırılması gerekir.
- 13) ODNK. m. 14/2'de hukuka uygun organ veya doku nakli için il-gili kimsenin rızası (talimatı=vasiyetnamesi) ve eğer bu yoksa beş farklı kişi grubu sayılarak bunlardan ilgili basamaktaki kişi-lerden birisinin olumlu beyanı ile organ veya doku naklinin ya-pılabileceği belirtilmiştir. Burada, ölen kimsenin rızasına ilişkin madde metninde belirtilen ve belirli şekil şartına tabi doğrudan rızası yoksa, derhal basamaklar halinde sayılan diğer kişilerin iradesine bakılmamalı, bundan önce, ölen kimsenin varsayılan rızasının veya rıza vermeme yönündeki iradesinin bulunup bu-lunmadığı da araştırılarak, ondan sonra diğer kişilerle ilgili dü-zenleme uygulanmalıdır.
- 14) Doktrinde ODNK. m. 14'te, ölen kişinin hasta talimatnamesi (va-siyetnamesi=ölümünden sonra hüküm doğuracak irade beyanı) ile ilgili olarak düzenlenen şekil şartları önemsiz değildir. Gerek

bu hükümleri gerekse bunları daha da sıkı hale getiren Biyotıp Sözleşmesi hükümleri bu beyanın geçerlilik şartıdır. Ancak bu düzenleme, bir yandan ilgili kimsenin varsayılan rızasının göz ardı edileceği anlamını taşımamakta, diğer yandan ise, bu şartlardan birisinin eksikliği nedeniyle ODNK. m. 15 veya TCK. m. 91'deki hükmün uygulanmasının sanığın daha lehine veya aleyhine olacağı ve bu nedenle hangisinin uygulanması gerektiği yönünde öğretideki tartışmanın anlamsız olduğunu göstermektedir. Burada ODNK. m. 14'teki şekle ilişkin düzenleme göz ardı edilemez. Diğer yandan ise, TCK. m. 91'in önemli kısmı itibariyle ODNK. m. 15'i sonraki kanun sıfatıyla yürürlükten kaldırdığı mutlaka uygulamada dikkate alınmalıdır.

- 15) TCK. m. 91'in ilk fıkrasının birinci cümlesinde düzenlediği hal hariç, diğer fıkralarındaki düzenlemelerde getirilen ceza yaptırımları oldukça hafif olup, korunan hukuksal değer ihlaliyle orantısız biçimde gerekenden fazla hafifletilmiştir. Uygulamada bu cezaların hiçbir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, ODNK m. 15'teki cezanın, ek cezadan vazgeçilerek azaltılması sonucunda, bu suçlar adeta görünüşte düzenlenmişler ve fakat uygulamada fiilen suç olmaktan çıkarılarak işlevsizleştirilmişlerdir.
- 16) TCK. m. 91/1 ile TCK.m. 91/2 ve diğer fıkralardaki düzenlemeler karşılaştırıldığında, suç tiplerinin hatalı ve Biyotıp Sözleşmesi ile modern tıp ceza hukukunun gerekleriyle uyumsuz olduğu görülmür. İlk fıkrada en yüksek cezayı gerektiren ve canlıdan organ naklini düzenleyen suç tipinde sadece ilgili kimsenin rızasına atf yapılırken, diğer fıkralarda düzenlenen ve daha az cezayı gerektiren aynı nitelikli suçlarda hukuka aykırılık unsuru, "naklin ve diğer tipik hareketlerin hukuka aykırı olması gerekliliği" biçiminde ifade edilmişti. Eğer tüm fıkralarda düzenlenen suçlar için de, ilk fıkradaki ibare düzenlenseydi, zorlama da olsa, yorum yoluyla ODNK hükümleriyle ilişki kurularak hukuken geçerli rıza ve buna ilaveten ODNK'ndaki diğer kanuni koşulların varlığı aranabilirdi. Diğer fıkralarda böyle yapılmayarak, genel olarak hukuka aykırılıktan söz edilip ODNK'na atf yapılması ve fakat ilk fıkrada bunun ihmal edilmesi bu yorumu olanaksız kılmaktadır. Bu du-

rumda ortaya çıkan suç unsurları ise yetersiz ve tehlikeli olmaktadır. Mutlaka metin düzeltilerek tüm suçlar açısından ya ayrı ayrı veya tümüne ortak ifadelerle ilgilinin rızası ve diğer kanuni koşulların rıza ile ilişkilendirilip ifade edilmesi gerekir.

- 17) Nihayet, TCK. m. 1/5'deki düzenlemede de, belirli seçimlik hareketler, suça konu organ veya dokunun 'hukuka aykırı yollarla elde edilmiş' olması halinde suç sayılmıştır. Oysa, burada sadece organ veya dokunun hukuka aykırı elde edilişi değil, bu fıkradaki tipik hareketler olan saklama, nakil ve aşılamanın da (organ veya doku hukuka uygun elde edilse dahi) hukuka aykırı amaçlarla ve biçimde saklanması, aşılması ve nakli halinde de suç teşkil etmeliydi. Madde metni, belirtilen biçimde yeniden düzenlenmelidir.