

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

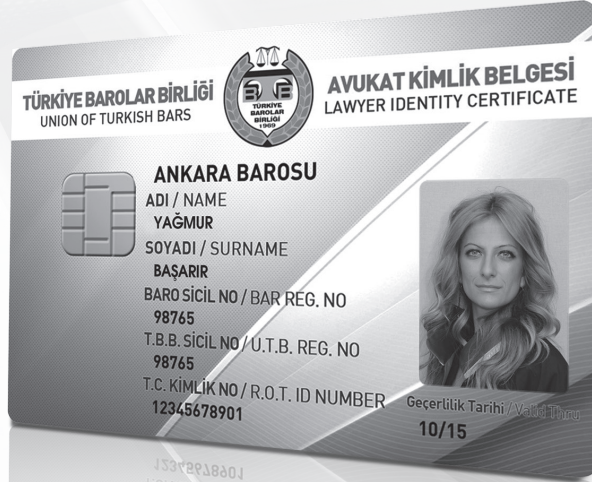




# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## BAROKART

*Tek Kartla, Çok Hizmet!*



**Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;**

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği

© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

## Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Teoman Ergül  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu  
Ali Acar  
Musa Toprak  
Özgecan Yanlı

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay  
*Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu  
*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Hamit Hancı  
*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD*

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
*Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Erdal Onar  
*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
*Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Durmuş Tezcan  
*İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /  
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM  
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye  
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is being permanently indexed  
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı  
Yayın İşleri Müdürlüğü  
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06650 Balgat - ANKARA  
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65  
web:www.barobirlik.org.tr  
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation  
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50  
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara  
www.senmatbaa.com

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

**ISSN: 1304-2408**

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde, makaleler, Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.  
c) Yazılar, **ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.  
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“.....”) içine alınmalı, **sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.  
**Örneğin:** Yazar Adı, “Makale Adı”, *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.  
Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sır”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazıların **“hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir**; açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hake-me gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.  
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.  
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *“olur”* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.  
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### 7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'nun Danıştayın 146. Yıldönümü ve İdari Yargı Gününde Yaptığı Konuşma

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 19 Gökhan ALBAYRAK

Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması / The Debate of Global Constitutionalism in International Law

#### 41 Mert NOMER

Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek Pretty - Birleşik Krallığa Karşı / Wishing to Die in the Name of Respecting the Right to Life Pretty vs. The United Kingdom

#### 57 Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR

Aydınlanma ve Ceza Hukuku / The Enlightenment and Criminal Law

#### 99 Berat Lale AKKUTAY

Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı / State Immunity From Civil Proceedings for Violations of Jus Cogens

#### 127 Esra KATIMAN

Uluslararası Antlaşmaları Denetleme Mekanizmaları- Greta ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Karşılaştırmalı İncelemesi / Control Mechanisms of International Treaties: A Comparative Analysis on Greta and Commissioner of Human Rights

#### 141 Zehra ODYAKMAZ / Oğuzhan GÜZEL

Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçileri Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması Usulü / The Procedure for Conducting "Disciplinary Proceeding" on Head Ombudsman and Ombudsmen

#### 161 Hakan Sabri ÇELİKİYAY

Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları / Monitoring Boards For Penal Execution Institutions and Detention Centers

**217 Gökhan Yaşar DURAN**

Askerî Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu (Asck M.117) / The Offence of Bodily Harm Against Subordinate in Military Criminal Law (Military Criminal Code: 117th article)

**283 Mustafa ÖZEN**

5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar / In the 5977 Numbered Biosafety Law Coordinated Crimes

**307 Sinan BAYINDIR**

Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu / The Crime of Public Recitation without Author's Permission (5846 Sayılı FSEK m. 71/1-1)

**338 KİTAPLAR-DERGİLER / BOOKS-PERIODICALS**

# başkan'dan

## **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AV. PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU'NUN DANIŞTAYIN 146. YILDÖNÜMÜ VE İDARİ YARGI GÜNÜNDE YAPTIĞI KONUŞMA**

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

Huzurlarınızda, Danıştay'ın Sayın Başkanı'nın ve tüm idari yargı mensuplarının şahıslarında, Danıştay'ın 146. Kuruluş Yıldönümü'nü kutluyorum. Görevi, yurttaşı idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı korumak olan bu önemli kurumun, hukukun üstünlüğü ve demokratik hukuk devletinin vazgeçilmezi olduğunu vurgulamak istiyorum.

Bugün Engelliler Haftası'nın ilk günü. Türkiye'de 8.5 milyon engelli yurttaŐımız var. Anayasamızda engellilere yönelik pozitif ayrımcılık hükmünün, toplumsal yaşamın her alanında eksiksiz olarak uygulanmasını dileyerek sözlerime baŐlıyorum. Esasen engelli yurttaŐlarımızın taleplerinin asla ayrıcalık veya ayrımcılık olmadığını, talep edilenin, eşit yurttaşlık temelinde toplumsal hayata katılmaktan ibaret olduğunu dikkatlerinize sunuyorum.

**Sayın Cumhurbaşkanım,**

Daha birkaç gün önce, 3 Mayıs "dünya basın özgürlüğü günü"ydi; gazeteciler, hür basın için ağızları bantla kapalı olarak yürümek suretiyle basına yönelik sansürü protesto ettiler ve tutuklu meslektaşlarına özgürlük istediler. Dileriz bundan sonraki yürüyüşler protesto değil, kutlama yürüyüşleri olur.



Hukuk devletinin tanımlayıcı unsuru olan hukuki güvenlik ilkesi, etkin bir idari yargı denetimi olmaksızın hayata geçirilemez. Hukukun üstünlüğüne inanan, insan onurunun korunmasını gözeten, şeklen değil, özde adalet dağıtmayı esas alan bağımsız ve tarafsız bir yargı, demokrasinin ve hukuk devletinin asli unsurudur. Böyle bir yargı, herkeste saygı uyandırır, hukuka uygun davranan herkese güven aşılar.

Unutmayalım ki adaletin tecelli ettiği mahkemeler, hepimizin son sığınağıdır, umut kapılarımızdır. Bu kapıların kapanması, ihtiyaç halinde kolay kolay açılmaması ya da çok geç açılması, hukuk güvenliğini derinden sarsar. Başka bir deyişle, yargının adil davranmadığının yaygın kanaat haline gelmesi, yurttaşların mahkemelerde haklarını alamayacaklarını düşünmeye, suçsuz olsalar bile mahkûm edileceklerinden korkmaya başlamaları durumunda, mülk yani ülke temelsiz kalır. Siyasetin girdiği mahkemeden adalet kaçır. Adaletsiz demokrasi olmaz. Demokrasilerde siyasi partiler, iktidara, yargı tarafından denetlenmeyi peşinen kabul ederek talip olurlar. Elbette bu denetim siyasi değil, hukuki bir denetim olmalıdır. Şu halde yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, etkinliği, güvenilirliği, her insan için ekmek kadar, su kadar, hava kadar yaşamsal önemdedir. Türkiye’de görevini sorumluluk duygusuyla, fedakârca yerine getirerek adalet dağıtmaya çabalayan binlerce avukat, hâkim ve savcı vardır. Kuşkusuz insanın söz konusu olduğu her yerde insandan kaynaklanan sorunlar da olur. Bu sorunların hiçbiri çözümsüz değildir. Yapılması gereken, yargıya, yargı dışı her türlü müdahaleyi önleyen, güvenilir bir sistemin kurulmasıdır. Bu görev hepimizindir. Çözümler kavga ederek değil, konuşarak bulunur.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Bugün avukatlık mesleğinin sorunlarını çözecek, böylece yetmiş altı milyon insanımızın teorik anlamda sahip oldukları hakları kullanabilmelerini sağlamak suretiyle “birey olma mücadelesi”ni başarıya ulaştıracak bir Avukatlık Kanunu’na acilen ihtiyacımız vardır. Böyle bir kanun, ancak Türkiye Barolar Birliği ve baroların öncülüğünde hazırlanabilir. Biz, bu amaçla, Türkiye’nin tüm bölgelerinden katılım sağlayarak, bir çalışma komisyonu kurduk ve taslağımızı hazırladık. Bütün barolarımızdan gelecek görüşler doğrultusunda son şeklini vereceğiz. Aynı dönemde, Adalet Bakanlığı çatısı altında ayrı bir komis-

yon daha kuruldu; biz sorunları birlikte çözmeye irademizin gereğini yaparak o komisyona da katıldık. Bahsettiğim komisyonca hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca üzerinde bir kısım değişiklikler yapılarak ilgili kurumların görüşüne sunulan taslağın, baroların delege yapılarını temsilde adaleti hiçe sayarak düzenleyen, avukatlığı sermaye şirketleri eliyle yürütülen ticari bir faaliyet haline getiren, şubeleşmeye izin vermek suretiyle büyük şehirlerde kurulan şirketlerin diğer şehirlerimizdeki avukatlarımızın yaşama alanlarını ellerinden alan düzenlemeleri başta olmak üzere, çeşitli hükümlerine dair çekincelerimizi de ortaya koyduk. Bunları burada tek tek açıklayarak vaktinizi almayacağım. Ancak hem mesleğimiz, hem hukuk devleti açısından hayati sorununuzun, çağdaş bir hukuk eğitiminin yanında, bir an önce avukatlık stajına başlama sınavının ve avukatlığa giriş sınavının getirilmesi olduğunun altını çiziyorum. Görüşe gönderilen taslakta, sınavın Adalet Bakanlığı tarafından yapılması öngörülmektedir. Hâkimlik ve savcılık sınavı Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılmadığına göre, avukatlık sınavının Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasının öngörülmesini anlamak mümkün değildir. Bu, yeni bir vesayet düzenlemesidir. Öte yandan hali hazırda hukuk fakültelerinde okuyan kırk bir bin öğrenci sınavdan muaf tutulmaktadır. Bu, bugün görev yapmakta olan avukat sayısının en fazla beş yıl içerisinde neredeyse yarı yarıya artması, buna bağlı olarak mesleğin sürdürülebilmesinin imkânsız hale gelmesi demektir. Hukuk fakültelerinde okumakta olan öğrencilerin sınavdan muaf tutulması, onların menfaatine değil, tam aksine zararındadır. Çünkü mesleği sürdürülemez hale getirecek bu orantısız artış, hem mesleğin, yani savunmanın, dolayısıyla demokrasinin kalitesini düşürecek, hem de başa çıkılmaz rekabet genç avukatların geleceklerini karartacaktır.

Kanunla sınav getirilinceye kadar geçerli olmak üzere, staja girişi ve staj bitirmeyi değerlendirme koşullarına bağlayan yönetmelik değişikliği, Avukatlık Kanunu'nun Türkiye Barolar Birliği'ne verdiği yetkiye dayanılarak kabul edilmiş ve Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere Başbakanlık'a gönderilmiştir. Ancak Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, usulüne uygun kabul edilmiş bulunan yönetmeliği yayımlamaktan kanuna aykırı bir şekilde imtina etmiştir. Resmi Gazete'nin basılmasından sorumlu olan bir idari makamın kendinde hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisini görmesi,

hem kanun koyucu hem yargı organı yerine geçmesi, hukuk devletinin bütün kurum ve kurallarıyla işlediği bir devlette rastlanması mümkün olmayan bir durumdur. Bu Genel Müdürlük aynı yaklaşımla, bundan böyle, kanunların anayasaya aykırı olup olmadığını da denetleyecek midir? Fonksiyon gaspı teşkil eden hukuka aykırı bu işleme karşı iptal davası açılmıştır.

Danıştay'da meslektaşlarımızın dosya sorgulamalarına getirilen idari kısıtlamaların ve ön büro uygulamasındaki bir kısım hususların mesleğimizi gereği gibi yapmamızı engellediğini, dolayısıyla yurttaşları mağdur ettiğini ve kanuna aykırı olduğunu dile getirmek istiyorum. Bu sorunların dialog yoluyla çözüleceğini ümit ediyoruz.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği, meslek odaları değildir; devletin üç erkenden biri olan yargı erkinin içinde kurucu unsur olan avukatların örgütlü gücüdür. Bu sebeple, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin, Avukatlık Kanunu'nun 76. ve 110. maddelerinden kaynaklanan, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak görevi vardır. Bu görevin layıkıyla yerine getirilmesi, tüm toplumun menfaatinedir. Maalesef Danıştay'ın son dönem kararlarında, baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin kanunun anılan maddelerinden kaynaklanan dava açma yetkisi sınırlandırmaya başlanmıştır. Bu, avukatlık mesleğinin ve baroların tarihsel gelişimini, hukukun üstünlüğünün ve demokrasinin sağlanmasındaki vazgeçilmez rolünü görmezden gelmek, yurttaşı ve özellikle yurttaşların çevre hakkını savunmasız bırakmaktır.

Kamu görevlilerinin atama ve nakillerine ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda idarenin savunması alınmadan yürütmeyi durdurma kararı verilemeyeceğine dair İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişiklik ile atama ve nakil işleminin iptali halinde kamu görevlisinin eski kadrosuna başka birinin atanması durumunda o kadroya atanamayacağına dair aynı Kanun'un 28. maddesinde yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, atama ve nakil işlemlerinde etkin idari yargı denetiminin kalmadığı görülmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından son şekli verilen idari yargıda belirleyici olan İdari Dava Daireleri Kurulu ve Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun yeniden yapılandırıldığı Danıştay Kanunu Tasarısı'nda, ihale, kamulaştırma, özelleştirme, kıyıların ko-

runması, ÇED raporları ve kentsel dönüşüm gibi sorunlu alanlara dair idari işlemler ile kararlardan doğan uyuşmazlıklarda, dava ve temyiz sürelerinin kısılmasına, idarenin bu işlem ve kararlara ilişkin verilen yürütmenin durdurulmasına itiraz yolunun kapatılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yanlışlıkların kanunlaşmaması için bireyin en önemli güvencelerinden olan Danıştay'ın ve ilgili herkesin gerekli hassasiyeti göstermesini bekliyoruz.

Öte yandan idari yargı kararlara uyulmasında gecikme gösterilmesi veya bazen hiç uyulmaması, yurttaşları idari yargının güvencesinden fiilen yoksun bırakmaktadır. Hukuk devletinde, idare, mahkeme kararlara, bu kararların içeriğinden memnuniyet duymasa da uymak zorundadır.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Son dönemde yaşadığımız ve geçmişin yasakçı zihniyetini çağrıştıran sosyal medyaya yönelik idari veya yargısal engellemeler, Anayasamıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a aykırıdır. Üstelik erişimi top yekûn engellemek teknik olarak da mümkün değildir. Yani atılan taş, zedelenen itibara değmemiştir.

Bu engellemelere karşı idari yargının yürütmeyi durdurma kararlarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin ihlali tespit edici kararları isabetli olmuştur. Söz konusu kararları hepimiz soğukkanlılıkla değerlendirmeli, eleştirilerimiz varsa bunları da yapıcı bir şekilde ortaya koymalıyız. Öfkeyle kalkan zararlar oturur. Burada zarar, ortak zarardır. Birbirlerine saygı duyarak iletişim kuranlar ise, ortak akla ulaşır.

2011 senesinde Taksim'in 1 Mayıs kutlamalarına açılmasını mutlulukla karşılamış idik. Hatırlanacak olursa, 2011 ve 2012 senelerinde Taksim'de coşkulu kutlamalar gerçekleşmiş, hiçbir olay olmamıştı. Bu sene, Anayasa'nın 34. maddesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına aykırı olarak getirilen yasak ise, halkı polisle çatıştırmak isteyen provokatörlere uygun iklimi hazırlamış, artık görmek istemediğimiz pek çok üzücü olay yaşanmasına se-

bebiyet vermiştir. Maalesef polis, şiddete başvuran ile barışçıl gösteri hakkını kullanmak isteyenleri birbirinden yine ayırmamış, orantısız güç kullanımı yoluna gitmiştir.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Zat-ı Alinize ve buradaki muhterem heyete iletmek üzere, üzerimde bir selam borcu var. Van'da konteyner kentte yaşamaya devam eden kiracıların selamı. Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal devlet, yurttaşın barınma ihtiyacını gidermek zorundadır. Deprem, kiracı-mal sahibi ayrımı yapmadan binaları yıkıp insanlarımızı öldürmüş, deprem konutları ise öncelikli olarak mal sahiplerine ve yalnızca bir kısım kiracıya ise kurayla tahsis edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu insanlarımızın mağduriyetini giderebilecek kudrete kuşkusuz sahiptir. Basit bir yönetmelik değişikliğiyle bile çözüm bulunabileceğini düşündüğümüz bu sorunun kısa sürede giderilmesini dileyerek bu selamı sizlere iletiyorum.

30 Mart yerel seçimlerini geçirdik. Açıkça ifade etmek gerekirse, siyasetin dilinin keskinleştiği, buna bağlı olarak toplumda kutuplaşmaların arttığı bir süreç yaşadık. Artık yaraları sarma zamanıdır. Toplumun yeni gerginliklere tahammülü yoktur. Derslerimizi almalı ve yola devam etmeliyiz. Bu noktada üç önemli hususa değinmek istiyorum.

Bunlardan ilki, seçim hukukunda ispatın belgeye dayanmak zorunda olduğu ve mevzuatın, siyasi partilere oy verme ve sayım işlemlerine nezaret etme yetkisini tanımış olmasıdır. Şu halde, mevzuatın kendilerine tanıdığı nezaret etme ve tutanak toplama yetkilerini gereği gibi kullanmayan siyasi partiler, görevlerini aksatmış olur. Böyle bir durumda, seçim sonuçlarına yapılan itirazlar da yeterli dayanaktan yoksun kalır. Delillendirilmemiş itirazlara dayanarak sandığı şaibeli ilan etmek, sandığı itibarsızlaştırmaktır. Demokrasi, kuşkusuz seçim sandığından ibaret değildir, fakat seçmenin seçimler yoluyla iktidarın değişmeyeceğini düşünmeye sevk edilmesi, demokrasiye büyük zarar verir. Bu arada en büyük zararı da muhalefet partileri görür. Çünkü sandık yoluyla iktidarı değiştiremeyeceğini düşünen seçmenler, yılgınlığa düşerler ve en önemli yurttaşlık haklarından olan seçme hak-

larını kullanmaktan vazgeçebilirler. Öyleyse yapılması gereken, siyasi partilerin, seçim mevzuatının kendilerine yüklediği gözetim ve denetim sorumluluğunu disiplinli bir organizasyon içinde eksiksiz yerine getirmeleridir. Ancak bunlar yapıldıktan sonra varsa şaibe iddiaları ileri sürülmeli ve gereğinin yapılması beklenmelidir.

Seçimlere ilişkin değinmek istediğim ikinci husus, kim tarafından, hangi yöntemle kaydedildiği, nerede arşivlendiği, ne zaman kime karşı kullanılacağı belli olmayan ses kayıtlarının, bir seçim malzemesi olarak tedavüle çıkarılmış olmasıdır. Bu seçimlerden kazancımız, özel hayata ilişkin gizli kayıtların sonuç doğuran şantaj malzemesi yapılmasının muteber bir yöntem olmaktan çıkmasıdır. Başka bir ifadeyle, itibarsızlaştırma malzemeleri, onları çekenleri veya üretenleri itibarsızlaştırmıştır. Nitekim kayıtları çekenler, bugüne kadar kimliklerini açıklamaktan imtina etmişlerdir. Yaptıkları iş itibarlı bir iş olsaydı, Snowden örneğinde olduğu gibi kimliklerini açıklarlardı. Bunları söylerken, elbette herkesin, bundan önce benzer şantajlar başkalarına yapıldığında nasıl tavrı sergilediklerini hatırlayarak ders çıkarmaları gerektiğini de ifade etmek istiyorum. Öte yandan, yine Snowden örneğinde, belgeleri yayınlayanlar hakkında Amerika Birleşik Devletleri'nde soruşturmalar açılmadığını, sosyal medya sitelerinin kapatılması yoluna gidilmediğini, yalnızca Snowden'le ilgili takibat yapıldığını belirtmeyi gerekli görüyorum. Demokrasi, zor ama bireylerin özgürlüğünü, hukuki güvenliğini ve toplumun refahını sağlayabilen yegâne yönetim biçimidir. Bizim, zoru başarmak için birbirimizi anlamamız, öfkeyle değil, soğukkanlılıkla hareket etmemiz gereklidir. Katedilen bunca yoldan sonra, akarsuları tersine akıtmaya çalışmak, yönümüzü Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi değerler sisteminden otoriter rejimlere çevirmek, hepimizin zararına olur.

İçeriği suç teşkil eden kayıtlara gelince, bunların montaj veya üretilmiş olup olmadıkları, açılacak soruşturmalarda her türlü şüpheyi giderecek şekilde, tarafsızlığı bilinen uluslararası kuruluşlarca değerlendirilmelidir.

Bu noktada, Dışişleri Bakanlığı'nda yapıldığı anlaşılan ve çok gizli olması gereken bir toplantıda yasa dışı kayıt yapılmasını ve bu kaydın tedavüle çıkarılmasını birkaç cümleyle değerlendirmek gereklidir. Yasa dışı dinlemeye konu olan toplantının, karar verici mevkide olan-

lara görüş sunmak üzere yapılan bir hazırlık toplantısı olduğu anlaşılmaktadır. Toplantıda konuşulan hususlar, yurttan barış dünyada barış ilkesine dayanması gereken dış politikamızın maceracı bir dış politika-ya dönüştürülmek istendiği izlenimini vermiş ve büyük endişe yaratmıştır. Öte yandan bu yasa dışı dinlemenin bir casusluk suçu olduğu ortadadır. Üstelik bu kaydı yapanların daha başka hangi kayıtları yaptıkları bilinmemektedir. Seçimleri etkileyeceği düşüncesiyle tedavüle çıkarıldığı anlaşılan bu konuşmaları kaydedenler, o güne kadar daha başka hangi konuşmaları kaydetmişler ve nerelere servis etmişlerdir? Söz konusu casusluk faaliyeti sebebiyle acaba asker ve polislerimizin canları tehlikeye atılmış mıdır, şehitler verilmiş midir? Suriye'de uçagımızın düşürülmesiyle, savunma sanayimizi dışa bağımlılıktan kurtaran büyük projeleri gerçekleştiren ASELSAN, HAVELSAN, ROKETSAN, TAİ mühendislerinin şüpheli ölümleriyle bu casusluk faaliyetlerinin bir bağlantısı bulunmakta mıdır? Bu ve benzeri soruları her yurttaşın sorma hakkı vardır.

Üçüncü husus, seçimler öncesi gündeme gelen yolsuzluk iddiaları ve soruşturmalardır. Bu soruşturmaların hangi saikle başlatıldığı konusu bir yana, soruşturmaların siyasi iktidar tarafından engellendiği algısının toplumda hakim olması, adalet duygusunu zedelemiştir. Gerçeğin ışığı, yolumuzu aydınlatmadığı takdirde, bundan herkes zarar görecektir.

Bütün bunlardan, devlet içindeki olası gayrimeşru yapılanmalarla mücadele edilmesi ve yolsuzluk iddialarının derinliğine araştırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bunun için tarafsız, bağımsız ve adil yargılama yapabilen, güvenilir bir yargıya ihtiyaç vardır.

Gayrimeşru yapılanmalarla mücadele refleksi, Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı düzenlemelerin yapılmasına sebebiyet vermemelidir.

Bu çerçevede; Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucunda Milli İstihbarat Teşkilatı'na verilen kişisel verilere, meslek ve şirket sırlarına, veri tabanlarına yargı kararı olmaksızın erişim yetkisi, yine yargı kararı olmaksızın iletişimi tespit, belli soruşturma ve dava dosyalarına ulaşabilme yetkisi, MİT'in ülke içinde operasyon yetkisiyle donatılması, MİT mensuplarının soruşturmalarının izne tabi kılınması, yeni ve denetimsiz bir kolluk gücü yaratmıştır. MİT'in görev ve faaliyetlerine

ilişkin bilgi ve belgelerin izinsiz yayınlanmasının üç yıldan dokuz yıla kadar cezalandırılan bir suç haline getirilmesi ve yayın sahiplerinin de sorumlu tutulması, kapsamı tamamen belirsiz olan bu suç nedeniyle mecburi otosansür uygulamasına sebebiyet verecektir.

Bu süreçte, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yapılarak, özellikle Teftiş Kurulu'nun dolaylı olarak Adalet Bakanı'na bağlanması, yargı bağımsızlığıyla asla bağdaşmamıştır. Söz konusu değişiklik, 2010 Anayasa değişikliği referandumunda evet kampanyası yürütülürken öne sürülen temel gerekçelere de açıkça aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği iptal kararı yerindedir.

2010 referandumu öncesi Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yapılması yanlıştır. Kapalı devre çalışan, ilk derece hâkim ve savcılarını dışlayan, demokratik meşruiyet sağlamayan bir yapıdır. 2010 sonrası oluşan yapı da maalesef bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayamamıştır. Şimdi, bağımsız, tarafsız, adil yargılama yapmayı içine sindirmiş, güvenilir ve hesap verebilir bir yargıyı el birliğiyle oluşturma zamanıdır. Bu amaçla, anılan kurulu, hâkimler ve savcılar açısından iki ayrı kurula dönüştüren, yüksek yargının ve ilk derece yargısı mensuplarının seçtiği üye sayılarını dengeleyen, seçimlerin demokratik şekilde yapılmasını sağlayan, aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin de nitelikli çoğunlukla kurullara üye seçmesini öngören, savunmanın yargının kurucu unsuru olduğu hususunu pekiştirmek üzere Türkiye Barolar Birliği'nin de birer üye seçmesini düzenleyen önerimiz, Adalet Bakanlığı'na ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu olan bütün siyasi partilere sunulmuştur. Bahsettiğim somut öneri, Venedik Komisyonu'nun raporlarına, Avrupa Konseyi direktiflerine ve Kopenhag ölçütlerine uygun hazırlanmış, yapıcı bir öneridir. Ne yazık ki bu önerimizle ilgili herhangi bir değerlendirme hiçbir siyasi partiden şu ana kadar gelmiş değildir.

Son olarak huzurlarınızda, devlet içinde ve özellikle yargı ile emniyet teşkilatında bulunduğu iddia edilen gayrimeşru yapılanmalara ilişkin inceleme yapmak, durum tespitlerinde bulunmak ve çözümler geliştirmek üzere yasama organının meclis araştırması başlatmasını öneriyoruz. Böyle bir meclis araştırmasında herkes tabiri caizse eteğindeki taşları dökebilecek ve pek çok konu açıklığa kavuşabilecektir. Türkiye Barolar Birliği olarak, kesin hükümle neticelenmiş Balyoz davasını özellikle sahte deliller açısından inceleyen raporumuzu ha-



zırladığımızı ve yakında hem kamuoyuyla paylaşacağımızı hem de önerdiğimiz gibi meclis araştırması komisyonu kurulacak olur ise, bu komisyona da takdim edeceğimizi bilgilerinize sunuyorum.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Malumlarınız olduğu üzere Türkiye Barolar Birliği'nin somut önerisi de dikkate alınarak Özel Görevli Mahkemeler ve Terörle Mücadele Mahkemeleri Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kaldırılmıştır. Böylece son 44 yıldır ilk kez, ülkemiz çift başlı ceza yargısı sisteminden kurtulmuştur. Başta Zat-ı Aliniz ve siyasi iktidar olmak üzere, ana muhalefet partisine ve mecliste grubu olan bütün siyasi partilere ve sayın milletvekillerine bu önemli adım için teşekkür ediyoruz. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğa ilişkin bireysel başvurularda vermiş olduğu ihlal kararlarını takiben genel mahkemelerce tutukluluk incelemesi yapılarak çok sayıda tahliye kararları verilmiş, KCK davası olarak bilinen davanın görülmesi genel görevli mahkemeye aktarılmış ve peşi sıra tahliyeler gelmiştir.

Ancak özel görevli mahkemelerce sebep olunan mağduriyetlerin giderilmesi için gerekli olan diğer düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2 Temmuz 2012 tarihinde özel görevli mahkemelerin kaldırılmasına dair kanunu kabul ederken bu mahkemelerin ellerindeki işlere bakmaya devam etmelerini öngören geçici 2. madde düzenlemesini getirmemiş olsaydı kamuoyunda Balyoz, Ergenekon, Fenerbahçe davası olarak bilinen pek çok dava genel görevli mahkemelerce görülecek idi. Dolayısıyla anti-demokratik olduğu doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilmiş olan mahkemelerin bu kabulden sonra hala yargılamaya devam etmeleri gibi hukukla izahı mümkün olmayan bir durumla ve vicdanen kabul edilmesi mümkün olmayan hükümlerle karşılaşılmayacaktı. Öyleyse bu hukuksuzluğun yol açtığı mağduriyeti giderme yükümlülüğü yine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevidir. Türkiye Barolar Birliği söz konusu haksızlığın giderilmesi için 2 Temmuz 2012'yi milat olarak kabul eden, bu tarihten sonra karar verilip henüz kesinleşmemiş olan hükümlerin Yargıtay'ca başka bir inceleme yapılmaksızın bozulmasını, kesinleşmiş olanların ise, sırf bu sebeple yeniden yargılamaya tabi olmasını öngören somut bir çözüm önerisi ortaya koymuştur. Ancak şu ana kadar bu yönde bir gelişme maalesef sağla-

namamış, mağduriyetler giderilememiştir. Türkiye'nin güvenilir bir ceza yargılamasına sahip olması için önerdiğimiz diğer bazı çözümler ise şunlardır:

- Demokratik ülkelerde emsali bulunmayan gizli tanıklık kurumunun kaldırılması;
- Güvenilirliği olmayan, üzerlerinde- montaj ve oynama yapılması mümkün olan ses bantları ve dijital verilerin tek başına delil olmasının yasaklanması;
- İçi boş gerekçelerle verilen mahkûmiyet ve tutuklama kararları sebebiyle Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce veya Anayasa Mahkemesi'nce tazminata mahkûm edilmesi durumunda, bu tazminat nedeniyle sorumlu hâkime rücu edilmesinin sağlanması.

Bu düzenlemeler yapıldığında, Türkiye, hukuk devleti olma yolunda çok önemli bir mesafe katedecek, bunu başaran ve katkı sağlayan siyasetçiler de bu başarının onurunu yaşayacaklardır.

### **Sayın Cumhurbaşkanım,**

Dünyanın bu güzel ülkesinde yaşayıp, 1960 askeri darbesi sonunda ülkemizin başbakanının, bakanlarının asılmalarının üzüntüsünü; üç fidanımız Deniz, Hüseyin ve Yusuf'un idamlarının acısını yüreğinde hissetmeyenimiz var mıdır? Ethem Sarısülük, Mehmet Ayvalıtış, Abdullah Cömert, Komiser Mustafa Sarı, Medeni Yıldırım, Ali İsmail Korkmaz, Ahmet Atakan, Berkin Elvan, Hasan Ferit Gedik evlatlarımızın yasını tutmayanımız olabilir mi? Uludere'de savaş uçaklarınca param parça edilen 34 yurttaşımızın; Sivas'ta, Kahramanmaraş'ta, Çorum'da, Reyhanlı'da katledilen canlarımızın dağlamadığı yürek var mıdır? Uludere katliamının takipsizlikle, Sivas davasının bir kısım sanıklar için zamanaşımıyla sonuçlanmasını içimize sindirebildik mi? Mardin Derik'te, Hakkâri Yüksekova'da, Şırnak Silopi'de, Muş Altınova'da, Bitlis Yaygın köyünde terörle mücadele adına işlenen cinayetleri ve daha nice faili meçhul cinayeti meşru görüp faillerini arayıp bulmaktan, cezalandırmaktan vazgeçebilir miyiz? Sırf komünist olduğu gerekçesiyle sürgün yiyen, cezalandırılan şairlerimiz, yazarlarımızın, Nazım Hikmetimizin çekti-

ği acıları görmezden gelebilir miyiz? Peki, bu ülkenin bir büyükşehir belediye başkanının şiir okuduğu için niyet okuma yöntemiyle hapse atılmasını bugün hala içine sindiren var mıdır? Hrant Dink'in yazısının içinden cımbızla iki cümle çekip, yazının tamamını okumaya gerek bile görmeyenlerce mahkûm edilmesini ve sonra katlini, boğazı düğümlemeden, yüreği sıkışmadan konuşabilenimiz olabilir mi? Bu topraklar sayılamayacak kadar çok zulme tanıklık etti. Tuvalete bile gidemeyecek kadar ağır hasta olmasına rağmen her an kaçabilir diye yatağa zincirlenerek ölümüne seyirci kalınmış Kuddusi Okkır, Prof. Dr. Uçkun Geray, İlhan Selçuk, Türkan Saylan, Engin Aydın, Kaşif Kozinoğlu, Albay Halil Yıldız, Albay Ali Tarık Akça, Yarbay Ali Tatar ve en son Albay Murat Özenalp... Vicdanlarımız kanamıyor mu?

Bombalanmış, boşaltılmış köyler, yakılan ormanlar, faili meçhul cinayetler, altı bini çocuk tam on altı bin kayıp, çocuklarını bekleyen "cumartesi anneleri", eşlerini babalarını bekleyen "vardiya bizde" ciler ve "sessiz çığlık" çılar, tırmanan çocuk işçiliği, şafak vakti operasyonları, sonu gelmeyen davalar, karartılan hayatlar, şiddet mağduru kadınlar, dinlemeler, fişlemeler, basılmadan yasaklanan kitaplar, Gezi olayları esnasında sırf yaralıları yardım ettiği için yargılanan doktorlar ve benzeri yürek yaraları çözümsüz bırakılabilir mi?

Öte yandan, sanatsız bir toplumun hayat damarlarından biri kesilmiş sayılacağına göre, Türkiye Sanat Kurumu Kanunu Taslağı sebebiyle kendi geleceklerinden ve Türkiye'de sanatın geleceğinden haklı bir endişeye kapılmış sanatçılarımızın, sanata özgürlük isteyen çığlıklarını duymayacak mıyız?

Varsın yürekleri taşlaşmış olanlar yine kızsın söylediklerimize. Ben, ülkemın Cumhurbaşkanına, Başbakanına, iktidar ve ana muhalefet partilerine, diğer tüm siyasi partilere ve milletvekillerimize sesleniyorum. Bu sessiz çığlığı duyalım, ilk sırada özel görevli mahkemelerin sebep olduğu mağduriyetler olmak üzere bu sorunları yarından tezi yok el birliğiyle gidermeye başlayalım.

Saygılarımla.

# ULUSLARARASI HUKUKTA KÜRESEL ANAYASACILIK TARTIŞMASI

## THE DEBATE OF GLOBAL CONSTITUTIONALISM IN INTERNATIONAL LAW

Gökhan ALBAYRAK\*

**Özet:** Uluslararası hukuk literatüründe anayasacılık ve anayasa söylemi göreceli olarak eski olmasına rağmen son yıllarda daha çok kullanılmaya başlanmıştır. Küresel anayasacılık görüşleri uluslararası toplum kavramını uluslararası hukuk çalışmalarına katmakta ve bu bağlamda uluslararası ilişkiler teorilerinin işbirliğini ve normları öne çıkaran fikirleri ile eklemektedir. Küresel anayasacılığın akademik bir hareket ve algılama biçimi özelliği de görülmektedir. Uluslararası hukukta üst konumda olan normların varlığı ve işbirliği normlarının gelişmesi küresel anayasacılık tartışmalarını da beslemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasacılık, Küresel Anayasacılık, Uluslararası Toplum, Birleşmiş Milletler Şartı, *jus cogens*

**Abstract:** The discourse of constitutionalism started to be used in recent years in the literature of international law despite being relatively old. The discussions of global constitutionalism blend the concept of international society into the works of international law and in this regard these discussions are being articulated with international relations theories highlighting international cooperation and norms. Moreover, there is also an academic effort and perception to consider global constitutionalism as a part of international law theory. The existence of higher norms and the development of cooperation norms in international law also feed the debates of global constitutionalism.

**Keywords:** Constitutionalism, Global Constitutionalism, International Society, Charter of the United Nations, *jus cogens*

\* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

## Giriş

Gelişmiş her toplumun bir anayasası bulunmaktadır. Bu anayasa yazılı veya yazısız olabilir. Genellikle belirtildiği gibi “anayasa” kavramının iki anlamı söz konusudur. Maddi anlamda anayasa kavramına göre bir kuralın anayasallığı, içeriğine bakılarak öğrenilir (devletin temel kurallarını düzenlemesi gibi); şekli anlamda anayasa kavramında ise kuralın statüsel olarak normlar hiyerarşisinde en üst konumda olmasına bakılır.<sup>1</sup> Uluslararası hukuk doktrini bakımından da bir “anayasallaşma” tartışması yaşanmaktadır. Bazı yazarlar anayasayla devletin sıkı ilişkisine rağmen, devlet dışında oluşacak toplumların da anayasası olabileceğini, anayasa kavramının sadece devlete özgü bir kavram olmadığını söylemektedirler.<sup>2</sup> Bu tartışmada hem maddi anlamda hem de şekli anlamda anayasa kavramına bir atf yapılmaktadır. Küresel anayasacılık (*global constitutionalism*) etrafında toplayabileceğimiz görüşler, uluslararası alanda da bir anayasallaşma eğilimi görmektedirler. Aslında tartışma pek de yeni değildir. 20. yüzyıla beraber bu tartışma başlamıştır denebilir. Birleşmiş Milletler’in kuruluşuyla da küresel anayasacılık görüşleri alevlenmiş ve günümüze kadar gelmiştir. Uluslararası alanda bir anayasanın oluştuğunu veya geliştiğini belirtenler ise genellikle “uluslararası topluma” göndermede bulunurlar. Şekli ve maddi anlamda anayasa kavramı küresel anayasacılık tartışması bağlamında da anlam taşımaktadır. Karoline Milewicz yazdığı makalede küresel anayasacılık tipleri bağlamında bir tablo yapmıştır.<sup>3</sup>

**Tablo.1.Küresel Anayasacılık Tipleri**

Şekli Normların Kurumsallaşması			
Maddi Hükümlerin Kurumsallaşması	Hayır		Evet
	Hayır	Anayasallaşma Yok	1.Şekli anayasallaşma
	Evet	2.Maddi Anayasallaşma	3.Küresel Anayasallaşmanın Kapsanması

<sup>1</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 13

<sup>2</sup> Mahmut Göçer, “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt. 57(2),2002,s. 4

<sup>3</sup> Karoline Milewicz, “Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16(2),2009,s. 433

Fakat “anayasal dilin” uluslararası hukuk çalışmalarında kullanılması doktrinde bir kafa karışıklığı da yaratmıştır, zira bir hükümetler arası örgütün hukukunun anayasallaşması veya uluslararası toplumun hukukunun anayasallaşması konusunda yeteri kadar ayırım yapılmamaktadır.<sup>4</sup> Makalede üzerinde durulacak konu, uluslararası toplum bağlamında bir anayasal hareketin var olup olmamasıdır.

Bu bakımdan makalemizde küresel anayasacılık fikrinin gelişimine, temel kavramlara, uluslararası toplum söylemiyle küresel anayasacılık arasındaki bağlara ve tartışmanın günümüzdeki seyrine bakılacaktır.

### 1. Anayasa ve Anayasacılık Kavramları

Küresel anayasacılık kavramını anlayabilmek için anayasa ve anayasacılık kavramlarının anlamına bakmak gerekir. Anayasa ve anayasacılık kavramları birbirleriyle sıkı ilişkileri olan kavramlar olmalarına rağmen aralarında farklar bulunmaktadır. Anayasa şekli anlamda diğer olağan kanunlardan farklı ve daha zor bir şekilde değiştirilebilen ve daha üst konumda olan, maddi anlamda ise toplumun organları ve yasama ilkeleri haricinde gelecek hukuk kurallarının da sınırlarını çizen üstün normdur.<sup>5</sup> Anayasacılık ise bir harekettir ve bir anayasanın var olmasıyla birlikte bu anayasanın içeriği ile de ilgilenir. Mutlak iktidarın bir parlamento ile sınırlandırılması, tarafsız mahkemeler tarafından adil bir yargılanma, insan haklarının genişletilmesi, geliştirilmesi ve korunması gibi talepler bu hareketin içeriğini belirler.<sup>6</sup> Anayasaya sahip her devlet anayasacılık hareketinin taleplerini karşılamayabilir ve bu anlamda “anayasal devlet” olmayabilir. Anayasacılığın tanımı bir yazar tarafından şu şekilde verilmiştir:

*“...anayasacılık, daha somut olarak, devletin temel işlevlerinin farklı organ veya makamlar arasında paylaşılmasını, temel hakların anayasal olarak tanınıp güvence altına alınmasını, devlet iktidarının belli hukuk kurallarına*

<sup>4</sup> Bardo Fassbender, “The Meaning of International Constitutional Law”, *Transnational Constitutionalism*, ed. Nicholas Tsagourias, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 311

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey, 2006, ss. 124-126

<sup>6</sup> Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979, ss. 10-11

*bağlanmasını ve bütün bu hususların nihai güvencesi olarak bağımsız mahkemelerin tesisini gerektirmektedir.”*<sup>7</sup>

Küresel anayasacılık da yukarıda gösterdiğimiz anayasacılık gibi bir hareket ve dünyanın ahvaline bakış şeklidir. Bu bağlamda küresel anayasacılığın akademik bir hareket veya bir efor olduğu söylenebilir. Ayrıca küresel anayasacılık idealizm, liberalizm, İngiliz Okulu ve normatif teorideki görüşler gibi uluslararası ilişkilere “iyimser” bir yaklaşımdır ve paradigması etik ilkeleri görmezden gelmez.

Küresel anayasa yerine küresel anayasacılık çerçevesinden tartışmayı sürdürmek ise anayasacılığın bir süreç olması ile bağlantılıdır. Anayasa söylemi daha statik bir yaklaşımı çağrıştırırken, anayasacılık ise anayasal hareketin bir süreç olduğunu ortaya koyar.<sup>8</sup> Aynı şekilde Marc Weller’e göre de küresel anayasacılık kavramı geleceğe yönelik ve proaktif bir anlamı haiz iken, küresel anayasa daha pragmatik olarak ve şimdiye yöneliktir.<sup>9</sup> Fakat her yaklaşım tarzı da birbirine bağlıdır. Çünkü küresel anayasacılığın geleceğe ve sürece yönelik tavrı şimdinin ve geçmişin doneleriyle incelemesine başlar.

## 2. Alfred Verdross ve Uluslararası Ölçekte Anayasa Kavramı

Alfred Verdross 1890 ile 1980 yılları arasında yaşamış, Innsbruck doğumlu Alman kökenli bir hukukçudur. Eserlerini uluslararası hukuk alanında vermiştir. Yaşadığı dönem itibariyle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları’nı, Soğuk Savaşı, Milletler Cemiyeti’ni ve Birleşmiş Milletler’i görmüştür. Bir uluslararası hukukçu olarak uluslararası alandaki kırılmaları yaşamıştır.

Verdross’un, anayasa kavramını uluslararası alana taşıyan ilk yazarlardan biri olduğu bilinmektedir.<sup>10</sup> Verdross ilk çalışmalarında

<sup>7</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 18*

<sup>8</sup> Christian Walter, “International Law in the Process of Constitutionalization”, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, ed. Janne E. Nijman, André Nollkaemper, Oxford University Press, New York, 2007, s. 193

<sup>9</sup> Marc Weller, “The Struggle for an International Constitutional Order”, *Routledge Handbook of International Law*, ed. David J. Armstrong, Routledge, New York, 2009, ss. 180-181

<sup>10</sup> Thomas Kleinlein, “Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2), s. 388

anayasa kavramına uluslararası hukukun bütüncül bir hukuk sistemi olduğunu vurgulamak için başvurmuştur. Ayrıca uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğunu savunarak monist bir çizgiyi benimsemiştir.<sup>11</sup> Daha sonraki çalışmalarında Verdross özsel olarak uluslararası hukuk kurallarına bakmıştır. Verdross'a göre uluslararası alanda ortaya çıkan kuralların istisnasız hepsi devletlerin rızasına dayanmaz. Bazı çok önemli kurallar, devletlerin çıkarlarından ve rızalarından bağımsız olarak uluslararası toplumun çıkarlarına yöneliktir.<sup>12</sup> Bu kurallar *jus cogens* olarak adlandırılır. Verdross'un *jus cogens* tasarımı anayasacılık görüşlerinin de bir yansımasıdır. 1937 yılı gibi çok erken bir tarihte yayınladığı makalesinde uluslararası toplumun etiğine zarar veren (*contra bono mores*) antlaşmaların geçerli olamayacağını ve uluslararası alanda temel bazı kuralların olduğunu öne sürmekteydi.<sup>13</sup> Verdross'un çalışmaları yıllar sonra Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne de yansımış ve *jus cogens* nitelikte normlar pozitif hukukta da kabul edilmiştir.

Emredici nitelikte kuralların varlığının kabul edilmesi küresel anayasacılık görüşlerine de güç katmıştır. Bu yüzden Alfred Verdross'un görüşleri daha sonraki uluslararası hukuk çalışmalarını da etkilemiştir. Uluslararası hukuk doktrininde "uluslararası toplum okulu"nun doğması bakımından bir öncül olmuştur.

### 3.Uluslararası Toplum ve Uluslararası Hukuk: Anayasa Düşüncesi için Bir Başlangıç

Roma hukukundan kalan "*ubi societas ibi jus*" sözü toplum ve hukuk kavramlarının birbirine ne kadar bağlı olduğunu gösterir. Sürekli ilişkiler kuran insan grupları bir süreç sonunda toplum halinde algılanır. Siyasal düşüncede de ortaya konulduğu gibi belli ihtiyaçlar insan gruplarını bir toplumsal sözleşme etrafında birleştirir. Toplumsal sözleşme fikirleri günümüzün sosyal bilim anlayışında hala etkisini göstermektedir.

<sup>11</sup> Bruno Simma, "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, Vol.6,1995,s. 45

<sup>12</sup> Aoife O'Donoghue, "Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalism Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, October 2012,ss. 8-10

<sup>13</sup> Alfred Verdross, "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, Vol.31,1937,ss. 571-577



Bir toplumun ortaya çıkmasında üyelerinin ortak çıkarlarının kurucu bir etkisi vardır. Grubun üyeleri güvenlik, beslenme veya ortak gelecek planları vb. bağlamında birbirlerine yakınlaşırlar. Bu yakınlaşma bir “biz” ve “kendi” algısı yaratır. Uluslararası ölçekte de devletler arasında tarihin son yüzyıllarında belli ortak çıkarlar görülmeye başlamıştır ve bu durum uluslararası toplumun<sup>14</sup> oluşmaya başladığı yönündeki tespitleri de beraberinde getirmiştir. Uluslararası alanda bir dayanışma ve birleşme gücünü sağlayan ortak menfaatlerin olduğu görülebilmektedir ve bu menfaatlerin gerçekleştirilmesi için tüm toplum üyeleri çaba sarf etmek zorundadır.<sup>15</sup> Dolayısıyla bu menfaatlere zarar veren devletlerin topluma karşı *erga omnes* yükümlülükleri mevcuttur. İngiliz Okulu'nun en önemli temsilcilerinden Hedley Bull uluslararası toplumun kuruluşunda ortak çıkarlara ve değerlere vurgu yapmaktadır.<sup>16</sup> Aynı okulun görüşlerinde uluslararası toplum, ortak kurallar ve kurumlar tarafından şekillenir.<sup>17</sup> Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun ortak menfaatleri etrafında uzlaşılarak oluşur ve uygulama gücü buradan gelir. Ayrıca son yıllarda uluslararası alanda insanlığın ortak mirası, ortak kaygı, küresel kamusal mallar gibi söylemler bir meşruluk ve ortaklık zeminin oluştuğunu göstermektedir.<sup>18</sup> Bir hükümetin olmadığı uluslararası alanda oluşan uluslararası hukukun bu bakımdan iç hukukla ayrılan bir yönü, iç hukukun çoğu zaman hükümet tarafından sosyal politika aracı olarak kullanılmasına rağmen uluslararası hukukun böyle bir özelliğinin yok denecek kadar az olmasıdır.<sup>19</sup> Uluslararası toplumun hukuku içerisinde gelişecek bir anayasada da sözü edilen özellik çok sınırlı olarak mevcut olacaktır.

<sup>14</sup> Sosyolojide topluluk(*gemeinschaft*) ve toplum(*gesellschaft*) arasındaki ayrım Ferdinand Tönnies'den beri geliştirilmeye çalışılsa da yazımızda toplum kavramı her ikisi arasında bir ayrım yapmayacak şekilde kullanılmaktadır.

<sup>15</sup> Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt. 16, S.1-2, 2010, ss. 49-50

<sup>16</sup> Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London, 1977, s. 13

<sup>17</sup> Balkan Devlen ve Özgür Özdamar, “Uluslararası İlişkilerde İngiliz Okulu Kuramı: Kökenleri, Kavramları ve Tartışmaları”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt.7, Sayı. 25, 2010, s. 48

<sup>18</sup> Daniel Bodansky, “What’s in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy”, *European Journal of International Law*, Vol.23(3), 2012, ss. 651-668

<sup>19</sup> Peter Wilson, “The English School’s Approach to International Law”, *Theorising International Society: English School Methods*, Ed.Cornelia Navari, Palgrave, New York, s. 169

Uluslararası hukukun bu rolü ancak devletlerin iradesi bu yönde birleşirse mümkün olabilir. Oluşacak şartlar ve paradigmanın değişimi ise uluslararası anayasanın sınırlı olan bu yönünü değiştirebilir.

Uluslararası toplumun bir hukuku olduğu düşünülduğünde, bu hukukun kurumsallaşması yönünde uluslararası toplumun anayasasının da bulunduğu ortaya konulmuştur. Böyle bir anayasayı inceleyenler kavramı iki yönüyle düşünmüşlerdir. İlk olarak anayasanın diğer normlar üzerindeki “üstünlüğü” yönüyle ve daha sonra toplum hayatını düzenleyen “temel kurallar” yönüyle kavram irdelenmiştir.<sup>20</sup>

Uluslararası toplumun gelişmesi devlet gücünün zayıflamasını telafi eder şekilde görülmüştür. Bu görüş küresel anayasacılık fikrine de eklenmiştir. Küresel anayasa devletin fonksiyonlarının yerine geçmesi bir anlamda onu telafi edici bir anayasa statüsüne çıkarmaktadır. Telafi edici anayasacılık(*compensatory constitutionalism*) fikri bu bağlamda Anne Peters’in yayınladığı bir makaleye dayanmaktadır. Peters’a göre devletin küreselleşme ile birlikte düzenleyicilik faaliyeti azalmakta ve telafi edici olarak uluslararası anayasacılık devreye girerek anayasal faaliyette bulunmaktadır.<sup>21</sup> Ticaret, güvenlik, insan hakları, çevre, iletişim alanlarında devletin rolü günden güne uluslararası alana kaymaktadır. Devletler arasında artan karşılıklı bağımlılık, düzenleyicilik fonksiyonunu uluslararası alana kaydırmaktadır. Uluslararası hukukta değer olarak karşılılık ilkesi yerini karşılıklı bağımlılık gereği ortak çıkara bırakmaktadır.

Telafi edici anayasacılık görüşünün farklı bir yansıması Christian Tomuschat’ın yaklaşımında görülmektedir. Tomuschat, bazı önemli uluslararası sözleşmelerin oluşturduğu uluslararası hukuk parçalarını ulusal anayasalara ek bir anayasa olarak görür.<sup>22</sup> Böylece uluslararası anayasal normların ilave olarak ulusal anayasacılığı geliştirdiği söylenebilir. Uluslararası anayasa ulusal anayasaya yardımcı olan ve onu

<sup>20</sup> Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours*,250, 1994,s. 260

<sup>21</sup> Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*,Vol.19,2006,ss. 579-610

<sup>22</sup> Armin von Bogdany, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 47(1),2006,ss. 227-228

geliştiren ek bir anayasadır. Ayrıca ulusal anayasaların alanının küreselleşme ile ortaya çıkan ortak alanlara kadar genişleyemediği<sup>23</sup> ve bu boş kalan alanların ise küresel anayasa ile doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Gerçekten çevre sorunları, insan hakları, uluslararası ticaret düzeni, açık denizler, uzay gibi alanlar ulusal anayasaların kapsamını aşmaktadır.

Uluslararası hukukun gün geçtikçe uluslararası toplum ve menfaatlerini dikkate alması hususunun uluslararası hukukta aktör bazlı yaklaşımdan nesne bazlı yaklaşıma geçişin bir göstergesi olarak algılanmaya başladığı görülmektedir. Bu geçiş bakımından uluslararası hukuki kişiler üzerinden yapılan bir inceleme yerine uluslararası hukuk ilişkisi penceresinden olaylar değerlendirilmeye başlamıştır.<sup>24</sup> Bir anlamda küresel anayasacılık hareketi uluslararası hukukun tek aktörü olarak devleti gören yaklaşımdan, uluslararası hukukun en son "amacı" olarak bireyi gören yaklaşıma ulaşmayı hedefler ve uluslararası hukukun normatif kaynağı olarak egemenlik ilkesinden insanlık ilkesi düşüncesine doğru yaşanan bir kırılmayı temsil eder.<sup>25</sup>

Ulusal hukuklarda yer alan anayasaların genellikle tek bir metinde yer alan kurallar bütünü olduğu görülür. Uluslararası toplumun anayasası ise yazısız anayasalara benzemektedir. Uluslararası hukukun karmaşık ve dağınık yapısı anayasal normların da dağınık olmasına neden olmaktadır. Ayrıca uluslararası anayasa sözleşmelere de dayanmasına rağmen daha çok örf ve adet kaynaklıdır. Tek bir metnin anayasa olarak var olmaması bakımından uluslararası anayasa İngiliz anayasasına benzer. İngiliz anayasası da farklı tarihlerde çıkarılmış kanunların bir birleşimi olarak görülür. Bu metinlere örnek olarak Magna Carta Libertatum(1215), Petition of Rights(1628), Habeas Corpus Act(1679), Bill of Rights(1689) ve Act of Settlement(1701) verilebilir. Uluslararası anayasal normlar Birleşmiş Milletler Şartı'nda bulunabileceği gibi, uluslararası hukukun temel kuralları olarak görülen

<sup>23</sup> Lars Viellechner, "Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutional and Pluralist Approaches to the Globalization of Law", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2),2012, s. 605

<sup>24</sup> Christian Walter, *a.g.m.*,ss. 204-208

<sup>25</sup> Anne Peters, "Membership in the Global Constitutional Community", *The Constitutionalization of International Law*,ed. Jan Klabbbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, Oxford University Press, New York, 2009,s. 156

*jus cogens* normlar da buraya dahil olarak görülebilir. Bunun yanında maddi anayasa bağlamında önemli örf ve adet kuralları da bu normlara eklenilebilir.

### 3.1. Bir Anayasa Olarak Birleşmiş Milletler Şartı?

Bugün uluslararası alanda kapsamıyla, taraf olan devletleriyle ve işleviyle Birleşmiş Milletler Şartı belki de uluslararası antlaşmalar içinde en önemli olanıdır. 1945 yılında İkinci Dünya Savaşı'nın külleri üzerinde Birleşmiş Milletler'i kuran Şart, bazı yazarlar açısından uluslararası toplumun anayasası olarak görülmüştür. Uluslararası toplumun en önemli iki unsuru olan barış ve güvenliğin korunması ve insan haklarının güçlendirilmesi alanlarında işbirliğin zeminini ortaya koyan bir antlaşmadır. Şartın ilk maddesinde örgütün bu amaçları belirtilmiştir. Ayrıca Şart'ın ilk iki maddesinde<sup>26</sup> düzenlenen amaçlar

<sup>26</sup>

“Madde 1

Birleşmiş Milletler'in amaçları şunlardır:

1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla, barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek;
2. Uluslararası, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak;
3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve
4. Bu amaçlara ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir odak olmak.

Madde 2

Birleşmiş Milletler örgütü ve üyeleri, 1. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak üzere aşağıdaki ilkelere uygun biçimde hareket edeceklerdir:

1. Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.
2. Tüm üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve çıkarlardan tümünün yararlanmasını sağlamak için işbu Şart'a uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirirler.
3. Tüm üyeler, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözerler.
4. Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.

ve ilkelerin maddi anlamda anayasal nitelikte ve *jus cogens* konumunda olduğu belirtilmiştir.<sup>27</sup>

Bu istikametteki görüşlere önemli katkı yapan Bardo Fassbender'e göre, Şart'ın oluşturulması yeni bir uluslararası düzene geçişi simgeler ve bir "anayasal an"dır. Farklı bir hukuki topluluk amaçlarını ortaya koymuştur.<sup>28</sup> Ayrıca Fassbender'e göre bir anayasada olması beklendiği gibi, Şart'ta yönetim sistemi belirlenmiştir. Güvenlik Konseyi, barış ve güvenlik konularında hem bağlayıcı karar alabilmesi ile yasama, kararları uygulama bakımından ise yürütmeye benzer şekilde yetkileri haizdir. Uluslararası Adalet Divanı ise örgütün yargı organıdır. Ayrıca yine bazı yazarlar tarafından Şart, anayasal nitelikte olan 103. maddeyi içermektedir ve bu maddeye göre Birleşmiş Milletler Şartı'ndan doğan yükümlülükler üyelerin başka antlaşmalardan doğan yükümlülükler üstün gelir.<sup>29</sup> Bu üstünlük hem Şart'ın içeriğinden doğan yükümlülükler hem de Şart'ta öngörülen yetkili organların kararlarından doğan yükümlülükler için geçerlidir. Şartta bir üstünlükten bahsedilmiştir fakat bir çatışma durumunda diğer yükümlülüklerin geçersizliğinden bahsedilmemiştir. Çoğunluk görüşüne göre bahsedilmeme hususunu çatışma durumunda diğer yükümlülüklerin geçici bir askıya alınması şeklinde yorumlamak gerekir, yani geçersiz kılınma söz konusu değildir.<sup>30</sup> Fakat akılda tutmak gerekir ki, iç hukuklarda da anayasa ile anayasaya aykırı olan kurallar aynı hukuk alanında yaşabilirler, ta ki bu aykırılık yargı kararıyla belirlenene kadar.

5. Tüm üyeler, örgütün işbu Şart gereği giriştiği tüm eylemlerde örgüte her türlü yardımı yaparlar ve Birleşmiş Milletler tarafından aleyhinde önleme ya da zorlama eylemine girişilen herhangi bir devlete yardım etmekten kaçınırlar.

6. Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar.

7. İşbu Şart'ın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Şart uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez."

<sup>27</sup> Ronald St. J. Macdonald, "The Charter of the United Nations as a World Constitution", International Law Studies, Vol. 75, 2000, ss. 265-268

<sup>28</sup> Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 36,1998,s. 573

<sup>29</sup> Pierre-Marie Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol.1,1997,s. 12

<sup>30</sup> Robert Kolb, An Introduction to the Law of the United Nations, Hart Publishing, Portland, 2010, s. 165

Dar anlamda ise Şart, örgütün anayasasını teşkil eder. Örgütü kuran, örgütün çalışma mekanizmasını, organları arasındaki yetki dağılımını öngören bir antlaşmadır ve bu yüzden örgütün ana kuralıdır. Fakat küresel anayasacılık fikri bu dar anlamda anayasa durumuyla çok daha az ilgilidir. Küresel anayasacılık bakımından tartışılacak husus geniş anlamda Şart'ın uluslararası toplumun anayasası olup olmadığıdır.

Birleşmiş Milletler Şart'ının bir dünya devleti yaratmadığı ortadadır. Uluslararası alanda var olduğu düşünülen bir anayasa için zaten bu özellik beklenmemektedir. Fakat bir anayasa olma konusunda Şart'ın eksiklikleri olduğu söylenmektedir. Tüm uluslararası hukukun kaynağı ve tüm uluslararası hukukun tabii olduğu bir norm değildir.<sup>31</sup> Bunun yanında Şart'ın anayasaya benzer özellikleri de vardır. Öncelikle bahsettiğimiz bir üstünlük 103. maddeyle öngörülmüştür. Organları arasında bir yetki dağılımı söz konusudur ve Güvenlik Konseyi'ndeki sürekli beş üyeden meydana gelen iktidar barış ve güvenlik hususunda veto yetkisiyle donatılmıştır. Bu durum anayasayı yapan asli kurucu iktidarın anayasa metnine yansımaları halini anımsatır. Maddi anlamda da Şart, uluslararası toplumun temel kurallarını içerir: kuvvet kullanma yasağı, kendi kaderini tayin hakkı, uyumsuzlukların barışçı çözümü, devletlerin egemen eşitliği gibi. Ayrıca Şart, devletlerin iktidarını barış ve güvenlik konularında sınırlamıştır. Bu nokta da anayasaların devlet iktidarlarını sınırlaması özelliğini çağırıştır. Bu yönde Jürgen Habermas, Birleşmiş Milletler Şartı'nın uluslararası hukuk yapımında hukukun ilkeleri ve insan hakları bağlamında devletleri sınırladığı için anayasal bir karakterinin olduğunu söylemektedir.<sup>32</sup>

Tüm bu özellikleri ile Şart, küresel anayasacılık düşüncesinin baş mimarıdır denebilir. Kuşkusuz ayrıca Şart bu düşüncenin en önemli metnidir. Ama Şart'ın küresel anayasacılığın tek enstrümanı olduğunu söylemek fazla olacaktır. Böylelikle söylenebilir ki, Şart eğer bir küresel anayasa varsa veya doğuyorsa anayasal belgelerden biridir. Christian Walter'ın belirttiği gibi anayasalar toplumun üyelerini belirtir ve bu açıdan Birleşmiş Milletler sadece devletlerden bahsettiği ve

<sup>31</sup> Michael W. Doyle, "The UN Charter-A Global Constitution?", *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Donoff, Joel P. Trachtman, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 114

<sup>32</sup> Jürgen Habermas, "Uluslararası Hukukun Anayasallaştırılması için Bir Şans Daha Var mı?", *Bölünmüş Batı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 149*

uluslararası toplumu bu açıdan tam olarak içermediği için anayasallaşma süreci açısından çok önemli olmasına rağmen eksiktir.<sup>33</sup>

### 3.2. *Jus Cogens* ve Normatif Hiyerarşi

Şekli anlamda anayasa diğer kurallardan üstünlük, dolayısıyla normlar hiyerarşisinde en tepede yer almak durumuyla alakalıdır. Uluslararası toplumun anayasası bu bağlamda uluslararası hukuktaki normlar arasında üst konumda kabul edilen *jus cogens* ile sıkı bir ilişki içindedir. Anayasa kavramının üst norm olma anlamı ile *jus cogens*'in konumu paralellik arz eder.

Geleneksel anlamda uluslararası hukuk normları arasında bir üstünlük bulunmamaktadır. Antlaşma ve teamül kuralı eşit konumdadır. Ama özellikle son yarım asır boyunca uluslararası hukuk doktrini ve antlaşmalarına giren *jus cogens* kavramı bir üstünlük iddiası içerir. Soykırım, kölelik, ırksal ayrımcılık yasağı gibi normlar diğer normlardan içerik olarak farklıdır. Bu normlar adeta bir temel teşkil eder ve uluslararası toplumun ortak çıkarına ve vicdanına seslenir. Bu normlara aykırı oluşan bir antlaşma veya teamül kuralı batıl olur.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ni hazırlayan konferanslarda gelişmekte olan devletler *jus cogens*'i kolonyal devletlere karşı bir fırsat olarak savundular; Batılı devletler ise pek istekli olmasalar da bu normları kabul etmek zorunda kaldılar.<sup>34</sup> Sonuçta *jus cogens* kavramı bu sözleşmeye girerek yazılı hukuka dahil olmuş oldu. Sözleşme'nin 53. maddesi şöyledir;

*“Bir antlaşma, yapılması sırasında uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin uluslararası toplumun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.”*<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Christian Walter, *a.g.m.*, ss. 196-197

<sup>34</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, ss. 199-200

<sup>35</sup> İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 90

Yine Sözleşme'nin 64. maddesinde de *jus cogens* belirtilmektedir. Ayrıca 1986 yılında imzalanan uluslararası örgütler ile devletler arasında veya uluslararası örgütlerin kendi aralarındaki antlaşmaların hukukunu düzenleyen sözleşmede de *jus cogens* kavramı yer alır.

Danilenko'ya göre *jus cogens* doktrininin gelişiminde doğal hukukun büyük etkisi vardır.<sup>36</sup> Bu normların yazılı hukuka girişi pozitivist yaklaşımı sorgulatmıştır. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun yüksek ahlaki kurallarıdır<sup>37</sup> ve doğal hukuk ile pozitif hukukun birleşim noktasındadır. Ayrıca *jus cogens*'in kabulü uluslararası toplumun hukuk yapma mekanizmalarına bütünüyle rızaya dayananların haricinde bir mekanizma ekler.<sup>38</sup> Uluslararası toplumun emredici olarak kabul ettiği normlar bazı devletlerin rızası hilafına onları bağlayabilir. *Jus cogens*'le ilişkili bir kavram olan *erga omnes* yükümlülükler değişirsek, *erga omnes* yükümlülükler büyük ölçüde *jus cogens* teşkil eden normların ihlalinde her devlete bu ihlalin giderilmesi yetkisini veren normlardır; her devlet dava açma hakkına sahiptir.<sup>39</sup> *Erga omnes* yükümlülüklerin bir bakıma anayasal normların doğrudan etki eden örneklerine tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

### 3.3. İnsan Hakları ve Küresel Anayasacılık

Anayasaların ortaya çıkışından itibaren yerine getirdikleri önemli bir fonksiyon da insan haklarını anayasal güvence altına almasıdır. İngiliz anayasal gelişmelerinde, ilk yazılı anayasa olan ABD Anayasası'na 1791 yılında getirilmeye başlanan eklerde(*amendments*), Fransız İhtilali'nden sonra yaşanan anayasa girişimlerinde insan haklarının korunması başat rol oynamıştır. 20. yüzyıla beraber özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları uluslararası sözleşmelerde yer almaya başlamıştır. 1966 yılında imzalanan Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hak-

<sup>36</sup> Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, ss. 214-219

<sup>37</sup> Mary Ellen O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", *The Role of Ethics in International Law*, ed. Donald Earl Chilress III, Cambridge University Press, New York, 2012, ss. 97-98

<sup>38</sup> Danilenko, a.g.e., s. 223

<sup>39</sup> Kemal Başlar, "Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.22(2), 2002, s. 83



lar Sözleşmesi uluslararası ölçekte büyük kabul görmüşlerdir.<sup>40</sup> Bu sözleşmelerdeki hükümlerin çoğu uluslararası teamül kuralı haline gelmiştir. Müteakiben klasik hakların önemli bir çoğunluğu ise bugün *jus cogens* olarak görülmektedir.

İnsan haklarının korunmasının iç hukuklara bırakılmasının yetersizliğinin görülüp onları uluslararası korumaya alma uluslararası hukukun alanını genişletmiştir. Ayrıca insan haklarının uluslararasılaşması küresel anayasacılık tartışmasını da pekiştirmektedir. Anayasaların yüklendiği bu işlev günümüzde uluslararası normların etkisinde kalmaktadır. Bu durum uluslararası normların anayasallaşmasına bir örnek olarak gösterilebilir.

#### 4.Kurucu İktidar ve Küresel Anayasa

Her toplumun belli iktidar odakları mevcuttur. Bu iktidar ailede, okulda, ekonomide veya bir suç çetesinde ortaya çıkabilir. Fakat siyasi iktidar devleti yönetmeye yönelir ve devletin hükümeti olmayı amaçlar. Ayrıca bu iktidar türü devletin temel normlarını oluşturmaya da gidebilir. Anayasayı yapan ve değiştiren iktidara kurucu iktidar denir.<sup>41</sup> Kurucu iktidar devrimlerde olduğu halkın çoğunluğuna dayanabileceği gibi, darbeler örneğinde de bir azınlık gruba dayanabilir. Kurucu iktidarlar olmadan toplumlarda anayasal normlar konamaz. Toplumdaki dinamik gücün anayasa yapmaya girişmesi gerekir.

Uluslararası alanda devlettekine benzer bir kurucu iktidar yoktur. Hegemon güçlerin etkisini bir tarafa koyarsak, uluslararası alanda darbe veya devrim iktidarı mümkün olamaz. Uluslararası hukuku devletler ve devletlerin oluşturdukları uluslararası örgütler ortaklaşa oluştururlar. Bu durum uluslararası alanda kurucu iktidarın olmadığı anlamına gelmez. Uluslararası kurucu iktidar devletteki gibi merkezileşmiş değildir, parçalı bir yapıdadır. Kurucu iktidar devletler ve uluslararası örgütler tarafından kullanılır. Bu bağlamda küresel anayasa, uluslararası alanın kurucu iktidar kümesi tarafından oluşturulur. Küresel anayasa uluslararası kurucu iktidarın üzerinde uzlaştıkları ve birbirleriyle ilişkilerinde temel norm kabul ettikleri bir bütünden oluşur.

<sup>40</sup> 2013 Aralık ayı itibarıyla Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne 167, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne ise 161 devlet taraftır.

<sup>41</sup> Kemal Gözler, Kurucu İktidar, Ekin Yayınevi, Bursa, 1998,s. 10

Küresel anayasayı oluşturan zorlayıcı iktidardan ziyade kurumsal iktidardır. Kurumsal kurucu iktidar, zor tehdidi ile bir davranış kalıbı oluşturmaktan farklı olarak dolaylı etkileriyle sosyal ilişkiler düzeni kurar.<sup>42</sup> Bu noktada var olan uluslararası kurucu iktidar bir devletten ibaret değildir. Fakat bütün devletleri de içermeyebilir. Temel insan haklarının asgari düzeyde sağlanamadığı devletler, başarısız devletler, küçük(veya mikro) devletler veya savaş takıntılı devletler bu iktidarın içinde yer alamazlar, çünkü bu devletlerin norm üretme kapasitesi yoktur. Bu devletleri küresel anayasanın sadece nesnesi olarak görme yaklaşımı John Rawls'un Halkların Yasası adlı eserinde de yer almaktadır. Rawls bu tip halkları halkların hukukunun öznesi olarak görmez, sistemde sadece var olurlar ve sistemin nesnesi olarak sisteme tabi olurlar.<sup>43</sup> Fakat bu halkların da belli kurullarla zapturapt altına alınmaları gerekir. Kurucu iktidarın anayasasına tabi olmak zorundadırlar. Bu durum kısmen yeni doğan devletlerin *jus cogens'e* ve uluslararası teamül hukukuna uymak zorunda olmalarına benzer. Bir anlamda bu rızaya dayanmayan(*non-consensual*) bir norm kümesinin olduğunu gösterir.

Fassbender, Birleşmiş Milletler Şartı'nın girişinde yer alan "Biz Birleşmiş Milletler halkları" ifadesinin kasıtlı olarak metinde yer aldığını, hukuki bakımdan eksikliklerine rağmen Şart'ı kurucu devletlerin metnin yüksek anlamını belirtmek için bu ifadeleri seçtiğini düşünmektedir.<sup>44</sup> Küresel anayasacılık tartışmasının kuşkusuz en önemli belgesi olan Şart'ın burada kurucu iktidar olarak halkları gösterdiği düşünülebilir. Ulusal anayasalarda da genellikle egemenliğin halka ait olduğu belirtilmekle beraber, kurucu iktidarın kullanılması halkın tamamı tarafından gerçekleştirilmemektedir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın hazırlanmasında da İkinci Dünya Savaşı'nın galiplerinin ve özellikle ABD'nin etkisi yadsınamaz. Nitekim ABD Anayasası'nın girişi de "Biz Birleşik Devletlerin halkı" ifadesi ile başlamaktadır. Nitekim

<sup>42</sup> Michael Barnett ve Raymond Duvall, "Power in Global Governance", Power in Global Governance, Ed. Michael Barnett, Raymond Duvall, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 15

<sup>43</sup> John Rawls, The Law of Peoples, Harvard University Press, Cambridge, 2000

<sup>44</sup> Bardo Fassbender, "'We the Peoples of the United Nations' Constituent Power and Constitutional Form in International Law", The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form, ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford University Press, New York, 2008, s. 289

Şart'ın bir bakıma tali kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi için 108. ve 109. maddelere göre Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyelerinin kabul şartı aranmıştır.

## 5.Küresel Anayasacılığın “Kendi” Nedenleri

Küresel anayasacılık akımı genel olarak destekleyenlerinin bir çabasıdır ve kendi nedenlerine sahiptir. Küresel anayasacılık düşüncesini savunanlar ekseriyetle uluslararası alanda işbirliğinin mümkün- lüğünü ve gerekliliğini dile getirirler ve bu işbirliğinin geliştirilmesi taraftarıdır. Bu bakımdan liberalizm ve İngiliz Okulu'nun izleri düşüncelerinde hissedilir. Küresel anayasacılığın belirtilen bu nedenleri birkaç başlık halinde gösterilebilir.

### 5.1.Bir “Zihniyet” Olarak Küresel Anayasacılık

Düşünce içerisinde “zihniyet” olarak küresel anayasacılıktan bahseden Martti Koskenniemi'ye göre Soğuk Savaş'tan sonra oluşan iyimser uluslararası işbirliği ortamının kısa süre sonra yerini imparatorluk, hukuki parçalanma ve deformalizasyon söylemlerine bıraktığı ve bunun karşısında ise uluslararası hukukçular arasında karşılık olarak kurumsal hiyerarşiler ve temel değerler dağarcığının kullanılmaya başlandığı söylenebilir.<sup>45</sup> Bu karşı düşünce daha çok ahlaki ve siyasi yeniden doğuşu simgeliyordu ve bu yüzden anayasacılık bir “zihniyet” olarak tarif edilebilirdi. Akademisyenler ve düşünürler bir zihniyet olan küresel anayasacılık perspektifinden uluslararası hukuku ve uluslararası ilişkileri okuyacaktı. Bu zihniyet genel anayasacılık ile küresel anayasacılık arasında bir analogiye yönelmiştir. Küresel anayasa fikrinin savunucuları maddi anlamda genel anayasacılığın özelliklerinin uluslararası alanda da uygulanabileceği veya uygulanması gerektiği argümanlarına dayanırlar. Öncelikle belirtmek lazımdır ki, anayasacılık hareketi bir devlette siyasal iktidarın anayasa tarafından sınırlandırılması fikri ve siyasal iktidarın meşruluğunu bu sınırlara riayetinden alması gerektiği inancı yönündeki bir harekettir.<sup>46</sup> Uluslararası

<sup>45</sup> Martti Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, 2006,ss. 9-36

<sup>46</sup> Anayasacılık hakkında bakınız. Wil Waluchow, “Constitutionalism”, Stanford

düzye de uluslararası hukukun devletleri sınırlaması özelliği ile anayasacılık arasında kurulan analogi küresel anayasacılığın maddi fikri dayanaklarından biridir. Ayrıca anayasacılığın içeriğinde bulunan hukuk devleti ilkesinin de uluslararası hukuk dairesinde geliştiği ileri sürülmektedir. Birleşmiş Milletler'in genel kurul kararlarında ve diğer çalışmalarında hukukun üstünlüğü ilkesine pek çok atıf yapılmaktadır ve bu ilkenin ulusal hukuklar yanında uluslararası hukuk için de önemli bir yer teşkil ettiği belirtilmiştir.<sup>47</sup> Bunun yanında tarihte ilk olarak yazılı anayasalar ile başlayan insan haklarının korunması hususu artık yirminci yüzyılda uluslararası hukuka sözleşmeler yoluyla aktarılmıştır.<sup>48</sup> Bu yüzden uluslararası hukukta da bir anayasallaşma sürecine gidildiği akademik zihniyet tarafından görülmelidir.

## 5.2.Kozmopolitan Bir Proje Olarak Küresel Anayasacılık

Kozmopolitan proje, gücün hukukun üstünde olmasını kabul edilemez bulur ve hukukun üstünlüğünü savunur. Tüm insanları birer dünya vatandaşı olarak görür ve bir değer olarak barışa ulaşmayı amaçlar. Kozmopolitan proje büyük ölçüde Kant'ın Ebedi Barış adlı eserinin etkisi altındadır. Barış, hukukun ilkeleri vasıtasıyla gelir ve anayasa burada anlam kazanır. “ Kant, her sivil anayasanın/hukuki yapının şu üçünden birisi olacağını belirtir: (1) bir ulus içindeki insanların sivil haklarına uygun olan (*ius civitatis*) (2) birbirleriyle ilişkilerinde devletlerin haklarına denk gelen (*ius gentium*) (3) evrensel insan türünün üyesi olarak insanların ve milletlerin birbirini etkilediği ölçüde dünya yurttaşlığı haklarına uygun gelen (*ius cosmopolitanum*).”<sup>49</sup> Kant'ın bu eseri egemen devletin meşruiyetine de atıfta bulunmasına rağmen bir dünya federasyonu fikriyle kozmopolitanizm yorumlarına da açıktır. Jürgen Habermas, Kant'ta barışın sağlanabilmesi düşüncesinin uluslararası hukukun

---

Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>, Erişim. 01.12.2013

<sup>47</sup> Hakkı Hakan Erkiner, “Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletlerin ‘Hukuk Devleti’ ve ‘Hukukun Üstünlüğü’ Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.1, 2013,ss. 353-380

<sup>48</sup> Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Barış Kitap, Ankara,2011,ss. 7-48

<sup>49</sup> Muhammed A. Ağcan, “Immanuel Kant ve Uluslararası: Egemen Devlet, Kozmopolitan Siyaset ve Evrensellik/Farklılık”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt.8,Sayı.32,s. 21

anayasallaşması ile bağlantılı olduğunu düşünmektedir. Her ne kadar uygulamada bazı eksiklikler söz konusu olsa da Birleşmiş Milletler Şartı'nın kabulü, Avrupa Birliği'nin oluşumu ve Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması uluslararası hukukun anayasal okunmasına cevaz verir ve Kantçı proje bakımından çok önemlidirler.<sup>50</sup>

### 5.3.Semantik Strateji Olarak Küresel Anayasacılık

Anayasa retoriğinin uluslararası alanda kullanılması, ucu açık bir süreç olarak küresel yönetişimin ve Avrupa hukukunun gelişiminin sürmesi ve desteklenmesi için semantik bir strateji olarak görülmektedir.<sup>51</sup> Bu strateji uluslararası hukuk çalışmalarında, Dünya Ticaret Örgütü hukukunun anayasalaşması tartışmasında ve Avrupa Birliği hukukunun Avrupa'da bir ulus üstü anayasa oluşturması bağlamında kullanılmaktadır.<sup>52</sup> Semantik strateji bu açıdan uluslararası hukukta birlikte var olmadan işbirliğine doğru geçiş paradigma değişikliğinin<sup>53</sup> açıklanması ve akademik bir bakış açısının yaratılması gayretidir.

### 5.4.“Geçmişle Hesaplaşma” Olarak Küresel Anayasacılık

Küresel anayasacılık görüşleri üzerinde büyük ölçüde Alman yazarlarının ağırlığı olduğu gözükmektedir.<sup>54</sup> Alman hukuk geleneğinin hukuka bütüncül yaklaşma yöneliminin bu ağırlığı doğurduğu söy-

<sup>50</sup> Jürgen Habermas, “Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?”, *The Divided West*, Polity Press, Malden, 2006, ss. 115-193

<sup>51</sup> Oliver Diggelmann ve Tilmann Altwicker, “Is There Something Like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.68, 2008, ss. 633-637

<sup>52</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız. Thomas Cottier ve Maya Hertig, “The Prospects for 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003, ss. 261-328

<sup>53</sup> Uluslararası hukukta birlikte var olma paradigmasından işbirliği paradigmasına geçiş Wolfgang Friedmann tarafından ortaya konulmuştu. Fakat onun da belirttiği gibi birlikte var olma değeri tam olarak yok olmadan işbirliği değeri ile beraber uluslararası hukukta yer almaya başlamıştır. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London, 1964

<sup>54</sup> Küresel anayasacılık görüşleri bağlamında Alman etkisini de hesaba katan bir çalışma için bakınız. Stefan Kadelbach ve Thomas Kleinlein, “International Law- a Constitution for Mankind?: An Attempt a Reappraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, 2007, ss. 303-348

lenmektedir. Fakat bu Alman etkisinin üzerinde Almanya'nın Nazi geçmişinin tesirleri de söz konusudur.<sup>55</sup> Alman küresel anayasacılık savunucuları bir bakıma çalışmalarıyla "geçmişle hesaplaşma" (*Vergangenheitsbewältigung*) pratiğini yerine getirmektedirler. Küresel anayasacılık bu bağlamda geçmişle hesaplaşma çalışmaları açısından da belirtildiği üzere ulusal hafızadan kozmopolit hafızaya geçiş tezi üzerine oturur.<sup>56</sup> Küresel anayasa böylece kozmopolit bir hafıza devreye girmesiyle mümkün olabilir.

### Sonuç Yerine

Küresel anayasacılık tartışmaları uluslararası hukuka birleştirici ve iyimser bir yaklaşımın ürünü olarak görülmektedir. Ayrıca bu yöndeki fikirler akademik bir efor olarak addedilmektedir. Gerçekten uluslararası ilişkiler teorileri de dünyanın üzerindeki ilişkileri farklı açılardan değerlendirmek için birer araçtır. Teorik görüşlerin aralarında sıkı bağlar mevcuttur. Hiçbir uluslararası teori kendi başına ve yalıtılmış bir şekilde var olmamaktadır. Nitekim bu yüzden günümüzde uluslararası ilişkiler teorilerinin sonundan bahsedilmektedir. Bu durumu belirtenler "Büyük Tartışmalar"ın sonunu kastetmektedirler ve eklettik yaklaşımların çoğalması hususunu göstermektedirler.<sup>57</sup> Küresel anayasacılık tartışmaları da bu bakımdan eklettik yaklaşımların bir örneği olarak gösterilebilir, fakat iyimser tonlar içerir. Büyük ölçüde küresel anayasacılık uluslararası alanda normların var olduğunu ve işbirliğinin mümkün olabildiği kabullerine dayanır. Bunun yanında küresel anayasacılık paradigması her toplumun anayasa veya anayasa benzeri yapılar kurduğu görüşünden yola çıkarak uluslararası toplumun da bir anayasal düzeni olduğunu savunur ve bu düzenin geliştiğini söyler. Son olarak belirtmek gerekir ki, akademik bir efor olarak görülebilen küresel anayasacılık hareketinde Alman veya Cermen kökenli yazarlar ağır basmaktadır. Bu yüzden küresel anayasacılığı "Cermen Okulu" olarak adlandırabiliriz.

<sup>55</sup> Christine Schwöbel, "The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers", *German Law Journal*, Vol.13(1), 2012, s. 19

<sup>56</sup> Mithat Sancar, *Geçmişle Hesaplaşma: Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 67-69

<sup>57</sup> David A. Lake, "Theory is Dead, Long Live Theory: The End of Great Debates and the Rise of Eclecticism in International Relations", *European Journal of International Relations*, Vol.19(3), 2013, ss. 567-587

### KAYNAKÇA

- Ağcan Muhammed A., "Immanuel Kant ve Uluslararası: Egemen Devlet, Kozmopolitan Siyaset ve Evrensellik/Farklılık", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt.8,Sayı.32, ss. 1-41
- Barnett Michael ve Raymond Duvall, "Power in Global Governance", *Power in Global Governance*, Ed. Michael Barnett, Raymond Duvall,Cambridge University Press, New York,2005, ss. 1-33
- Başlar Kemal, "Uluslararası Hukukta 'Erga Omnes' Kavramı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt.22(2),2002, ss. 75-107
- Bodansky Daniel, "What's in a Concept? Global Public Goods, International Law and Legitimacy", *European Journal of International Law*, Vol.23(3),2012, ss. 651-668
- Bull Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London,1977
- Cassese Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2005
- Cottier Thomas ve Maya Hertig, "The Prospects for 21st Century Constitutionalism", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.7, 2003, ss. 261-328
- Çağırın Mehmet Emin, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Barış Kitap, Ankara,2011
- Danilenko Gennady M., *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993
- Devlen Balkan ve Özgür Özdamar, "Uluslararası İlişkilerde İngiliz Okulu Kuramı: Kökenleri, Kavramları ve Tartışmaları", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt.7, Sayı. 25, 2010, ss. 43-68
- Diggelmann Oliver ve Tilmann Altwicker, "Is There Something Like a Constitution of International Law: A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.68, 2008, ss. 623-650
- Doyle Michael W., "The UN Charter-A Global Constitution?", *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. Jeffrey L. Do-noff, Joel P. Trachtman, Cambridge University Press,New York,2009, ss. 113-132
- Dupuy Pierre-Marie, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.1,1997,ss. 1-33
- Erdoğan Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005
- Erkiner Hakkı Hakan, "Uluslararası Topluluk Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt. 16, S.1-2, 2010, ss. 39-75
- Erkiner Hakkı Hakan, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletlerin 'Hukuk Devleti' ve 'Hukukun Üstünlüğü' Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S.1, 2013,ss. 353-380
- Fassbender Bardo, "We the Peoples of the United Nations' Constituent Power and Constitutional Form in International Law", *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Martin Loughlin, Neil Walker,Oxford University Press, New York, 2008, ss. 269-290
- Fassbender Bardo, "The Meaning of International Constitutional Law", *Transnational*

- Constitutionalism, ed. Nicholas Tsagourias, Cambridge University Press, New York, 2007, ss. 307-328
- Fassbender Bardo, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36,1998, ss. 529-620
- Friedmann Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London, 1964
- Göçer Mahmut, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt. 57(2),2002, ss. 1-16
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008
- Gözler Kemal, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1998
- Habermas Jürgen, "Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?", *The Divided West*, Polity Press, Malden, 2006, ss. 115-193
- Habermas, Jürgen, "Uluslararası Hukukun Anayasallaştırılması için Bir Şans Daha Var mı?", *Bölünmüş Batı*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007
- Kadelbach Stefan ve Thomas Kleinlein, "International Law- a Constitution for Mankind?: An Attempt a Reappraisal with an Analysis of Constitutional Principles", *German Yearbook of International Law*, Vol. 50, 2007, ss. 303-348
- Kaya İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey, 2006
- Kleinlein Thomas, "Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2),ss. 385-416
- Kolb Robert, *An Introduction to the Law of the United Nations*, Hart Publishing, Portland, 2010
- Koskenniemi Martti, "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol.8, 2006, ss. 9-36
- Lake David A., "Theory is Dead, Long Live Theory: The End of Great Debates and the Rise of Eclecticism in International Relations", *European Journal of International Relations*, Vol.19(3), 2013, ss. 567-587
- Macdonald Ronald St. J., "The Charter of the United Nations as a World Constitution", *International Law Studies*, Vol. 75, 2000, ss. 263-300
- Milewicz Karoline, "Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.16(2),2009, ss. 413-436
- O'Connell Mary Ellen, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", *The Role of Ethics in International Law*, ed. Donald Earl Chlress III, Cambridge University Press, New York,2012, ss. 78-100
- O'Donoghue Aoife, "Alfred Verdross and the Contemporary Constitutionalism Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, October 2012, ss 799-822
- Peters Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, Vol.19,2006, ss. 579-610



- Peters Anne, "Membership in the Global Constitutional Community", *The Constitutionalization of International Law*, ed. Jan Klabbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, Oxford University Press, New York, 2009, ss. 153-262
- Rawls John, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 2000
- Sancar Mithat, *Geçmişle Hesaplaşma: Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007*
- Schwöbel Christine, "The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers", *German Law Journal*, Vol.13(1), 2012, ss. 1-22
- Simma Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours*, 250, 1994
- Simma, Bruno, "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, Vol.6, 1995, ss. 33-54
- Soysal Mümtaz, *Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1979*
- Verdross Alfred, "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law*, Vol.31, 1937, ss. 571-577
- Viellechner Lars, "Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law", *Goettingen Journal of International Law*, Vol.4(2), 2012, ss. 599-623
- von Bogdany Armin, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, Vol. 47(1), 2006, ss. 223-242
- Walter Christian, "International Law in the Process of Constitutionalization", *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, ed. Janne E. Nijman, André Nollkaemper, Oxford University Press, New York, 2007, ss. 191-215
- Waluchow Wil, "Constitutionalism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>, Erişim. 01.12.2013
- Weller Marc, "The Struggle for an International Constitutional Order", *Routledge Handbook of International Law*, ed. David J. Armstrong, Routledge, New York, 2009, ss. 179-194
- Wilson Peter, "The English School's Approach to International Law", *Theorising International Society: English School Methods*, Ed. Cornelia Navari, Palgrave, New York, ss. 148-166

# YAŞAMA HAKKINA SAYGI NEDENİYLE ÖLÜMÜ İSTEMEK

## PRETTY - BİRLEŞİK KRALLIĞA KARŞI WISHING TO DIE IN THE NAME OF RESPECTING THE RIGHT TO LIFE PRETTY VS. THE UNITED KINGDOM

Mert NOMER\*

**Özet:** Çalışmada, Diane Pretty'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Birleşik Krallığa karşı açtığı dava (Pretty v. The United Kingdom, App. No: 2346/02, 29.07.2002) değerlendirilecek olup yaşama hakkı kapsamında ölmenin bir hak olup olmadığı incelenecek, ötenazi uygulamasına değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Ölme hakkı, Pretty v. UK, ötenazi, yaşama hakkının kapsamı

**Abstract:** In this Paper, Diane Pretty's case against The United Kingdom at the International Courts of Human Rights will be evaluated. In scope of the right to life "wishing to die" will be reviewed and euthanasia will be explained.

**Keywords:** Right to die, Pretty v. UK, euthanasia, the scope of the right to life.

### Giriş

*"Bir ölüm onurlu olursa en büyük ödülünü almış demektir."*

(Herakleitos)

Yaşama hakkı ve ötenazi üzerine yıllardır pek çok bakış açısıyla çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmaların bir bölümü yaşama hakkının kutsallığını, bir bölümü yaşama hakkının vazgeçilmezliğini, diğer bir bölümü ise insanın yaşama hakkından çeşitli nedenlerle vazgeçebileceğini savunmaktadır.

\* Ar. Gör, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Okuduğunuz çalışmanın amacı özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Pretty - Birleşik Krallığa karşı davasının incelenmesidir. Bu nedenle öncelikle dava konusundan çok fazla uzaklaşmadan ilk bölümde yaşama hakkı; devletin yaşama hakkını korumaya yönelik pozitif ve negatif yükümlülükleri açıklanacaktır. İkinci bölümde davanın konusu, başvuru ve hükümet savunmaları ile mahkemenin kararı aktarıldıktan sonra, bir kişinin neden ölmeyi isteyebileceği üzerinde durulup, dava ile bağlantılı olan istemli ötenazi tanımı yapılacaktır, istemli ötenazinin eleştirileri değerlendirilecektir.

## 1. Yaşama Hakkı

*"Dünyaya gelen her insanın bedeni şartları izin verdiği sürece yaşamak en doğal hakkıdır."*<sup>1</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesi herkesin yaşam hakkının yasalarla korunacağını söylemiştir. 1966 tarihli, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesi, her insanın doğuştan gelen yaşama hakkı olduğunu ve bu hakkın yasalara göre korunacağını belirtmiştir. Amerikan Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre herkesin yaşama hakkına saygı gösterilmelidir ve bu hak kanunlarla korunur.

Yaşama hakkı doğal hukuk okulunun tanıdığı ve hukukun güvence altına alması gereken bir haktır.<sup>2</sup> Pekiyi yaşama hakkı ne zaman başlar? Medeni haklar ceninin sağ olarak ana rahmine düşmesiyle kazanılır fakat kişilik, kişinin varlığıyla söz konusu olabileceği için, "sağ olarak doğma" şartını kabul etmek gerekir.<sup>3</sup> Yaşam olgusunun sağ olarak doğmak koşulu ile döllenenmeden itibaren başladığı düşünülürse ceninin varlığına son vermek insan hakları açısından ilke olarak tasvip edilemez. Fakat gerek kadın hakları, gerek anne sağlığı çerçevesinde hukuk sistemlerinde ceninin aldırılması benimsenmiştir. Uzun yıllardır konuyla ilgili tartışmalar sürmesine rağmen henüz ceninin yaşam hakkı üzerinde tam bir uzlaşma sağlanmış değildir.<sup>4</sup> Çalışmamızın

<sup>1</sup> Ahmet Mumcu/ Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 2011, Turhan Kitabevi, s. 119.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 2012, Ekin Yayınevi, s. 214.

<sup>3</sup> Ferit Hakkı Saymen, Türk Medeni Hukuku, 1946, p. 270 vd.; Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 1992, Ankara, p. 172 vd.; s.380 vd.; aktaran Mumcu/ Küzeci, a.g.e., ss. 119-120

<sup>4</sup> Mumcu/ Küzeci, a.g.e., ss. 120-121.

konusu ise yaşama hakkının nerede başlayacağından ziyade yaşama hakkından bilerek ve isteyerek vazgeçilmesi üzerine olacaktır.

### 1.1. Yaşama Hakkı Bağlamında Devletin Negatif Yükümlülüğü

Yaşam hakkı bağlamında devletin negatif yükümlülüğü, devletin yaşam hakkına müdahale etmemesi anlamına gelir. İfadedeki negatiflik, devletin hareketsiz kalması; bu alana müdahale etmemesi, bu alana karışmamasıdır.<sup>5</sup> Devlet ancak hakkın kullanılabilmesi için düzenlemeler yapabilir.<sup>6</sup>

AİHS'nın 2. maddesi sözleşmenin diğer tüm maddelerinin temelini oluşturmaktadır. Madde sadece kasten adam öldürmeyi değil ayrıca kuvvet kullanımının da sınırlarını belirler. Devletin yaşama hakkına kast etmesini engellemekten öte devletin insan yaşamına yönelik hareketlerin önüne geçmek için tutum sergilemesi zorunluluğunu da getirir.<sup>7</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) de, 2. maddenin devlet görevlileri tarafından ölümcül kuvvet kullanımının sınırını koyduğunu bununla birlikte maddenin güç kullanımı sonucunda istenmeyen sonuç olarak ölümün gerçekleşmesi durumlarını da kapsadığını belirttikten<sup>8</sup> sonra devletin aynı zamanda kanunlarla yaşama hakkını güvence altına alıp koruması gerektiği kararına varmıştır.<sup>9</sup>

### 1.2. Yaşama Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Devletin pozitif yükümlülüğü, bir hakkın kullanılması veya korunması için devletin bir müdahalesinin, eyleminin bulunması anlamına gelir. Yani devlet kendi yetki alanındaki kişilerin yaşama hakkını korumak zorundadır. AİHM de pek çok kararında devletlerin yaşama hakkını korumasında pozitif yükümlülüğünden bahsetmiştir; devlet-

<sup>5</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, s. 150.

<sup>6</sup> Sadık Kocabaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaşam Hakkının Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", s. 1106., <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1427/file/SadikKocabas.pdf>, e.t. 19.01.2014.

<sup>7</sup> Pretty v. The United Kingdom, App. No: 2346/02, 29.07.2002.

<sup>8</sup> McCann and Others v. The United Kingdom, App No: 324, 27.09.1995, §148, s. 146.

<sup>9</sup> L.C.B. v. The United Kingdom, 09.06.1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-III, § 36, s. 1403.

ler yalnızca öldürmeme yükümünü yerine getirmeyecek aynı zamanda hayatın ölümle sonuçlanabilecek saldırı ve eylemlerden korunması için tedbirler alacaktır.<sup>10</sup>

Devletin yaşama hakkının korunması yönünde pozitif yükümlülüğü öncelikle somut önlemlerle kişilerin tehlikelerden korunması, ikinci olarak da adam öldürmenin caydırıcı bir müeyyideye bağlanmasını gerektirir; örnek vermek gerekirse, ciddi bir ölüm tehdidi alan bireyi devlet önlemler olarak korumaya çalışacak; adam öldürme gerçekleşir ise suçlunun tespiti için gerekli soruşturmayı yapıp cezalandırılmanın teminine çalışacaktır.<sup>11</sup>

AİHM, X - Almanya'ya karşı davasında cezaevinde açlık grevine giren mahkûma zorla yemek yedirilmesini yaşama hakkının korunmasında devletin pozitif edimi gereği değerlendirmiş ve cezaevinde bulunması nedeniyle mahkûmun can güvenliğinin korunması açısından infaz koruma memurlarının yaptığı müdahaleyi yerinde bulmuştur.<sup>12</sup>

## 2. Ölmeyi İsteyebilmek

“Uzun süren yaşam yaşamların en iyisi, kısa süren ölümse ölümlerin en iyisidir derler.”

Montaigne

Yaşamaya bu kadar önem verilir, yaşama hakkına uluslararası belgeler ve evrensel insan hakları teorisi bu kadar korumacı yaklaşırken, aklı dengesi bozuk olmayan bir kişi ölmeyi isteyebilir mi?

Çalışmanın bu bölümü AİHM’de görülen Pretty - Birleşik Krallığa Karşı davasının analizi şeklinde olup, Mahkeme süreci çeşitli görüşler ve ek bilgilerle birlikte aktarılacaktır.

Diane Pretty, dejeneratif ve tedavisi olmayan tıpta motor-nöron hastalığı (MND) olarak bilinen, vücutta istemli kasların güçsüzleşmesine yol açan, kol ve bacaklarda muazzam derecede güçsüzlük ve

<sup>10</sup> W. v. England, App. No:9348/81, 28.02.1983; X v. England, App. No: 7151/75, 12.07.1978.

<sup>11</sup> A. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 2013, Turhan Kitabevi, § 418/1, s. 160.

<sup>12</sup> X v. Germany, (1984) 7 EHRR 152.

nefes almada zorluk yaratan, hastalığın son evresinde nefes almayı sağlayan kasların iflası neticesinde hastanın acı çekerek öldüğü bir hastalığa yakalanmıştır. Pretty İHAM'a başvurduğu tarihte kırk üç yaşındadır. Yirmi beş yıllık evli olup kızları ve torunu ile yaşamaktadır. MND teşhisi konulmasından İHAM'a başvuru yapılana kadar geçen sürede Pretty'nin hastalığı ilerlemiştir. Mahkeme'ye başvurduğu tarihte boyundan aşağısı felçli olup, çok zayıf derecede konuşma yeteneğine sahiptir.<sup>13</sup>

Pretty, tedavisi olmayan bu hastalık neticesinde acı çekerek ölmek istememiş, fakat intihar edebilecek fiziksel özelliklere sahip olmadığı için intihar etmesine kocasının yardım etmesini talep etmiş, Pretty'nin kocası ve ailesi bir araya gelerek bu konuyu konuşup Pretty'nin isteğini yerine getirmeye karar vermiştir.

Birleşik Krallık'ta intihara yardım ve yönlendirme suç olarak düzenlenmiş, yasal işlem başlatılması başsavcılık onayına bırakılmıştır.<sup>14</sup> Bu nedenle Pretty'nin avukatı Başsavcılıktan, kocasının kendine intihar etmesinde yardım ettiği takdirde hakkında takibat başlatılmayacağını garanti edilmesini talep etmiştir.<sup>15</sup> Başsavcılık bunun mümkün olmayacağını belirtmiş, Pretty'nin mahkemeye itirazı da aynı şekilde sonuçlanmış ve iç hukuk yolları tüketildikten sonra olay AİHM önüne taşınmıştır.

Pretty AİHM'e taşınan davada kocasının kendi intiharına yardım etmesine izin verilmemesi nedeniyle, AİHS'nin -2,-3,-8,-9 ve 14. maddelerinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir.

Pretty, ötenazi uygulamalarına izin veren ülkeler bulunduğunu ve bu nedenle ölme hakkının, yaşama hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini söylemiş aksini düşünmenin ötenaziye izin veren ülkelerdeki uygulamalarda yaşama hakkının ihlâl edildiği neticesini doğuracağını savunmuştur. Maddenin yaşama hakkını üçüncü kişilere ve devlete karşı koruduğunu belirtmiş bu maddenin kişiyi kendinden korumadığını, ve kişinin acı çekerek onursuzca yaşamak yerine ölmeyi tercih edebileceğini söylemiştir.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 4-7, ss. 2-3.

<sup>14</sup> The United Kingdom, Suicide Act of 1961, Art. 2/1 - Art 2/4.

<sup>15</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 10, s. 3.

<sup>16</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 35, s. 25.

Hükümet savunmasında yaşama hakkının birincil olarak negatif yükümlülük getirdiğini belirttikten sonra X - Almanya'ya karşı davasına atıf yaparak açlık grevine giren mahkûma zorla yemek yedirilmesini Mahkemenin ihlal olarak değerlendirmedini hatırlatmış, ölme hakkının yaşama hakkının sonucu değil antitezi olduğunu söylemiştir.<sup>17</sup>

Mahkeme, bazı hakların doğası gereği negatifini barındırdığını fakat yaşama hakkından negatifinin çıkarılabileceği konusunda ikna olmadığını belirttikten sonra, AİHS'nin 11. maddesini örnek olarak göstermiş, dernek ve topluluğa katılma hakkının doğası gereği dernek veya topluluğa katılmama hakkını barındırdığını söylemiştir. 2 maddenin sadece kasten adam öldürmeyi değil ayrıca kuvvet kullanımının da sınırlarını çizdiğini aynı zamanda devletlere etkili ceza kanunları çıkararak yaşama hakkına yönelen eylemlerin caydırıcılığını sağlama yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir.<sup>18</sup>

Mahkemeye göre ölme hakkı, üçüncü bir kişinin yardımıyla da olsa kamu otoritelerinin yardımıyla da olsa AİHS'nin 2. maddesinden çıkarılamaz.<sup>19</sup>

Pretty, acı çekerek korku ve şok içinde ölümü beklediğini ifade ettikten sonra devletin bu durumdan sorumlu olmadığı halde vatandaşlarını bu durumdan uzak tutma yükümlülüğü içinde bulunduğunu iddia etmiştir. Bu iddiada bulunurken işkence yasağının Sözleşme'nin hiçbir şekilde sınırlanamaz bir maddesi oluşuna dayanmıştır. Bu nedenle; kamu menfaati, terazinin karşı kefesine konularak işkence yasağı ile karşılaştırılmaz, demiştir. Pretty, zihinsel aktivitelerinde bozukluk olmadığı için korunması gereken, muhtaç - savunmasız kategorisine girmemesi gerektiği kanaatindedir.<sup>20</sup>

Hükümet, savunmasında davanın 3. madde ile ilişkilendirilemeyeceğini söylemiş, 3. madde ile devlete yüklenen görevin işkence veya insanlık dışı muamelenin önüne geçmek olduğunu fakat sergilenecek hareketin devlet için orantısız yük getirmemesi gerektiği yönünde sa-

<sup>17</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 36, s. 25.

<sup>18</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 38, s. 26.

<sup>19</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 40, s. 27.

<sup>20</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 44-46, s. 28.

vunmada bulunmuştur. Devletin 3. madde ile gelen pozitif yükümlülükleri, gözetimlerdeki kişilerin kamu görevlilerinden veya üçüncü şahıslardan korunması olduğu gibi bireylerin üçüncü şahıslara karşı korunması şeklindedir. *Tıbbî Etik Ceza Hukuku Araştırmaları ve Lordlar Kamarası Komitesi* (Criminal Law Revision Committee and the House of Lords Select Committee on Medical Ethics) çalışmaları neticesinde intihara eğilimli kişilerin ister istemez fiziksel olarak tam olsalar da psikolojik ve duygusal açıdan savunmasız oldukları sonucuna varmıştır. Bu nedenle savunmasızların korunması ön planda tutulmalıdır. Hükümet son olarak Avrupa Konseyi üye devletleri arasında Hollanda hariç, rızaya dayalı öldürmelerin suç olduğuna dair ortak bir kanaat bulunduğunu söylemiştir.<sup>21</sup>

Mahkeme kararında AİHS'nin 2 ve 3. maddelerinin beraber okunabileceğini söylemiş, işkence yasağı çoğunlukla devletlere negatif yükümlülük getirirse de bazı durumlarda kişilerin işkenceye ve kötü muameleye tabi olmaması için gerekli önlemleri alma zorunluluğu getirdiğine işaret etmiştir.<sup>22</sup> Mahkeme, "tedavi kişiyi aşağılayıcı bir biçimde uygulanıyorsa ya da onurunu zedeliyorsa, moral ve fiziksel direncini kırıyor 3. madde kapsamında değerlendirme yapılabilir fakat taraf devletin hastalığa neden olmadığı ortadadır. Ayrıca hastanın gerekli tedavisinin sağlanmadığı doğrultusunda iddialar da mevcut değildir; bu nedenle dava konusu, 3. madde kapsamında değerlendirilemez" demiştir.<sup>23</sup>

Pretty, kişinin kendi geleceğini tayin hakkının, sözleşmenin tamamıyla güvence altına alındığını fakat özellikle *özel ve aile hayatına saygı hakkını* düzenleyen 8. madde kapsamında korunduğunu belirttikten sonra kişinin kendi bedeni üzerinde karar verebileceği, ona ne olacağı, ne zaman ve nasıl öleceğine karar verebilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini bu nedenle kocasının kendi ölümüne yardım etmesinin kesin olarak yasaklanmasının maddenin ihlali olduğunu iddia etmiştir.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 47-48, s. 29.

<sup>22</sup> Z. and Others v. the United Kingdom [GC], App no:29392/95, ECHR 2001-V; A. v. the United Kingdom, 23.09.1998, Reports 1998-VI, § 22, s. 2699.

<sup>23</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 49-56, ss. 29-32.

<sup>24</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 58-59, s. 32.



Hükümet, bu hak kategorisinin dava ile ilişkisi olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme ise değerlendirmesinde, kişinin hayati önem arz eden bir tıbbi müdahaleyi reddetmesinin akıl sağlığı yerindeyse kabul edilir olduğunu belirtmiş ve kişinin müdahaleyi reddetmesine rağmen müdahale yapılırsa bunun 8. maddenin ihlaline yol açacağını vurgulamıştır. Fakat davada tıbbî müdahalenin reddi söz konusu değildir, talep kişinin kendini öldürmesine kocasının yardım etmesine izin verilmesidir. Mahkeme iddiayı 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında değerlendirmiş ve özel yaşama müdahalenin demokratik toplum için gerekli ve kanunla uyumlu olması şartını hatırlatmıştır. Davada izin verilmemesinin meşru nedeninin yaşamı korumak ve bu vasıta ile benzer durumda olan diğer hastaların korunması olduğunu söyleyen Mahkeme, demokratik toplumun gerekliliği hususunu üye devletlerin otoritelerin kararına bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere 2. madde kapsamında devletler ceza yasaları çıkararak kişilerin yaşama haklarını korumalıdır. 1961 tarihli Yasanın 2. maddesi zayıf ve korunmaya muhtaç, bilhassa bilinçli karar alma yeteneğinden yoksun kişilerin yaşamlarının korunması için konmuştur. Şüphesiz ölümcül hastalığa yakalananların durumları değişiklik gösterecektir fakat bir çoğu korunmaya muhtaç durumda olacaktır, bu da kanunun gerekçesine uygundur. Aksine izin verildiği takdirde kötüye kullanmaların ortaya çıkacağı şüphesizdir. Bu nedenle konulan yasağın ölçüsüz olmadığına karar veren Mahkeme, 8. maddenin ihlali olmadığını doğrultusunda karar vermiştir.<sup>25</sup>

*Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü* düzenleyen 9. maddenin ihlal edildiğini iddia eden Pretty, kişilerin veganlık, pasifizm gibi görüşlerine saygı gösterilirken; kocasının kendisine intihar etmesi için yardım etmesini isteme görüşüne saygı duyulmamasının maddenin ihlali olduğunu iddia etmiştir.<sup>26</sup>

Mahkeme 9. maddenin herkesin her istediğini yapabileceği anlamına gelmediğini ve her aktivitenin hukuk düzeninde korunamayacağını söyledikten sonra zaten maddenin 2. fıkrası ile sınırlama sebeplerine giren bir durumun olduğunu belirtmiştir.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 61-78, ss. 33-37.

<sup>26</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 80, ss. 37-38.

<sup>27</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 81, s. 38.

Mahkeme bütün inançların saygı değer olduğunu ve korunması gerektiğini ifade ettikten sonra, Pretty'nin sergilenmesini istediği davranışın bir din veya inanış biçimini, öğretiyi kapsamadığını, dini ritüel olmadığını belirtmiş, bu durumun 9. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kararına varmıştır.<sup>28</sup>

Pretty, hastalığı nedeniyle intihar edemediği ve fiziksel olarak intihar edemediği için de intihar edebilecek özellikleri haiz olanlara karşı ayrımcılığa uğradığını iddia etmektedir. Kendi yaşamını sona erdirecek fiziksel özelliklere sahip olmadığı için intihar etmeye yetecek fiziksel özelliklere sahip olanlarla ayrıldığını bu nedenle intihar edebilme hakkından mahrum olduğunu belirtmiştir.<sup>29</sup>

Hükümet dava konusunun 14. madde ile ilişkilendirilemeyeceğini belirttiğinden sonra, Pretty'e herhangi bir ayrımcılık yapılmadığını, toplumda aynı durumda olan herkese aynı kanunların uygulanacağını söylemiş, intihar etmenin bir hak olmadığını ifade etmiş ve ceza yasalarının politikalarının da intihar eylemine karşı şekillendiğini savunmuştur.<sup>30</sup>

Mahkeme, meşru amaç ile sınırlama arasında ölçülülük olduğunu ifade ettikten sonra bu konuyu düzenleme yetkisinin yerel otoritelere bırakıldığını söylemiştir. Ayrıca intihar edebilme yeteneğini kaybetmemiş hastalarla bu fiziksel özellikten mahrum hastalar arasındaki farkın çok belirgin olduğunu bu nedenle intihar edebilecek fiziksel özelliklere sahip olmayanların korunmalarına yönelik düzenlemelerin yapılabileceğini ifade edip aksi durumun savunmasız kişilerin yaşama haklarına müdahalenin önünü açabileceğini belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak davada AİHS'nin iddia edilen 2-3-8-9 veya 14. maddelerine aykırılık olmadığı doğrultusunda karar vermiştir.<sup>31</sup>

## 2.1 İstemli Ötenazi

Ötenazi kelimesi iki Yunanca kelimenin *eu* ve *thanatos* birleşiminden oluşur ve "tatlı ölüm" anlamına gelir.<sup>32</sup> Hastanın iradesi açık bir

<sup>28</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 82-83, s. 38.

<sup>29</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 85, s. 39.

<sup>30</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 86, s. 39.

<sup>31</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 86-89, ss. 39-40.

<sup>32</sup> Tom L. Beauchamp and Leroy Walters, Contemporary Issues in Bioethics, 4. Bası,

şekilde ötenaziyi istemesi durumu doktrinde istemli ötenazi olarak bilinir.<sup>33</sup> İstemli ötenazi ölümcül bir hastalığa yakalanmış ve acı çekmekte olan bir hastanın talebi üzerine doktorun bir hareketiyle veya hareketsiz kalmasıyla hastanın ölümünün gerçekleşmesidir.<sup>34</sup>

Ötenazinin yasallaşmasını savunanlar genelde ötenaziyi bu kapsamda tanımlar, Birleşik Krallıkta 1935 yılında kurulmuş olan Voluntary Euthanasia Society (Gönüllü Ötenazi Topluluğu) acı çeken hasta bireylerin, can çekişerek esnek olmayan hukuk düzeni içinde ölmelelerinin AİHS'nin 3. maddesinin ihlali olduğunu iddia etmektedir.<sup>35</sup>

İstemli ötenazinin olabilmesi için aranan şartlar; temyiz gücü, aydınlatılmış rıza ve istemlilik. Kişinin temyiz gücüne sahip olması, kendine yapılacak müdahaleye rıza göstermesinin veya göstermemesinin anlamını ve önemini anlayabilecek olgunluğa ulaşmış olmasını gerektirdiği gibi, reşit olmasını, bilincinin açık olmasını gerektirir.<sup>36</sup>

Aydınlatılmış rıza, tedaviye devam edilmesi, durdurulması, reddedilmesi gibi hususlarda, hastaya, hastalığına dair tüm bilgilerin açık ve sade bir dille sunulması, tedaviyi reddetmesi durumunda başına gelebileceklerin detaylıca aktarılması olarak tanımlanır.<sup>37</sup>

İstemlilik, verilen kararın zorlamalardan uzak serbestçe verilmesidir.<sup>38</sup>

## 2.2. İstemli Ötenaziye Getirilebilecek Eleştiriler

İstemliliğe yöneltilebilecek eleştiriler mevcuttur. Hasta ölmeyi ne zaman istemiştir? Eğer ölümcül hastalığa yakalanmış ve acısı dindirilsin diye ağıri kesici (uyuşturucu) maddelerin etkisi altındaysa bu durum hastanın karar alma mekanizmasını etkileyecektir. Aynı şekilde eğer herhangi bir ilaç etkisi altında değil ise bu sefer çektiği büyük acı nedeniyle tek düşünebildiği şey acısını dindirme isteği olacağı için ka-

---

Wadsworth Publishing, s. 434.

<sup>33</sup> Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, 1. Baskı, s. 157.

<sup>34</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 158.

<sup>35</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 25-27, s. 22.

<sup>36</sup> Melvin I. Urofsky, Letting Go: Death, Dying and the Law, Macmillan Press, 1993, s. 17.

<sup>37</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 160.

<sup>38</sup> A.e., s. 161.

rar alma mekanizmasının düzgün çalıştığı söylenemez.<sup>39</sup> İnceoğlu'na göre ölümcül hastalıklara yakalanan her hastaya uyuşturucu nitelikte ilaç verilmediği gibi her kullanılan ağrı kesici de hastanın temyiz kudretini ortadan kaldırmaz.<sup>40</sup> Hollanda'da yapılan bir araştırmaya göre, ötenazi isteyen hastaların yalnızca % 6'lık kesmi fiziksel acıyı neden göstermektedir.<sup>41</sup>

Ötenaziye getirilen diğer bir eleştiri ise doktorun hatalı teşhis koyma ihtimali olduğu gibi tıbbın hızla gelişmesi sonucunda ölümcül gözükten hastalıklara tedavi bulunabilmesidir.<sup>42</sup> Fakat göz ardı edilmemesi gereken husus söz konusu evrenin hastalığın son evresi olduğudur. Örnek vermek gerekirse 1. derecedeki bir lenf kanserinin teşhisi konusunda hata yapılma olasılığı söz konusuysen 4. (son) dereceye gelmiş, bütün iç organlara ve lenflere yayılmış bir kanserde hastanın durumunun ölümcül olup olmadığı bilinir ve bu denli ileri aşamada iyileşme ümidi de yoktur.<sup>43</sup> 1933 yılında Amerikan Toplum Sağlığı Birliği Başkanı Dr. Haven Emerson, tedavisi olmayan hastalık tanımının kullanılmasının yanlış olduğunu ve yarın hangi hastalığın tedavisinin olmayacağını kimsenin bilemeyeceğini söylemiştir.<sup>44</sup> Emerson'a hak vermemek doğru olmaz, bugün itibariyle 1900'lü yılların başında ölümcül olarak nitelendirilen pek çok hastalığın tedavisi mevcuttur ama göz ardı edilmemesi gereken husus, tıp biliminde hastalıklarını tedavilerinin bulunmasının uzun yıllar süren araştırmalar neticesinde olabildiğidir. Sadece tedavi ümidi yaratan ilacın bulunması yeterli olmayıp öncelikle çeşitli denekler üzerinde uygulanıp testlerin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bugünden yarına bir tedavinin bulunması konusunda sayılı günleri kalmış hastaları ümitlendirmek dürüst bir davranış olmaz.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Yale Kamisar, "Some Non-Religious Views Against Proposed 'Mercy-Killing' Legislation", *Minnesota Law Review*, May 1958, V.42, N.6, ss. 985-990.

<sup>40</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 163.

<sup>41</sup> A.e.

<sup>42</sup> Kamisar, a.g.e., ss. 993-995.

<sup>43</sup> James Rachels, *The End of Life (Euthanasia and Morality)*, Oxford University Press, 1986, s. 167.

<sup>44</sup> Haven Emerson, "Who is Incurable, A Query and Reply", *New York Times*, 22.10.1933, s. 5, in Y. Kamisar, a.g.e., ss. 999-1000'den alıntılan İnceoğlu, a.g.e., s. 168.

<sup>45</sup> Rachels, a.g.e., ss. 167-168'den alıntılan İnceoğlu, a.g.e., s. 169.

### 2.3. Hollanda'da Ötenazi Uygulaması

Hollanda'da ötenazi, hastanın açık rızası ile hekim tarafından yaşamına son verilmesi demektir. Dikkat edilen husus hastanın isteminin dikkatlice düşünülmüş olması ve istemini pek çok kez dile getirmiş olmasıdır. Hollanda'da doktorun ötenazi uygulayabilmesi için hastanın acısının katlanılmaz boyutta olması ve iyileşme imkanının bulunmaması gerekmektedir.

Doktorlar ötenazi uygulamak zorunda değildir. Eğer bir doktor ötenazi uygulamak istemiyorsa bunu hastasına belirterek onu farklı bir doktora yönlendirmek zorundadır.

Ötenaziyi gerçekleştiren doktor, bölge patalojistine durumu bildirmeli ve hem ötenaziyi gerçekleştiren doktor hem de patalog raporlarını Bölge Ötenazi Komitesi'ne iletmelidir. Komite gerekli incelemelerden sonra eğer mevzuata uygun olmayan bir şekilde ötenazi yapıldığına kanaat getirirse bölge savcılığına durumu iletir ve doktor hakkında takibat başlatılabilir.<sup>46</sup>

Hollanda'da doktorun ilaç enjekte ederek ötenazi isteyen hastanın hayatına son vermesinin dışında, ölümcül dozda ilacı hastaya vererek hastanın bilerek ve isteyerek kendi kendine enjeksiyonu yapmasını sağlaması da kanunlara göre suç değildir.<sup>47</sup>

Hollanda'da hastanın tedaviyi reddetmesi, doktorun tıbben gereksiz olan bir tedaviyi uygulamaktan vazgeçmesi ve doktorun acının dindirilmesi için hastaya yan etkisi ömrü kısaltan ilaç vermesi ötenazi olarak kabul edilmez.<sup>48</sup>

Hollanda'da doktorların hastaların onayı olmadan yaşamlarına son vermelerinin oranı % 1'den daha azken, Belçika'da % 3.1, Avusturya'da % 3.5 civarındadır. Bu da gerekli düzenlemelerle ötenazinin serbest bırakıldığı ülkelerde ihmal ve ihlalin düzenlemenin çok ciddi bir şekilde yasaklandığı ülkelere göre daha az olduğunu gösterir.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Is Euthanasia Allowed?, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/is-euthanasia-allowed>, e.t. 21.01.2014.

<sup>47</sup> Euthanasia- Assisted Suicide and Non-Resuscitation on Request, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>, e.t. 21.01.2014.

<sup>48</sup> Palliative-Sedation A Normal Medical Procedure, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/palliative-sedation-a-normal-medical-procedure>, e.t. 21.01.2014.

<sup>49</sup> Pretty v. the United Kingdom, § 27, s. 22.

## Sonuç

Pretty davasından yola çıkarak birkaç soruyla devam etmekte fayda görülmektedir. Acı çekmekte ve kaçınılmaz sona yaklaşmakta olan Pretty'nin yaşamasındaki menfaati nedir ya da Pretty'nin acı çekmesindeki menfaati nedir? Dworkin'e göre korunacak bir hakkın olması için menfaatin olması gerekir.<sup>50</sup> Dworkin, teorisinde ötenaziyle ilgili olarak üç farklı konunun bir araya geldiğini söylemektedir; bunlar hastanın özerkliğine, hastanın menfaatlerine ve yaşamının kutsallığına en iyi şekilde saygı gösterilmesidir.

Bazı insanlar korkunç acılar içinde bulunsa da onlar için önemli olan şeyi bitirebilmek amacıyla hayatta kalmak isterler; filozof Gareth Evans, çalışmasını bitirmek amacıyla mümkün oldukça çok yaşamaya çalışmış tıbbın yardımını sonuna kadar kullanmıştır.<sup>51</sup> Evans'ın yaşamasındaki menfaati çalışmasını bitirmektir. Buna karşın Pretty ise felçli durumda olduğu için başkasına muhtaç şekilde yaşamaya devam etmek, acı çekerek ölümü beklemeyi istememekte ve bunu onursuzca bir ölüm olarak görmekte, zavallı bir şekilde ölümüyle hatırlanmak istememektedir.

Dworkin'e göre, devlet yasalarla tek tip, genel bir görüşü zorla kabul ettirmeye çalışmamalı insanların kendi geleceklerine yönelik (bilincini kaybetmesi durumunda ne yapılmasını istediğini belirtecek şekilde) hazırlık yapmaya cesaretlendirmelidir. Böyle bir hazırlık yoksa karar ona en yakın kişilere bırakılmalıdır.<sup>52</sup>

İnsan yaşamının kutsallığı nedeniyle, onun menfaatlerini feda etmeyi tartışmak anlamlı değildir, çünkü kişi ölmeyi yaşamın değerine saygı göstermek olarak görebilir. *"Bir insanın, başkalarının kabul ettiği, fakat kendisinin kendi yaşamıyla korkunç derecede çatıştığına inandığı bir biçimde ölmesini sağlamak harap edici, nefret uyandıran bir tiranlıktır."*<sup>53</sup>

AİHS'nin 2. maddesinin yorumundan, ölme hakkının çıkarılabileceği konusunda iddialar yetersiz kalmaktadır; fakat insan yaşamına saygı, kişilerin acı çekerek onursuzca ölümü beklemesinin önüne

<sup>50</sup> Ronald Dworkin, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf Press, 1993, ss. 24-25.

<sup>51</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 107.

<sup>52</sup> Dworkin, a.g.e., s. 213.

<sup>53</sup> A.e., ss. 215-217'den aktaran İnceoğlu, a.g.e., s. 109.

geçmeyi gerektirir. Bu amaçla ulusal hukuk düzenlerinde veya uluslararası belgelerde, özellikle ölümcül hastalığa yakalanmış, hastalığının son evresinde olup dayanılmaz acılar çeken hastaların ölmeyi istemeleri halinde kendilerini öldürebilecek fiziksel yetenekleri bulunmuyorsa doktor yardımıyla yaşamlarına son verilebilmesi için hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. Onur - haysiyet insanın ayırt edici özelliği olup, aynı zamanda insan haklarının oluşmasının ana sebebidir. İnsan onurunun sağlanabilmesi insan haklarının korunması ve gelişmesi ötenazinin yasallaşmasını gerektirir.

## KAYNAKÇA

### Basılı Kaynaklar

- Dworkin Ronald, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, 1993, Alfred A. Knopf Press.
- Erdoğan Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 2010, Siyasal Kitabevi.
- Gözler Kemal, *Hukuka Giriş*, 2012, Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük Şeref. A/ Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 2013, Turhan Kitabevi.
- İnceoğlu Sibel, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, 1. Baskı.
- Kamisar Yale, "Some Non-Religious Views Against Proposed 'Mercy-Killing' Legislation", *Minnesota Law Review*, May 1958, V.42, N.6.
- Mumcu Ahmet/ Küzeci Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 2011, Turhan Kitabevi.
- Rachels James, *The End of Life (Euthanasia and Moralit)*, 1986, Oxford University Press.
- Saymen Ferit Hakkı, *Türk Medeni Hukuku*, 1946.
- Urofsky Melvin I, *Letting Go: Death, Dying and the Law*, 1993, Macmillan Press.
- Walters Tom L. Beauchamp and Leroy, *Contemporary Issues in Bioethics*, 4. Bası, Wadsworth Publishing.
- Zevkililer Aydın, *Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1992.

### Diğer Kaynaklar

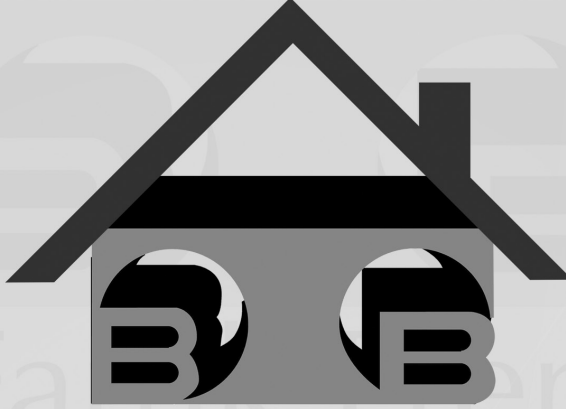
- Euthanasia- Assisted Suicide and Non-Resuscitation on Request, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>, e.t. 21.01.2014.
- Haven Emerson, "Who is Incurable, A Query and Reply", *New York Times*, 22.10.1933.
- Is Euthanasia Allowed?, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/is-euthanasia-allowed>, e.t. 21.01.2014.

- L.C.B. v. The United Kingdom, 09.06.1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-III.
- McCann and Others v. The United Kingdom, App No: 324, 27.09.1995.
- Palliative-Sedation A Normal Medical Procedure, <http://www.government.nl/issues/euthanasia/palliative-sedation-a-normal-medical-procedure>, e.t. 21.01.2014.
- Pretty v. The United Kingdom, App. No: 2346/02, 29.07.2002.
- Sadık Kocabaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaşam Hakkının Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1427/file/SadikKocabas.pdf>, e.t. 19.01.2014.
- W. v. England, App. No:9348/81, 28.02.1983.
- X v. England, App. No: 7151/75, 12.07.1978.
- X v. Germany, (1984) 7 EHRR 152 1984.
- Z. and Others v. the United Kingdom [GC], App no:29392/95, ECHR 2001-V; A. v. the United Kingdom, 23.09.1998, Reports 1998-VI.





# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



Faruk Erem  
**AVUKAT EVİ**



[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

# AYDINLANMA ve CEZA HUKUKU

## THE ENLIGHTENMENT AND CRIMINAL LAW

Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR\*

**Özet:** Modern ceza hukuku Aydınlanmanın eseridir. Bu çalışmada, Aydınlanmanın tarihsel ve felsefi kökenleri incelenmiş, Aydınlanma felsefecilerinin ceza hukukuna etkileri saptanmış, Aydınlanmanın felsefi ikliminde oluşan siyasi ilkelere değinilmiştir. Aydınlanma felsefesi ve onun siyasi ilkeleri ışığında, ceza hukuku üzerinde yapılan üç temel tartışma konusu olan, ceza sorumluluğu, suç ve ceza ele alınmış, bu üçlünün etik, ceza siyaseti ve ceza adaleti açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu bağlamda, Aydınlanma felsefecilerinin düşüncelerinin, günümüze ve bilhassa Aydınlanmanın doğrudan etkilerini taşıyan Klasik Ceza Hukuk Okulu'na yansısışları ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Aydınlanma, doğal hukuk okulu, klasik ceza hukuku okulu, ceza hukuku, suç genel teorisi, ceza siyaseti, ceza adaleti, ceza sorumluluğu, suç, ceza.

**Abstract:** Modern Criminal Law is the work of the Enlightenment. In this study, historical and philosophical origins of the Enlightenment and Enlightenment philosophers are examined to determine their effects on the criminal law. Political principles which developed in the philosophical climate of the Enlightenment are referred. In the light of Enlightenment philosophy and its political principles, three main issues of criminal law; the criminal liability, crime and punishment are considered. This trio's evaluation was made in terms of the ethics, penal policy and criminal justice. In this context, the thoughts of philosophers of the Enlightenment, the Enlightenment's effects to contemporary criminal law and in particular, the Enlightenment's direct reflections on Classical School of Criminal Law are discussed

**Keywords:** The Enlightenment, natural law school, classical school of criminal law, criminal law, general theory of crime, penal policy, criminal justice, criminal liability, crime, punishment.

---

\* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Kamu Hukuku - Ceza ve Usul Hukuku Anabilim Dalı

## I-GİRİŞ

Modern ceza hukukunun Aydınlanmanın eseri olduğu yadsınmaz bir gerçektir.<sup>1</sup> İnsan hayatının anlamına ve insanın bu dünya içindeki yerine, aklın ve doğa bilimlerinin kültür dünyasına uygulanmasıyla ışık tutulmaya çalışıldığı, 18.yüzyıl kültür felsefesi “Aydınlanma Felsefesi”; bu felsefenin içinde yer aldığı tarihi dönem ise “Aydınlanma Çağı” olarak adlandırılmaktadır.<sup>2</sup> Aydınlanma felsefesi, o dönemin aydınlarının neredeyse tamamının üzerinde kalıcı bir etki bırakmıştır. Aydınlanma Çağı düşünürlerinin ortak paydası, aklın, taassup, dogma ve zorbalık karşısında üstünlüğünü savunmaları ve insanın aklını kullanarak özgürlüğe kavuşacağına dair derin inançlarıdır.<sup>3</sup>

Çağımız, “modern”<sup>4</sup> ceza kanunlarının, Aydınlanmanın ürünü olan Alman idealizminin epistemolojisine ve aydınlanmanın politik felsefesine dayandıkları söylenmektedir.<sup>5</sup> Aydınlanma felsefesi ve modern ceza hukuku arasındaki bağı açıklamayı amaçlayan bu çalışmanın ilk kısmında, Aydınlanmanın Çağının düşünürlerine ve felsefesine; bu çağın düşünürlerine kaynaklık eden filozoflardan doğrudan ceza hukukunu etkilediğini düşündüklerimize Aydınlanmanın tarihsel ve felsefi kökenleri başlığı altında değinilmiştir. Çalışmanın ikinci kısmında, Aydınlanmanın felsefi ikliminde oluşan siyasi ilkelere değinilmiştir. Çalışmanın üçüncü kısımdaysa, Aydınlanma felsefesi ve siyasi ilkeleri ışığında, ceza hukuku açısından üç temel kavram olarak ele aldığımız, ceza sorumluluğu, suç ve ceza kavramlarına Aydınlan-

<sup>1</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Y., Ankara, 2010, s.123; Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Y., Ankara, 2012, s.348; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul, 2011, s.22; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2010, s.73

<sup>2</sup> Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, Ankara, 2003, s.289 vd.

<sup>3</sup> Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir?” Sorusuna Yanıt, *Fikir Mimarları Serisi-2: Kant*, Say Yayınları, İstanbul, 2008, s.261-275. Braudel, 18.yüzyıldan günümüz dünyasına, Batı’nın temel probleminin hala “özgürlükler” olduğunu söyler. (Fernand Braudel, *Hitory of Civilisations*, Penguen, England, 1995, s.315)

<sup>4</sup> “Modernite, 17. yüzyıldan itibaren Avrupa’nın ekonomik, toplumsal, kültürel ve siyasal alanda yaşadığı büyük ve köklü değişiklikleri ifade eder.” (bkz. Gamze Yaşar, “Ortaçağdan Günümüze “Modernite”:Doğuşu ve Doğası”, *AÜSBED*, Ankara 2011, Y.4, S.7)

<sup>5</sup> John Hassamer, “German Legal Philosophy and The Criminal Law”, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1990, (187-194), s.187 (HeinOnline ,http://heinonline.org, Fri Nov 8 05:47:03 2013)

ma felsefesinin etkileri incelenmiştir. Son olarak da bu üç kavram, yine Aydınlanma felsefesinin ışığında, etik, ceza siyaseti ve ceza adaleti açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, Aydınlanma felsefecilerinin düşüncelerini ve bu düşüncelerin doğrudan etkilerini günümüze taşıyan “Klasik Ceza Hukuk Okulu” ele alınmıştır.

## II. GENEL OLARAK AYDINLANMA FELSEFESİ

### A-Aydınlanma Çağı ve Felsefesine Genel Bir Bakış

#### 1. Aydınlanma Çağının Felsefi Kökenleri

Aydınlanmanın ilk felsefi temelleri, Antik Yunan’ın *Stoa Okulu’na* dayandırılmaktadır. Aydınlanmacılar da *Stoa Okulu* gibi insanı merkez almışlar ve insanın her şeyin ölçüsü olduğunu savunmuşlardır. *Stoa Okulu’nun*, kozmopolit ve panteist düşünce sistemi, kozmosu yöneten belirli kanunlara kaynaklık eden bir güç tasavvuru, daha sonra Aydınlanmacı doğal hukuk okulunun savunacağı, evrensel değerlerin ve insanın irade hürriyetinin kökenlerini oluşturacaktır.<sup>6</sup> Aydınlanma düşünürleri, özellikle hukuk alanında, *Roma’nın* Stoacı düşünürü Cicero’dan etkilenmişlerdir.

Cicero (*M.Ö 106-43*), modern ceza hukukunun temel kavramlarının *Roma Hukuku* dönemindeki ilkel halleri üzerine sistematik olarak çalışmış ve düşünce üretmiş önemli bir hukukçu düşünürdür.<sup>7</sup> Cicero, tek bir adaletin olduğunu, tüm insanlığı bağlayan tek bir hukuktan kaynaklandığını, yasa koyma sürecinde doğru aklın/mantığın kullanılarak bu tek hukukun bulunması gerektiğini yoksa çıkarılan kanunların adaletten yoksun olacağını ifade etmiştir.<sup>8</sup> Cicero, bu evrensel ve tek hukuku ihlal edenlerin cezalandırılmayı hak ettiklerini ama insanların itaate ceza yaptırımını ile zorlanmalarının, erdemli olduklarının bir kanıtı olduğunu belirtmektedir. Aynı zamanda Cicero, cezanın caydırıcılığı üzerinde durarak cezanın genel önleyici işlevine önem vermiştir.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Hermann Mannheim, *Comparative Criminology*, Mifflin Company, Great Britain, 1965, s.43

<sup>7</sup> Örneğin, Cicero’nun kast, irade, talih üzerine düşünceleri için bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, Ankara, 2012, s.31

<sup>8</sup> bkz. Cicero, *Concerning the Laws*, Harvard University Press, 1918

<sup>9</sup> Doğan Soyaslan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2012 s.65

Stoa Okulu'nda köklerini bulan Aydınlanma felsefesinin tohumlarının aslında *Rönesans* döneminde atıldığı söylenebilir. Bir anlamda Rönesans, Aydınlanmanın habercisi gibidir. Rönesans, 15. ve 16. yüzyıl İtalya'sında yaşanmış bir dönem olup, Antik Yunan ve Avrupa arasındaki düşünsel ve kültürel bağın yeniden kurulduğu, böylelikle de *hümanizmin* ortaya çıktığı, matbaanın bulunmasıyla bilginin hızla geniş kitlelere yayıldığı (Aydınlanmayla birlikte bilgi metalaşacaktır), zamanın görece özgürlükçü bu ruhu sayesinde sanat eserlerinin yaratımında büyük bir artışın olduğu ve aynı Aydınlanma Çağı gibi beklenmedik ve ani değişimlerin yaşandığı bir çağdır.<sup>10</sup> Bu radikal ve keskin değişimin yaşandığı dönemin sonlarına doğru karşımıza üç düşünür çıkmaktadır: Descartes, Grotius ve Hobbes.

Rene Descartes (1596-1650), algılama ve düşünme üzerindeki farka dikkat çekerek, kesin olarak bilinebilecek bir bilgi olup olmadığını sorgulayacak, bu sorgulaması sırasında nesnel ve mantıksal bir şüpheyi yöntem olarak kullanacaktır. Decartes, şüpheciliği sayesinde en sonunda sadece kendi düşüncelerinden emin olabilmiş ve "*cogito ergo sum*" deyişini söylemiştir.<sup>11</sup> Decartes'in düşüncelerinin etkisiyle Aydınlanmacılar, insan aklını küçümseyen Stoa okulundan ayrılacaklardır. Decartes'in düşünceleriyle birlikte, insanın varoluşunun kanıtı kendi düşünceleri olmaktadır. Böylece, Descartes, bilinçli, madde dışı bir öze sahip olan insanı ve onun aklını, yani "bireyi" öne çıkartarak, Rönesans'ın hümanist düşünce akımlarına ve ardılı Aydınlanmacılara yön veren en önemli kişi olmuştur.<sup>12</sup> Aynı zamanda, Decartes, modern

<sup>10</sup> Bu dönemde bir yandan buluşlarıyla Kilise'nin dogmalarını çürüten Copernicus, Galileo ve Kepler bilimsel keşiflerini yapmış, Kilise'nin inandırıcılığını sarsmış, buna karşılık Kilise tarafından acımasızca baskı görmüşlerdir. Modern bilim onlarla başlatılmaktadır. Yine, aynı dönemde, gökbilimci ve felsefeci G. Bruno kiliseye muhalefet ettiği için engizisyon mahkemelerince yakılmasına karar verilmiştir. 1492'de Amerika keşfedilmiş, bu dönem ve sonrasında coğrafi keşifler yapılırken bir yandan ilk defa ayak basılan yerlerin yerli halklarıyla tanışılmaya başlanmış ve bir yandan da gidilen yerler yağmalanmıştır. Böylelikle insanın iki ayrı yüzü, barış içinde yaşayan ilkel yerliler ve onları yağmalayan vahşi Avrupalı imgeleminin sonraki düşünürleri etkilediği kanaatindeyiz. Özellikle, tabii hukuk okulunun, dayanaklarından birini oluşturan "insanların doğal durumu" hipotezlerinde bunun net bir şekilde gözlemlenebileceğini düşünüyoruz. (bkz. Dorinda Outram, Aydınlanma, Dost Kitabevi, Ankara, 2007)

<sup>11</sup> Decartes, Yöntem Üzerine Konuşma, Çev. Afşar Timuçin, Bulut, İstanbul, 2010, s.21

<sup>12</sup> Niyazi Öktem/ Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s.138 vd.

felsefenin temellerini atmış ve bilginin ilahi bir olgu olmaktan çok insan zihnine ait olduğunu vurgulayarak bilgi felsefesini teolojinin bir alanı olmaktan çıkarmıştır.

Hugo Grotius (1583-1645), rasyonel doğal hukukun, toplum sözleşmesi kavramının yaratıcısı ve dolayısıyla hukukun dünyevileşmesini sağlayan en önemli düşünürdür. Grotius, insanların barış içinde yaşamak ve birbirlerine saygı göstermek için bir araya geldiklerini, bir arada kalma iradelerini, anlaşarak bir sözleşmeyle onayladıklarını, ikinci adımdaysa nasıl yönetileceklerine dair siyasi bir sözleşme imzaladıklarını ileri sürmüştür. Böylece, özgür iradelerin bir araya gelmesiyle devlet kurulmuş, aklın buyruğu olan uyum içinde yaşama sağlanmıştır.<sup>13</sup> Grotius, devletin cezalandırma yetkisi üzerinde de durmuş, cezanın genel anlamda kötülük işlemiş olana kötülük çektirme olduğunu, cezanın toplum, mağdur ve fail bakımından faydalı olması gerektiğini söylemiştir.<sup>14</sup> Cezaların intikam aracı olamayacağını ifade eden düşünür, ilahi hukukun yorumuyla, yanlış davrananları cezalandırmanın doğru ve haklı olamayacağını, bu kişileri Tanrı'nın cezalandırabileceğini söyleyerek, laik (seküler) hukukun temellerini atarak, ceza hukuku açısından yaşadığı zamana göre ileri sayılabilecek fikirler üretmiştir.<sup>15</sup>

Thomas Hobbes'a (1588-1679) göre insan, doğal halinde, acımasız, şiddete yatkın, içgüdülerinin esiri, mutsuz bir varlıktır. Bu nedenle, Plautus'un insan insanın kurdudur cümlesini ilk sarf eden kişi olarak tanınmıştır. Hobbes'a göre insanlar sadece barış ve güvenliğe kavuşmak için anlaşıp, iradelerini bir sözleşmeyle beyan etmişler ve sahip oldukları özgürlüklerini bu sözleşme karşılığında üçüncü bir tarafa, Leviathan'a (herkesi ezebilecek ve böylelikle caydıracak yüce güce) yani devlete devretmişlerdir. İktidar, cezalandırılma korkusu vasıtasıyla tebaasını korku dolu bir saygıyla birbirine bağlayacak, buna karşın tebaası hükmetmesi yönünde kendi katılımı ve rızası olduğu için iktidarı asla suçlayamayacaktır.<sup>16</sup> Hobbes'un bu düşünceleri, hukuk düzeninin meşruluğunda iktidarın iradesini esas alan hukuki pozitivizme kaynaklık edecektir.

<sup>13</sup> Öktem/Türkbağ. s.142

<sup>14</sup> Demirbaş, s.74

<sup>15</sup> Centel/Zafer/Çakmut,s.23

<sup>16</sup> bkz. Hobbes, Thomas, Leviathan, YKY, İstanbul, 2005

Aydınlanma akımının önderleri olan doğal hukuk okulu düşünürlerinin ortak paydaları sosyal sözleşme düşüncesidir. Ama bunun yanında, aralarında Grotius'ü veya Hobbes'ü seçenler olarak ikili bir ayrıma gidilebilir.<sup>17</sup> Grotius'ü seçenler, her yerde, her zaman geçerli ilkeleri ve adil olan normun meşru olduğunu savunan doğal hukuk okuluna bağlı kalacak; Hobbes'ü seçenlerse egemenin kuvvetine vurgu yaparak ve adalet gibi değerleri reddeden düşünceleriyle pozitivist hukuk okulunun temellerini atacaktır.<sup>18</sup>

## 2. Aydınlanma Çağı ve Felsefesi

Aydınlanma felsefesi, 17.yüzyılın sonlarında filizlenmeye başlamış ve 18.yüzyılda tek egemen, felsefe olmuştur. Bu tarih aralıkları Avrupa'da mutlak monarşilerin<sup>19</sup> hüküm sürdüğü ve iktidarın kullanımında keyfilikğin hâkim olduğu<sup>20</sup> bir dönemdir. Bu tarihsel koşullarda iktidarın yetkilerini sınırlandırmak için yollar aranmış ve bu nedenle Aydınlanmanın siyasi ilkeleri ortaya çıkmıştır.<sup>21</sup> Aydınlanma Felsefesi, 17.yüzyılda üç düşünürün eserlerinden filizlenmiştir. Bu düşünürler: John Locke, Isaac Newton ve Francis Bacon'dur.

F. Bacon (1551-1626) deneyselliğe ve deneyselliğin sağlayacağı ob-

<sup>17</sup> Lester Crocker, "Interpreting the Enlightenment: A Political Approach", Journal of the History of Ideas, Apr. -Jun., 1985, Vol. 46, No. 2, pp. 211-230, p.215

<sup>18</sup> bkz. Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Kış 2008, Yıl 4, Sayı 15, (s.77-90)

<sup>19</sup> Modern devletin oluşmaya başladığı 16. yüzyıl ve 17.yüzyılda, mutlak krallıkların mutlak egemenliği, Bodin(1530-1596) gibi düşünürler tarafından kilisenin egemenliğine yeğlenmiştir. Böylelikle sekülerizmin sağlanabileceği düşünülmüştür. Bu nedenle Kralların otoriteleri Kilise'nin aleyhine güçlendirilmeye çalışılmıştır. Mutlakiyet sayesinde, Avrupa Devletleri kendi sınırlarına ve halklarına sahip olmuş, merkezileşmeye başlamış ve böylelikle uluslaşmanın ilk kökleri atılmıştır. Aynı dönemde, 14.Louis kendisine atfedilen ve dönemin simgesi olan sözü söyleyecektir: "Devlet benim." (Braudel, s.324 vd) Aydınlanmayla birlikte 14.Louis'in bu sözü değişecek, Büyük Frederic kendini "devletin birinci hizmetkârı" olarak adlandıracaktır.(Outram, s.63)

<sup>20</sup> Suçlar ve cezalar açısından 17.yüzyıldan Aydınlanmaya kadar olan dönemi aktaran Dolu'ya göre, cadı avları, hükümdarların keyfiliklerinin, karmaşanın kısa bir özetiydi ve en önemlisi cezalar, işlenen ya da işlendiği iddia edilen suçlarla orantısız ve keyfiydi. İki insanın, işledikleri aynı suç için farklı türlerde ve seviyelerde cezalar almaları gayet mümkündü. Suçların tanımları üzerinde bir netlik yoktu. (bkz. Osman Dolu, "Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi", Polis Bilimleri Dergisi, 2009, Cilt.11 S.4, s.1-32)

<sup>21</sup> Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 2003, s.93

jektifliğe verdiği önemle insan deneyiminin oluşumuna ilk dikkati çeken düşünür olmuştur. Böylelikle İngiltere’de deneycilik felsefesini başlatan kişi olacaktır.<sup>22</sup> Bacon, Aristo’nun ereksel nedenler düşünce-sini neredeyse bütünüyle güvenilmez bulmuş ve bunun yerine nedenlerin fiziksel olduğunu ileri sürmüştür. Bu yüzden deney, ampirik gözlem ve tümevarım yoluyla bilginin ortaya çıkartılabileceğini savunmuştur. Bu yüzden deneyciliğin temellerini atan düşünür olarak kabul edilmektedir. Bacon için bilgi, kutsal kitaplar kaynaklı değil, deneysel olduğu ölçüde dünyevi kaynaklıdır. Bilim ve bilim adamı kavramlarının ortaya çıkacağı 19.yüzyıla kadar bilim, doğa felsefesi olarak adlandırılacaktır.<sup>23</sup> Bacon ise doğa felsefesine deneyi bir yöntem olarak sokarak bilimin doğuşuna ilk katkıyı yapacaktır.<sup>24</sup>

John Locke(1632-1704),<sup>25</sup> “*İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*” ve “*Yönetim Üzerine İki İnceleme*” adlı yapıtlarıyla Aydınlanma Çağını başlatacak ve bu iki yapıtı Aydınlanma dönemi boyunca şiddetli tartışmalara neden olacaktır. Bu yapıtlarının ilkinde Locke, insanın doğuştan getirdiği bir bilginin olmadığını, insanın bilgiyi, dış algıları ve iç düşünceleri vasıtasıyla deneyimleyerek elde ettiğini savunmuştur. John Locke, doğuştan gelen bilginin olmadığını hepsinin deneyimle elde edildiğini iddia ederek Decartes’in insan aklına ve ruhuna yaptığı vurguyu, deneyimleriyle değişen ve kendini yaratan bir varlık olarak insanın, “benliğine” çekecektir.

Locke, ikinci eserindeyse; hükümetin gücünün halkın rızasına dayandığını, insanların doğal ve doğuştan getirdikleri hakları olan yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarının korunması dışında devletlerin başka görevi olmadığını, meşru yönetimi oluşturan unsurun ilahi bir hak değil, iktidarla halk arasındaki bir anlaşma olduğunu, bu görevlerin ihlal edilmesi halinde insanların isyan etme haklarının doğacağını

<sup>22</sup> Gökberk,s.306

<sup>23</sup> Dorinda Outram, Aydınlanma, Dost, Ankara, 2007, s.121

<sup>24</sup> Bacon’ın, bir ütopya olarak yazdığı Yeni Atlantis adlı kitabında da görülebileceği gibi, sadece bilimin egemen olduğu bir toplum ve devlet düzeni hayal ederek, Newton’un buluşlarıyla beraber felsefeden bilime geçişin en önemli hızlandırıcılarından biri olmuştur. Bir İngiliz siyasetçisi olarak ilk defa “Bilgi iktidardadır/güçtür.” sözünü söyleyen kişi olacaktır.(bkz. Storck, “Francis Bacon and Contemporary Philosophical Difficulties”, The Journal Of Philosophy, 1931, Vol. XXVIII, No.7,(169-186))

<sup>25</sup> bkz. J. Yolton, “Locke On The Law of Nature”, The Philosophical Review, Oct., 1958, Vol. 67, No. 4, pp. 477-498



iddia edecektir.<sup>26</sup> Locke'a göre, ilkel ve de doğal halinde, doğal hukuka tabi olup huzur ve barış içinde yaşayan insanın, mülkiyetini, yaşamını ve özgürlüğünü savunma ve bunun için ceza verme hakkı vardır. Locke'a göre yasal savunma adeta doğal hakların bir uzantısıdır. İnsanlar, kendi aralarında yaptıkları toplumsal sözleşme ile toplumun bir bireyi olarak devletin çatısı altına girerken bu savunma ve cezalandırma haklarını devlete devretmişlerdir.<sup>27</sup> Kısacası Locke'a göre insanların doğal yaşama halinden siyasi bir topluluk haline dönüşmelerinin temelinde bu cezalandırma hakkı vardır.<sup>28</sup>

Başta boş bir levha olan ve deneyimleriyle bilgilerini edinen Locke'un ilkel insanı, tabiat halindeyken doğal hukuka göre yaşayarak usuyla hareket ettiğini göstermektedir. Bu yüzden insan, ilahi olduğu söylenen yasalara değil, tersine bir "akıl kanununa" (*law of reason*) tabidir.<sup>29</sup> Locke'un liberal devlet anlayışına ilişkin bu düşüncelerinden etkilenecek en önemli kişilerden biri modern ceza hukukunun kurucusu C. Beccaria olacaktır. Beccaria'nın hümanist ve laik bir nitelik taşıyan "Suçlar ve Cezalar Üstüne" adlı eseri, suça ve cezaya yaklaşımıyla, Locke'un psikoloji ve doğal hukuk anlayışını yansıtmaktadır.<sup>30</sup> Çağdaşlarına göre Locke'dan en fazla etkilenecek diğer bir kişiye Montesquieu'dur ve Voltaire ile birlikte fikirleriyle Fransız Devrimini hazırlayacaktır.<sup>31</sup>

Aydınlanma Çağına üçüncü ve belki de en büyük etkiyi yaşadığı dönemde bir paradigma değişikliği yaratan Sir Isaac Newton (1643-1727) yapacaktır. Newton kütle çekiminin ve hareketin evrensel yasalarını bulmuş, bunları matematiksel bir kesinlikle ifade etmiştir. Newton'un bu bilimsel başarıları, evrenin nedensel ve mekanik algılanmasına neden olacaktır. O'nun buluşları sayesinde, Tanrının ve doğanın yasaları özdeşleşmeye başlayacak ve dünya talih, kader vb. gibi kavramlardan arındırılmış, giderek daha mekanik bir yer olarak algılanacaktır. Bacon ve Newton ile birlikte artık doğru bilgi dinden

<sup>26</sup> Outram, s.62

<sup>27</sup> Demirbaş, s.74

<sup>28</sup> İlhan Akipek, "John Locke'un Siyasi Fikirleri", AÜHF Dergisi, 1953, Cilt.10, S.1-4, s.255 vd.

<sup>29</sup> Akipek, s.259

<sup>30</sup> David Williams, *The Enlightenment*, Cambridge University Press, UK, 1999, s.59

<sup>31</sup> Gökberk, s.337

değil, bilimden gelecektir. Newton ile beraber, Tanrının toplumsal hayata karışmayan, doğayı bir saati yaratır gibi kurup sadece işlemeye bırakan bir saat tamircisi olduğu görüşü giderek yaygınlık kazanacaktır.<sup>32</sup> Tabii ki bu algıdan, egemenliklerini Tanrıdan aldığını söyleyen krallar da etkilenecekler, kralların egemenlikleri de tartışmaya açık hale gelecektir.<sup>33</sup> Böylelikle toplumsal sözleşme teorisi bir kere daha ve çok daha ciddi bir şekilde kendini belli eder. Newton'un bilimsel başarıları ve yarattığı paradigma değişikliği, 19.yüzyıl ceza hukukuna hakim olan klasik suç teorisinin, "nedensellik bağlantısı" merkezli olmasına yol açacaktır.<sup>34</sup>

İngiliz Aydınlanması ise, töz ve nedensellik kavramlarını tartışacak olan en derin filozofları ve şüpheli bir ampirist olan Hume (1711-1776) ile sona ermiş, İngiliz ampirizmi en büyük ve son başarısını onda göstermiştir.<sup>35</sup> Hume, nedenselliğin geçmiş insan deneyimlerinin bir ürünü olduğunu ileri sürmüş, ahlaki inançları kanıtlamanın mümkün olmadığını ve insanın, doğanın yarattığı sınırlar içinde özgür olduğunu savunmuştur. Töz ve nedensellik üzerine düşünceleri Kant'ın dogmatik uykusundan uyanmasına neden olmuştur.<sup>36</sup>

Bu noktada Aydınlanma Çağının dünyevi ve özgürlükçü düşüncelerinin başka bir ürününe, bu çağın sonlarına doğru ortaya çıkan, Kıta Avrupa'sının tersine Anglosakson dünyasına hakim olacak farklı bir felsefeye, faydacı felsefeye ve onun ortaya çıkarttığı Faydacı Hukuk Okuluna değinilmesi yerinde olur. Faydacı Hukuk Okulu, Jeremy Bentham(1748-1832) tarafından kurulmuştur (daha sonra J.S Mill tara-

<sup>32</sup> bkz. Maria Boas / Rupert Hall, "Newton's Mechanical Principles", Journal of the History of Ideas, Apr., 1959, Vol. 20, No. 2, pp. (167-178) Aynı zamanda, Newton'un buluşları, Aydınlanma Çağı için dinin yenilgisi, deizmin zaferi olacak ve evrenin nakli algılanması yerine akli algılanmasına çok büyük katkı sağlayacaktır. Bu laik/seküler düşüncenin de büyük bir zaferi olarak görülmüştür.

<sup>33</sup> William McNeil, Dünya Tarihi, İmge Y.,2002,Ankara,2002, s.567

<sup>34</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2012, Ankara, s.139

<sup>35</sup> Gökberk, s.310

<sup>36</sup> Kant, "Saf Aklın Eleştirisi" adlı eserinde Hume'un nedensellik ile ilgili bu şüpheli bakış açısını tartışmıştır. Saf akıl yoluyla elde edilen bilgilerle, tecrübeler ışığında elde edilen ampirik bilgilerin varlığını tartışan Kant, her bilginin deneyimle başladığını ama bu bilgilerin insan aklı tarafından işlendiğini; bu yüzden sadece deneyimle değil akılla da edinilebilecek saf bilgiler olduğunu ileri sürmüş, matematiği örnek vermiştir. Böylelikle rasyonalizmle deneyciliği bir anlamda bağdaştırmıştır. Bu, daha sonra da göreceğimiz, Kant tarafından dile getirilen kategorik ve hipotetik buyrukların da temeli olarak görülebilir.

findan geliştirilmiştir). Bentham bir avukattır ve hukuk ile ahlak ilişkisiyle ilgilenmiştir. Doğal hukukun varlığına karşıdır. İnsanın doğasının bilimsel tanımını yapmayı amaç edinmiştir.

Temelinde Epikür'ün hedonist felsefesi yatan bu okul, yarattığı fayda ilkesi gereği, hangi faydanın diğerinden üstün olduğunu ve tercih edileceğini belirlemeye çalışırlar.<sup>37</sup> Bu yapılırken matematikten yararlanılabileceği düşünülmüştür. İdealistlerin aksine, faydacılar için ceza dâhil her şey araçtır. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler gibi kavramlara farklı şekillerde yaklaşabilmekte, mutlak hakların olmadığını, hakların birbirleriyle karşılaştırılabileceğini düşünmektedirler (Örneğin İngiltere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden çekilmeyi tartışabilmiştir). Hukukun ekonomik analizi de bu okulun eseridir. Bentham sosyal kurumlar üzerine düşünmüş, tasarladığı *Panoptikon* adlı hapisane O'nun düşüncesinin maddi bir temsili niteliğini kazanmıştır.<sup>38</sup> Bu okula göre cezadan duyulacak elem, suçtan elde edilecek hazdan daha fazla olmalıdır.

18.yüzyıl aydınlığı İngiltere'den<sup>39</sup> önce Fransa'ya, daha sonra Almanya'ya geçmiş ve orada Kant'la birlikte son bulmuştur.<sup>40</sup> Her ne kadar Aydınlanma felsefesi kökenlerini İngiliz filozoflarda bulunmaktaysa da Aydınlanma akımı için merkez ülke Fransa olacaktır. Mutlak monarşilerin daha fazla etkili olduğu Kıta Avrupa'sında Aydınlanma felsefesinin politik ilkeleri daha net bir şekilde ortaya çıkmış ve uygulanmaya çalışılmıştır. Aydınlanma döneminde yazan düşünürler Fransızca'yı kullanmış, eserlerinin ve dolayısıyla kendilerinin başarılarını Paris'deki entelektüel çevreye kabulleriyle ölçmüşlerdir. Bu çevrenin içinde, bir sonraki başlıkta da bazılarına değineceğimiz, Montesquieu, Voltaire<sup>41</sup>,

<sup>37</sup> Orhan Hançerlioğlu, , *Düşünce Tarihi*, Remzi, Ankara, 2002, s.294

<sup>38</sup> bkz. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3.Baskı, Ankara, 1992.

<sup>39</sup> Bu dönemde II.James Katolik yanlısı politikaları nedeniyle devrilince 1689'da İngiliz Haklar Bildirgesi ortaya çıkar. Böylelikle kralın yetkileri keyfilğin önlenmesi için sınırlandırılacak, kişi hak ve özgürlüklerinin önemine dikkat çekilerek, parlamentonun yetkileri arttırılacaktır. Bu metin modern anayasalara da taşınacak ilkeleri barındıracaktır.

<sup>40</sup> Hançerlioğlu, s.223 vd.

<sup>41</sup> Voltaire, döneminde Newton'un ve Beccaria'nın düşüncelerinin popülerleşmesine neden olacaktır. Aynı zamanda azılı bir kilise karşıtıdır. İngiltere Üzerine Mektuplar eserinde, Avrupa Aydınlanmacılarını politik olarak etkilemiş olan İngiliz Monarşisi üzerine gözlemlerini aktaracaktır. En bilinen ve klasik eseri *Candide*

Diderot<sup>42</sup>, Rousseau, d'Holdbach,<sup>43</sup> Helvetius,<sup>44</sup> D'Alembert,<sup>45</sup> Condillac<sup>46</sup> gibi Fransız düşünürler başı çekecektir.<sup>47</sup>

Gerçekten de Aydınlanma felsefesinin Kant (1724-1804) ile doruk noktasına ulaştığı ve bu çağın O'nda son bulunduğu söylenebilir.<sup>48</sup> Kant Aydınlanma felsefesi içinde yer almakla birlikte onu aşarak bir dönüm noktası olmuştur.<sup>49</sup> Kant idealist felsefesini oluştururken Decartes ve Hume'dan, devletin kökeni ve doğası konusunda Rousseau'dan, idareyle ilgili analizlerindeyse Montesquieu'dan etkilenmiştir.<sup>50</sup>

Kant, şeylerin göründükleri gibi algılanabildikleri somut dünya (*fenomenal*) ile insanın iç dünyasını, zihnini, yani ahlaki yasaların, düşüncenin egemen olduğu alanı (*numenal*) ayırmaya çalışır. Kant, insan zihninin kendi yapısal özelliğinden dolayı dünyada "nedensellik" algıladığını ileri sürer. Böylece akılcılarla deneyicilerin düşüncelerini kendi felsefesinde bağdaştırmıştır. Kısacası, duyu organlarımız vasıtasıyla aldığımız duyular, bu organlarımızın kapasitesiyle sınırlıdır. Aynı şekilde bu duyuların yorumlanması ve algılanması da yine beynimizin oluşturduğu zihinsel yapımızın sınırları çerçevesinde gerçekleşecektir. Kant, insanın, cansız nesnelere veya bilinçten yoksun canlı-

---

adlı romanıdır.

<sup>42</sup> Materyalizmi, duyumculukla tamamlayan Fransız düşünür. (Hançerlioğlu, s.230)

<sup>43</sup> Her şeyi maddeyle açıklayan, erdem in fizik olduğunu ileri süren Alman asıllı Fransız maddeci düşünür. Beccaria'nın, Alman bilimci Holdbach'ın cemiyet toplantılarının başlıca misafirlerinden olduğu söylenir.

<sup>44</sup> Duyumculuk üzerinde durmuş, maddeci filozof.

<sup>45</sup> Duyumculuk üzerine felsefesini inşa etmiş, materyalist filozof, hidrodinamik ve mekanik üzerine çalışmış bir matematikçi. Beccaria, D'Alembert gibi o dönemin birçok Fransız Aydınlanmacısıyla mektuplaşmıştır. (bkz. Beccaria, Suçlar ve Ceza lar, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961)

<sup>46</sup> Bütün insan zihninin duyumlardan oluşabileceğini ileri süren Fransız filozof.

<sup>47</sup> Fransız Aydınlanma düşünürleri ise birleştirip örgütleyecek ve bu örgütlenme sayesinde Aydınlanmanın en etkileyici eserlerinden Encyclopedie'nin ortaya çıkmasını sağlayacak olan Diderot olacaktır. Bu Fransız düşünürlerden d' Holdbach, Montesquieu ve Rousseau yine Aydınlanmanın ürünü olan, kişinin eğitiminin ve sosyal çevresinin üzerinde duran Fransız Suç Sosyolojisi Okulunun da temellerini atmışlardır. (Demirbaş,s.80)

<sup>48</sup> Kant'ın eserlerini verdiği dönemde Aydınlanma Çağı neredeyse yüz yaşına girmiştir. Bir Alman dergisinin açtığı "Aydınlanma Nedir?" başlıklı bir yarışmayı, yazdığı makalesiyle kazanmış ve Aydınlanmanın mottosu olarak "Spare Aude" (Bilmeye Cesaret Et) cümlesini kullanmıştır.

<sup>49</sup> Gökberk, 348

<sup>50</sup> A. Dunning, "The Political Theories of the German Idealists I", Political Science Quarterly, 1913, Vol. XXVIII, N.2, (193-206), s.194

ların aksine, zihnini kullanarak, yani numenal dünyanın yardımıyla, nesnelere fenomenal dünyasının nedenselliğinden kurtulabileceğini iddia etmiştir

Böylelikle Kant'a göre, bir insan davranışının iyi olarak nitelendirilebilmesi için, insan zihninin bir ürünü olan bütüncül, zorunlu, genel ve koşulsuz kategorik bir buyruktan, yani ahlak yasasından kaynaklanması gerekir. Bu sayede, ahlaki ödevini gerçekleştiren insan, fenomenal dünyanın nedenselliğinden ve kendi itkilerinden sıyrılarak kendini özgür kılacaktır.<sup>51</sup>

Kant'ın "*Her seferinde öyle eyle ki, eyleminin ilkesi aynı zamanda genel bir yasa olabilsin.*" ifadesi, kendi kişisel güdü ve çıkarlarından soyutlanmış insanı ifade etmektedir. Bu bağlamda Kant'a göre, ceza korkusu ve göreneğe uyma zorunluluğu gibi etkenlerle gerçekleştirilen iyilik gerçek iyilik değildir.<sup>52</sup> Kant'ın kategorik buyrukları öne sürmesiyle, irade unsuru, diğer ülkelerin aksine Almanya'nın gündeminde daha çok kalmış ve insan, rasyonel, bilinçli, özgür ve kendine yeten bir canlı olarak algılanmıştır.<sup>53</sup>

Kant, devletin kökeni ve doğasıyla ilgili düşüncelerinde, devletin amacının ahlaki değerleri gerçekleştirmek olduğunu savunan Rousseau'nun bir adım önüne geçerek özgürlüğü ahlak yasası olarak tanımlamıştır ve Montesquieu'nun savunduğu kuvvetler ayrılığı olmadan bir hukuk devletinin oluşamayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup>Böylelikle Kant, aklın kamusal kullanımı söz konusu olduğunda özgür olması gerektiğini, başka türlü bir politik kısıtlamaların Aydınlanmanın temelinde yatan düşüncelere engel olacağını savunur ve insanın kendisinin bir amaç olduğunun altını çizer.

Kant'ın yukarıdaki düşüncelerinin, aşağıda da görüleceği üzere ceza hukukunda, ölçülülük ilkesi, garantörsel ihmali suçlar<sup>55</sup>, huku-

<sup>51</sup> Gökberk; s.361 vd.

<sup>52</sup> Hançerlioğlu, 244 vd.

<sup>53</sup> Dunning, a.g.m s.197

<sup>54</sup> Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, Ankara, 2002, s.101

<sup>55</sup> Failin ihmali hareketinden dolayı kasten bir icra hareketinde bulunmuş gibi sorumlu tutulmasına neden olan hukuki ilişkiye denir.(Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara, 2011, s.142 vd.) Kant'ın ödev ahlakının ihmal suretiyle icra suçlarının cezalandırılmasının kökenindeki düşünce olduğu da söylenmektedir. Kant, boğulmakta olan bir insana yardım edilmemesi ve böy-

ka aykırılık, kusurluluğu azaltan nedenler gibi ceza hukuku kurumları ve kavramları üzerinde doğrudan etkisi olmuştur. Cezalandırma söz konusu olduğundaysa kefarete teorisini ortaya çıkarmıştır. Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ceza kanunları, Kant'ın düşüncelerine dayanan Alman idealizminin bilgi felsefesinin (epistemolojisinin) ve Aydınlanmanın siyaset felsefesinin eseridir.<sup>56</sup>

### III- DOĞAL HUKUK OKULU ve AYDINLANMANIN SİYASİ İLKELERİ

Ceza sorumluluğunun, faile mi fiile mi dayandığı, devletin hangi fiilleri, hangi yollarla cezalandırma yoluna gittiği, cezalandırmanın ne şekilde yapıldığı, hukuki konular olmanın yanı sıra aynı zamanda siyasi tercihlerdir. Çağımız modern devletleri, kendilerini yaratmış olan Aydınlanma Çağının siyasi felsefesinin doğrudan izlerini taşımaktadır.

Doğal hukuk teorisi, Aydınlanma düşünürlerinin siyaset felsefelerinin yorumlanmasında çok önemli bir rol oynamakta yani Aydınlanmanın siyasi ilkelerini içinde barındırmaktadır.<sup>57</sup> Doğal hukuk okulları arasında hukuku ilahi kaynaklı veya akli kaynaklı algılamaları açısından farklılıklar bulunsa da ortak yönleri; hukukun sınırsız ve formdan bağımsız ezelden gelen genel ilkelere işaret ettiğini savunmalarıdır.<sup>58</sup> Doğal hukukçular, insan aklının doğada bulunan genel geçer kanunları ortaya çıkartabileceğini, aynı kanunlar vasıtasıyla doğal ve doğal olduğu ölçüde nesnel, adil bir düzen kurulabileceğini düşünmüşlerdir. Kısacası, rasyonel doğal hukukçulara göre, insanın doğası gereği akli olanın, aynı zamanda iyi ve nesnel olduğu söylenebilir.<sup>59</sup>

---

lelikle birinin ölümden kurtarılmasını ahlaki ödeve aykırılık olarak görmüş, bunun kategorik buyruğun ihlal edilmesini oluşturacağını söylemiştir. (George P. Fletcher, "The Fall and Rise of Criminal Theory", Buffalo Criminal Law Review, 1997-1998, Vol.1, p.291)

<sup>56</sup> Hassamer, s.187 vd.

<sup>57</sup> Crocker, a.g.m s.214

<sup>58</sup> H. Silving, "The Twilight Zone of Positive and Natural Law", *California Law Review*, 1955, Vol.43, pp.(477-513),p.477. Örneğin bir doğal hukukçu olan Vahit Bıçak, 2010 yılı basımlı Suç Muhakemesi Hukuku adlı eserinin önsözünde "...fiziksel kurallar henüz keşfedilmeden önce nasıl kainatta mevcut ise, hukuk kuralları da keşfedilmeden, farkında olunmadan ve dillendirilmeden önce evrende vardı. Hukuk bilimi var olan ve tek olan hukuku keşfetme gayreti içindedir." diyerek doğal hukukçuların düşüncesini yalın bir dille ortaya koymuştur.

<sup>59</sup> Outram, s.119 vd.

Aydınlanma düşünürleriyse, insan aklını temel alarak, sorumluluk sahibi, otonom bir varlık olarak insanı felsefi antropolojinin öznesi yapmışlar ve aklılığı, ilahi ve kozmolojik doğal hukuk anlayışlarının önüne geçirip, rasyonel bir doğal hukuk yaratarak, Roma'dan sonra laik/seküler bir hukuk düzeninin temelleri atmışlardır.<sup>60</sup> Böylelikle evrenin nakli ve ilahi değil, akli algılanmasının sonucu olan laiklik ve sekülerizm kavramları, Aydınlanma Çağının en büyük eserleri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>61</sup> Bu akli hukuk düzenleri, aynı zamanda günlük hayatın akılcılıkla örgütlendiği laik/seküler bir toplumsal düzeni de yansıtmaktadır.<sup>62</sup>

İnsan aklına ve hürriyetine verilen bu önem; hukuk yapısında, insanın ilahi kaynaklı hiyerarşik düzenli gruplara dahil olan, hakları kısıtlı, ilahi bir iradenin yönetiminde değersiz bir varlık olarak görüldüğü statü hukukundan; insanın, doğuştan ve dolayısıyla doğadan gelen aklıyla (ve iradesiyle) tam ve eşit haklara sahip özgür bir varlık yani birey olarak görüldüğü sözleşme hukukuna geçişin yaşanmasına neden olmuştur.<sup>63</sup> Kısacası insan tabiatı ve aklı, tabii hukuk okulunun başlıca hareket noktası olmuş, bu bağlamda sosyal sözleşme teorisinin üzerinde sıklıkla durulmuş, devredilemez ve değiştirilemez insan haklarının varlığından söz edilmiş ve doğal hukuk kanunlarının mantık yasaları kadar açık ve seçik olduğu ileri sürülmüştür.<sup>64</sup>

Toplumsal sözleşme teorisi, insanların irade hürriyetinin altına çiziyor, sözleşme yapan taraflara soyut bir eşitlik bahşediyordu. Locke'un her insanın doğuştan gelen bazı hakları olduğu fikri bu eşitlik düşüncesinin diğer bir kaynağıydı. Böylelikle insan, doğal hukukun ona bahşettiği haklarla irade sahibi, eşit ve özgür bir varlık olarak başlı başına bir değerdir artık.

<sup>60</sup> Hassamer, a.g.m s.188

<sup>61</sup> bkz. Zeki Hafızoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara,1997.

<sup>62</sup> Bületn Acar, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, US-A, Ankara, 2010, s.15. Kimi düşünürse, laik toplumsal düzenlerin kademeli olarak ortaya çıktığını, Aydınlanma Çağında ve sonrasında asıl uğraşın dinin de rasyonel bir şekle sokulmaya çalışılması olduğunu, laikliğin ise ancak sanayi devriminden sonra tam manasıyla ortaya çıkabildiğini belirtmiştir. (Outram, s.136 vd.)

<sup>63</sup> Manfred Rehbinder, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, Statü-Sözleşme-Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, s.97-98 (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1241/1837.pdf>)

<sup>64</sup> Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, İkinci Baskı, AÜHF Y., Ankara, 1987, s.149 vd.

Bu açıdan, Aydınlanmanın siyasi ilkelerini Amerikan ve Fransız Devrimlerinde gözlemleyebiliriz. Gerçekten de, Amerikan Devriminin mottosu olan, yaşamak, özgürlük ve mutluluğu arayış ve Fransız Devriminin eşitlik, özgürlük ve kardeşlik üçlemeleri, Aydınlanma döneminin politik prensiplerinin özeti niteliğindedir.

Başta Locke'un özgürlükçü felsefesi olmak üzere, Aydınlanma felsefesinin ürünü olan siyasi düşünceler, ilk önce Amerikan Devrimi ile Bağımsızlık Bildirgesi'nde hayat bulacaktır.<sup>65</sup> Locke'un yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarının doğuştan geldiği ve bunlara dokunulamayacağı düşüncesinin yansıması, Virginia Beyannamesi'ne (1788), insanların yaşamak, özgürlük ve mutluluk üçlemesinin yazılmasında görülmektedir. Tüm insanlar bu haklara sahip olmakta eşit sayılmıştır. Bilindiği üzere, Amerikan Devrimi vasıtasıyla ilk anayasa ortaya çıkmış, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları bu anayasa ile kuramsal alandan pratiğe dökülmüştür.

Aydınlanma felsefesinin etkisiyle egemenlerin ilahi yetkilerini sorgulayan, asiller karşısında eşitlik talep eden Fransız Halkı, burjuvaların önderliğinde, krallarının idam edilmesine, Kilise'nin ağır bir şekilde bastırılıp mallarına el konulmasına neden olacak Fransız Devrimi'ni yapacaktır. Fransız Devrimi'nin babalarıysa, Montesquieu, Rousseau ve Voltaire olarak kabul edilmektedir. Bu düşünürlerden ilk ikisi hukuk ve devlet teorisi bağlamında yeni düşünceler ortaya koymuştur. 1789 Fransız Devrimi, bu üç büyük filozofun etkisinde, Aydınlanma idealleriyle kaleme alınmıştır. Devrimin ardından Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789) ilan edilmiştir.

Montesquieu (1689-1755),<sup>66</sup> diğer Aydınlanma Çağı düşünürleri gibi esas olarak toplumların siyasal rejimleriyle belirlendiğini düşünmüş ve özgürlük anlayışını düşüncelerinin temelinde tutmuştur.<sup>67</sup> Montesquieu; tiranlık ve keyfilikle, ancak güçler ayrımı sistemiyle

<sup>65</sup> Thomas Jefferson'un kütüphanesine Aydınlanma Çağını başlatan üç İngiliz'in, Locke, Newton ve Bacon'ın portresini ismarladığı söylenir.

<sup>66</sup> Montesquieu, diğer klasik düşünürlerin aksine hukukun evrensel niteliğine karşı çıkmakta, gözlem ve deney yoluyla edindiği düşünceleriyle hukukun sosyolojik boyutunun altını çizmektedir. Bu nedenle, Montesquieu, siyasal kurum ve düzenlerin ortaya çıkışında çevresel etmenleri göz önüne almıştır. (Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s.70 vd)

<sup>67</sup> Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005 s.85 vd.



başa çıkılabileceğini ileri sürmüş, İngiltere'yi örnek alarak güçler ayrımını teoriye dökmüştür. Montesquieu'ya göre gücün sadece kralda toplanması keyfiliğe ve bu bağlamda yozlaşmaya neden olduğundan güç tek elde toplanmayıp dağıtılmalıydı.<sup>68</sup> Montesquieu, başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere, "Kanunların Ruhü" adlı eserindeki birçok düşüncesiyle, aşağıda daha ayrıntılı değinileceği gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesine işaret etmiştir. Bunun yanında Montesquieu, orantılı bir cezanın genel önleme özelliği üzerinde durmuş, cezaların ağırlığının değil suçların cezasız kalmasının suç işlemeye ittiğini savunmuştur.<sup>69</sup> Montesquieu'ya göre bir suç cezalandırılırken başka bir suç işlenmemeli, bu nedenle ölçülü olunmalı, insanların duygularına aykırı kanunlar yapmaktan kaçınılmalıdır.<sup>70</sup>

J. J. Rousseau (1712-1778), toplum sözleşmesi düşüncesini savunmuş, toplumun genel iradesinin her zaman haklı olduğunu iddia etmiştir. Kralın, ilahi kaynaklı yetkilerini sorgulamış, egemenliğin, ilahi kaynaklı olmayıp, halka ait olduğunu, yani kişilerin içinde eşitlendiği genel iradenin kullanılması olduğunu belirtmiştir.<sup>71</sup> Kısacası, Rousseau'nun toplum sözleşmesinde insanların doğasında yerleşik bir özgürlük ve hak eşitliliği vardır.<sup>72</sup> Böylelikle, ahlak değerlerini gerçekleştirmek devletin hedefi olacak, bireyin iradesi genel iradenin içinde eriyecek, hükümdarın değil halkın genel iradesiyle yönetim sağlanarak, bireyin özgürlüğü keyfiliğe karşı güvence altına alınacaktır.<sup>73</sup>

Aydınlanma dönemi, Fransız Devrimi ve onu takip eden terör dönemiyle Fransa'da son bulacaktır.<sup>74</sup> Aydınlanma felsefesi ise başta da belirttiğimiz gibi Almanya'ya geçerek Kant ile beraber doruk noktasına ulaşacaktır.

<sup>68</sup> bkz. Emin Başgöl, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Yıl:68, Sayı:4, s. 79-101

<sup>69</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s.23 vd.

<sup>70</sup> Gürkan, s.98

<sup>71</sup> Teziç, s.94

<sup>72</sup> Gökberk, s.342

<sup>73</sup> Doehring, s.101

<sup>74</sup> Aslında, Aydınlanma Çağı, keşifler, bilimdeki ilerlemeler, kentleşmenin başlaması gibi yukarıda sayılan tüm bu tarihi koşullar nedeniyle bir bunalım çağıydı. Yaşadığı çağ Rousseau Yeni Heloise adlı eserinde: "Her daim çarpışıp duran gruplar ve hizipler, durmaksızın ortaya çıkıveren, yenilenen önyargılar ve çatışan kanaatler, herkes sürekli kendisiyle çelişkide her şey sağma ama hiçbir şey çarpıcı değil, çünkü herkes her şeyi kanıksamış." olarak anlatır.

Aydınlanma Çağında, tüm bu politik prensiplerin önündeyse siyasi olarak eski rejimler ve iktidarlarının mutlak gücü durmuştur. Bu yüzden, Amerikan ve Fransız Devrimlerini yapanlar, anayasaları sadece devleti örgütleyip statülerini belirleyen bir belge olarak değil, aynı zamanda hükümdarın iktidarını sınırlandırmasının bir aracı olarak da görmüşlerdir ve bu anayasaların siyasi niteliğini de ortaya koymaktadır.<sup>75</sup> Hükümdarlarının ilahi yetkilerini tanımayan aydınların ve burjuvazinin önderliğindeki halk, egemenliği ilahi ve aşkın olmaktan çıkarıp yere, kendi ellerine indirecektir. Böylelikle Aydınlanma felsefesinin teokrasiye ve mutlakiyetçi rejimlere karşı ciddi siyasi eleştiriler de içerdiği ve bu eleştirilerin hayata geçirilmesinde başarılı olduğu söylenebilir.

Aydınlanma felsefesinin siyasi ilkeleri, bugünkü anlamıyla, insanın bir değer olarak görülmesini, eşitliği ve özgürlüğü, egemenliğin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle paylaşılmasını, genel iradeyi temsil eden parlamento eliyle çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla sınırlandırılabilmesini, suçlarda ve cezalarda kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliği ilkesini, kanunlar önünde eşitliği, devlet erklerinin yargısal denetimini ve böylelikle insanların hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalelerin önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkışına da yol açacaktır.<sup>76</sup>

Aydınlanmanın siyasi ilkelerinin gerçekleşmesiyle birlikte suç dünyevi bir fenomen haline gelmiş ve suçun önlenmesi açısından artık ilahi amaçlar aranmamış, sosyal amaçlar ağır basmıştır.<sup>77</sup> Suçun dünyevi bir olgu haline gelmesi, insana ve aklına verilen değer, ceza hukukunda reform yapılmasını savunan Aydınlanmacı düşünürlerin etkinliğini artırmıştır. 1762 ile 1789 yılları arası bu düşünürlerin ciddi anlamda düşün dünyasında etkin oldukları dönemdir. Bu düşünürlerden en ünlüsü, hümanist, laik ve eşitlikçi “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*” adlı eseriyle modern ceza hukukunun kurucusu, Cesare Beccaria’dır.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Teziç, s.138

<sup>76</sup> Doehring, a.g.e s.208 vd.

<sup>77</sup> H. Johnson/N. Wolfe /J. Mark, History of Criminal Justice, 4.Edition, Lexis Nexis, USA, 2008, s.135

<sup>78</sup> Williams, s.58

#### IV- AYDINLANMA ve KLASİK CEZA HUKUKU OKULU

Klasik Ceza Hukuku Okulunun, isimlerinin birçoğuna çalışmanın başında da değindiğimiz Hobbes, Grotius, Locke, Montesquieu, Rousseau, Fichte, Beccaria, Bentham, Feuerbach, Kant, Hegel gibi düşünürlerin felsefi eserlerine dayandığı söylenmektedir.<sup>79</sup> Bu düşünürler eski devrin ceza anlayışına ağır eleştiriler getirmiş, böylelikle Aydınlanma felsefesi ve siyasi ilkeleri, ceza hukukuna bakışı da etkilemiştir.<sup>80</sup> Modern ceza hukukunun kurucusu Beccaria, (1738-1794) Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı eserinde, Aydınlanma dönemi düşüncelerini, ilk kez bütüncül biçimde ifade eden kişi olmuştur.

Klasik Ceza Hukuku Okulunun felsefi temellerini iki felsefe okulu oluşturmaktadır. Bunlar, Grotius, Hobbes, Locke, Rouessau ve Fichte tarafından savunulan ceza vermek hakkının meşruluğunu toplum sözleşmesine dayandıran, sözleşmeciler ile, Kant'ın başını çektiği Alman idealizminin eseri olan cezanın meşruluğunu adaleti sağlama-sında bulan adaletçileri (kefaretçiler) içinde barındıran Doğal Hukuk Okulu ve Beccaria'nın ile Bentham'ın başını çektiği, cezalandırmanın meşruluğunu toplumsal yarar da bulan faydacıları içine alan, Faydacı Hukuk Okuludur. Yukarıda isim ve eseleri geçen düşünürlerden ve yazının devamından da anlaşılacaktır ki, Klasik Ceza Hukuku Okulunun dayandığı ilke ve kavramların çok büyük kısmının Tabii Hukuk Okulu kaynaklı olduğu görülebilir. Bu bağlamda, aslında Klasik Ceza Hukuku Okulu, Aydınlanma döneminde ortaya çıkmış rasyonel tabii hukuk doktrinine dayanmaktadır.<sup>81</sup>

Modern ceza hukukunun kurucusu Beccaria, düşünceleri itibariyle bir toplumsal faydacı olmasına rağmen, Klasik Ceza Hukuku Okulu mensubu düşünürlerin görüşleri, Kıta Avrupası'nda eklettik bir yapıdadır ve büyük oranda doğal hukuk okulundan etkilenmiştir. Gerçekten de sayılan bu düşünürlerin tamamı -Bentham hariç- ilk elde sosyal sözleşmenin varlığını kabul etmekle birlikte, cezalandırmanın amacı ve meşruluğu hakkında farklı görüşlere varmaktadırlar. İngiltere ve

<sup>79</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt.1, Beta, İstanbul, 1997, s.54 vd.

<sup>80</sup> Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s.30 vd.

<sup>81</sup> Hafızoğulları/Özen, s.126.

Amerika'da ise Bentham'ın etkisiyle Faydacı Hukuk Okulunun bakış açısı egemendir.

Böylelikle Klasik Ceza Hukuku Okulunu, tabii hukukçular, faydacılar ve bağdaştırıcılar olmak üzere üçe ayırabiliriz. Doğal hukukçularsa kendi içlerinde sözleşmeciler ve idealistler (adaletçiler) olarak ikiye ayrılmaktadır. Günümüzde İngiltere'de faydacı felsefe hakim görüşken, bağdaştırıcılarla birlikte Kıta Avrupa'sında, Alman idealizminin öne alındığı karma bir hukuk anlayışı gelişmiştir.

Ceza hukukunu, teorik, sistematik ve teknik bir şekilde incelemiş olan ve bu nedenle Klasik Ceza Hukuku Okulunun bilimsel anlamda bir "okul" olarak anılmasına neden olan kişinin ise Carrara (1805-1888) olduğu söylenebilir.<sup>82</sup> Carrara, Klasik Okulunu kurarken, eklektik bir yöntem izlemiş, hem toplumsal faydayı, hem de mutlak adalet (kefare) düşüncelerini esas almış, böylelikle toplumsal gereklilik ve adalet düşüncelerini bağdaştırmıştır.<sup>83</sup> Bağdaştırmacılarla beraber, ceza sorumluluğunun esası, cezaların ölçüsü ve infazı, tekerrür, teşebbüs, hangi fillerin suç olması gerektiği, ceza verme hakkının dayanağı gibi konularda fikir birliği sağlanmış ve modern ceza hukukunun teorik çerçevesi oluşmuştur.<sup>84</sup> Ama bağdaştırmacı yazarlardan hiçbiri, "okul" sıfatını kullanmamış, "Klasik Ceza Hukuku Okulu" adı, bu dönemin eleştirisini yapan Pozitivist Ceza Hukuku Okulunun düşünürleri tarafından koyulmuştur.

Klasik Ceza Hukuku Okulunun, Pozitivist Ceza Hukuku Okulu tarafından, "klasik" kelimesiyle nitelendirilerek adlandırılmasının nedeninin, 18. ve 19. yüzyılda Avrupa'da egemen olan, "Yeni-Klasikçilik" adlı sanatsal ve entelektüel akımda aranmasını gerektiğini düşünüyoruz. Yeni-Klasikçilik akımı, Aydınlanma felsefesi ve Fransız Devrimiyle çok yakın bağlantısı olan, sanatta geçmişte kalan üslupları (özellikle de hümanizm ve Rönesans ile ortaya çıkan, eski Yunan ve Roma'ya hayranlığın bir ifadesi olan klasikçilik akımını) canlandırma-

<sup>82</sup> Hafızoğulları/Özen,s.126. Tahir Taner, Rossi'nin 1829 tarihli Ceza Hukuku (Traite de droit penal) adlı eseriyle Klasik Ceza Hukuku Okulunun ilk kurucusu olduğunu söylemektedir. (Taner, s.32)

<sup>83</sup> Demirbaş, s.77

<sup>84</sup> Dönmezer/Erman, s.61

rak, onları modern değerlere sahip çıkmak için kullanan, ahlakı ve akılcılığı ön plana alan bir akımdır.<sup>85</sup>

Klasik Ceza Hukuku Okulu, 19.yüzyıl sonlarında ve 20.yüzyıl başlarında Yeni Klasik Okul adıyla önemli sayıda ceza hukukçusunu bünyesinde toplamıştır. Bu okul, klasik okulun bütün özelliklerini taşımakla birlikte pozitivist okulun itiyadı ve mükerrer suçlulukla ilgili düzenlemelerini ve güvenlik tedbirlerini bünyesine almıştır.<sup>86</sup> 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu okulun eseridir.<sup>87</sup> Aynı zamanda, 21.yüzyılın son çeyreğinde, cezanın caydırıcılığını esas alan teorilerle birlikte, “neo klasik okul” adıyla yeniden gündeme gelmiştir.<sup>88</sup>

## A-Klasik Ceza Hukuku Okulunun Suça Bakışı

### 1- Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Kanunilik İlkesinin, teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi, Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine, devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların, ancak kanunla gerçekleştirilebileceğine işaret etmiş, kuvvetler ayrılığının keyfiliği önlemek için zorunlu olduğunu belirtmiştir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de bu iki görüşün doğal sonucu olarak dolaylı yoldan Montesquieu'nun eserlerinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Stephen Little, ...izimler, Sanatı Anlamak, Yapı Yayın, 2006, İstanbul, s. 66 vd. Aynı zamanda, bu akımın en büyük sanatçısı ve ressamı için bkz. Jaques-Louis David (1748-1825)

<sup>86</sup> Demirbaş, s.78

<sup>87</sup> Hafızoğulları/Özen, s.127. Bu noktada, Türkiye Cumhuriyeti ve İslam âlemi açısından Aydınlanmanın yerini tartışabiliriz. İslam tarihinde bize göre en büyük Aydınlanmacı Gazi Mustafa Kemal Paşa'dır. Mustafa Kemal Paşa'nın önderliğini yaptığı Türk Devrimi, hayata geçirdiği hukuk devrimi ve harf inkılabıyla, modern kıyafeti kabulüyle, üniversiteleriyle Hasan Ali Yücel'in çevirttiği kitaplarıyla, köy enstitüleri gibi okullarıyla, laiklik ilkesini hayata geçirmesiyle bir kültür felsefesi olan Aydınlanmanın, cumhuriyetin gelecek nesilleri tarafından özümsemesini amaçlamıştır. Bu niteliğiyle Türk Devrimi bir kültür devrimidir ve Braudel'in de belirttiği gibi Türkiye'yi 20.yüzyılda Ortadoğu ülkelerinin acı kaderinden kurtaran da bu olmuştur.(Braudel, s.93)

<sup>88</sup> Osman Dolu, “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önlene Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2009, Cilt:1,1 S.4,s.103 vd.

<sup>89</sup> Uğur Alacakaptan, İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Y., Ankara, 1958, s.4. Bu paralelde,

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini net bir şekilde ifade eden, ceza hukuku biliminin kurucu babası Beccaria'dır. 1764 yılında Suçlar ve Cezalar adlı eserinde *Beccaria*, hâkimlerin keyfi cezalar veremeyeceğini söylemiş, hükümdarınsa genel bir ceza kanunu yapabileceğinden bahisle, suç ve cezaların keyfi olarak belirlenmesine karşı çıkmıştır.<sup>90</sup> Roma hukukunda bulunmayan, Latince "*Nullum Crimen, nulla poena sine lege*."(kanunsuz suç ve ceza olmaz) ifadesini kullanan ilk kişiyse Feuerbach'dır.<sup>91</sup> Kanunilik İlkesine ilk yer veren Ceza Kanunu, idam cezasının da ilga edildiği, 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'dur.<sup>92</sup> (dikkat edilirse, bu Kanun 1776'da Virginia Anayasası ve 1789 Fransız Devrimi arasında çıkartılmıştır.) Kanunilik İlkesine ilk yer veren ilk anayasa ise 1791 tarihli Fransız Anayasası'dır.

Parlamentonun çıkardığı ve bu nedenle maddi kaynağı halkın iradesi olan ceza kanunlarının, önceden ilan edilmelerinin sağlanarak ve aleyhe geri yürütülmelerinin bu ilke vasıtasıyla engellenerek, insanlara, hangi fiillerinin suç olduğunu öngörmeleri ve böylelikle kendi davranışlarını yönlendirmeleri imkânı tanındığı düşünülür.<sup>93</sup> Kanunlar, ilke olarak genel ve soyutturlar. Bu nedenle kanunilik ilkesine, sadece tipik fiili tanımladığı, failin ve fiilin soyut kaldığı eleştirileri getirilmiştir. Ancak, bir fiil tipikleştikçe soyutlaşır ve soyutlaştıkça genelleşir; genelleştikçe insanlara eşit olarak uygulanır.<sup>94</sup>

Aynı zamanda bu ilke vasıtasıyla yargısal denetim yapılabilen ve böylelikle kuvvetler ayrılığı tesis edilebilmektedir. Bunun yanında, kanunilik ilkesi, hakimin kanun koyucunun alanına girmesini engel-

---

Magna Carta Libertatum(1215) ilanı ile ilk kez bir hükümdarın keyfiliği, İngiliz derebeylerin krallarının yetkilerini sınırladığı bu belgeyle azaltılmış ve bu belge hem ilk anayasal metin hem de kanunilik ilkesinin ilk çıkış noktası olarak doktrinca kabul edilmiştir.

<sup>90</sup> Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961, s.119

<sup>91</sup> Ezgi Aygün Eşitli, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", *TBB Dergisi*, 2013, S.104, s.230 vd.

<sup>92</sup> Dönmezer/Erman, s.65.

<sup>93</sup> Aslında bu insan iradesine verilen değer ve bunun sonucunda ortaya çıkan iyimserliğin ürünüdür. Çünkü insanın rasyonel bir varlık olarak hareket edeceği düşünülür. Bu düşünüşün alt yapısı, Aydınlanma döneminin ekonomi politikasını ortaya koymuş olan Adam Smith'in (1723-1790) "piyasa" anlayışı ve "görünmez el" düşüncesinde gözlemlenebilir. (bkz. Adam Smith, *Milletlerin Zenginliği*, Türkiye İş Bankası Y., İstanbul, 2006)

<sup>94</sup> Kanunilik ilkesinin eleştirisi için bkz. M Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, İmge, Ankara, 2006, s.399-400

lemeyi, yani hakimın keyfiliğini de önlemeyi amaçladığından, ilke gereğince kıyas ve kıyasa varan yorum da yasaktır.<sup>95</sup>

Dönmezer/Erman'ın dikkati çektiği üzere, kanunilik ilkesiyle beraber, hukuka aykırılık suçun bir unsuru haline gelmiştir.<sup>96</sup> Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi vasıtasıyla ki, suç ilahi bir olgu olmaktan çıkmış, dünyevi ve hukuki bir olgu haline almıştır. Bu ilke sayesinde, Kutsal Kitapların hükümleri değil, parlamentoların çıkardığı kanun hükümleri ihlal edilmekte, Hafızoğulları'nın deyimiyle hukuk düzeni bir kutsal kitabın naklettiklerinin dışında, akli ve dünyevi olarak algılanmaktadır.<sup>97</sup>

Bu, felsefi, sosyal ve hukuki işlevleri, Aydınlanmanın siyasi prensiplerinin uygulanabilmesi için, kanunilik ilkesini dahiyane ve gerekli bir araç kılmaktadır. Yani devletin her türlü erki karşısında, birey, yönetenlerin ve yargılayanların keyfiliğinin kanunlarla önlenmesi amaçlanarak korunmaya çalışılmıştır.<sup>98</sup> Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, tüm bu özelliklerinden dolayı, Erem'in deyimiyle, Aydınlanmanın bir "siyasi özgürlük" aracı olarak karşımıza çıkmakta ve "hukuk devleti" olmanın bir şartı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yerini almaktadır.<sup>99</sup>

## 2-Klasik Ceza Hukuku Okulunun Suç Teorisi

Klasik okul, suçu ilahi bir olgu olarak kabul etmemekte, dünyevi bir hukuki kavram ve kurum, yani fikri bir yapı olarak ele almaktadır.<sup>100</sup> Yani suç, bir hukuk kuralının ihlali olup, hukuki bir konudur. Bu nedenle Klasik Okul, suçu ve dolayısıyla suçluyu da soyut bir şekilde ele alır.<sup>101</sup> Aslında bu soyutluk, yukarıda gördüğümüz gibi suçların ve

<sup>95</sup> Johnson/Wolfe/Mark, s.137

<sup>96</sup> Dönmezer/Erman, s.19

<sup>97</sup> Zeki Hafızoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara,1997.

<sup>98</sup> Bu bağlamda, idarenin keyfiliği kanuni idare ilkesiyle, yargının keyfiliği suçların ve cezaların kanuniliği ilkesiyle, yasamanın keyfiliği ise anayasalar ve çağımızda ek olarak anayasa mahkemeleriyle önlenmeye çalışılmaktadır.

<sup>99</sup> Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt1, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.15 vd.

<sup>100</sup> Hafızoğulları, Özen, s.127

<sup>101</sup> Taner, a.g.e s.33

cezaların kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soyutluğun diğer bir nedeninin de fiilin nedensel algılanışında yattığını düşünüyoruz. Aydınlanmayla birlikte evrenin mekanik algılanışı ve nedensellik ilkesi çerçevesinde, belirli hareketlerin belirli neticeleri verdiği düşünüldüğünden, fiil, objektif ve maddi bir unsur olarak algılanmıştır. Nesnel ve gözlemlenebilir olması soyutluğunun bir nedenidir.

Gerçekten de, Klasik Ceza Hukuku Okulunun suç genel teorisinde, hareket sadece belirli neticelerin oluşumuna neden olan, doğal ve nesnel bir olgu olarak ele alındığından, belirli bir değerden yoksundur.<sup>102</sup> Böylelikle suçun maddi unsuru fiilden, objektif ve sübjektif unsurlarıyla geniş anlamda fiil değil, sadece dış dünyada gözlemlenebilen, hareket, illiyet bağı ve neticeden oluşan objektif bir bütün olan fiil anlaşılmaktadır.<sup>103</sup> Bu nedenle ilk önce maddi unsurun belirlenmesine gidilir. Daha sonra hukuka aykırılık ve kusurluluk ele alınacaktır. Günümüzde, failin fiilinin varlığı mahkemece kanıtlanamıyorsa, suçun sübuta ermediğine hükmedilmektedir.

Klasik Ceza Hukuku okulunun suç genel teorisi ilkel haliyle ikili ayrıma dayanır.<sup>104</sup> Buna göre suç kusurlu iradeyle işlenmiş beşeri fiildir.<sup>105</sup> Böylece suçun bu ikili ayrımı Kıta Avrupa'sında, maddi (objektif) unsur, hareket, illiyet bağı ve netice olurken, manevi unursa failin kusurluluğudur.<sup>106</sup> Nesnel nitelikteki fiili, faile manevi unsur bağlamaktadır. Bu ayrımda, hukuka aykırılık, zaten ihlale neden olan fiile mündemiç bir unsurdur. Anglosakson ülkelerinde ikili ayrım, maddi (dış) unsur (actus reus), manevi(iç) unsur(mens rea) olmak üzere en ilkel ve basit hale sahip olup, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde etkili olan ayrımdır.<sup>107</sup> Daha sonra Kant'la birlikte, Klasik suç genel

<sup>102</sup> Klasik Ceza Hukuku Okulunun suç genel teorisinin eleştirisi için bkz. Özgenç, s.138 vd.

<sup>103</sup> Hafizoğulları/Özen, a.g.e s.188

<sup>104</sup> Türk Ceza Hukuku Doktrininde, Faruk Erem ve Nevzat Toroslu bu ikili ayrımı benimseyen düşünürlerdir. Aslında bunun, Platon'dan beri gelen antik bir düalizmin eseri olup dış dünya ile insan zihni arasındaki yapılan ikili ayrımın eseri olduğu söylenebilir.

<sup>105</sup> Hafizoğulları/Özen, s.189

<sup>106</sup> bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Y., Ankara, 2012.

<sup>107</sup> Ayrıntılı bilgi ve suçun unsurlarının Kıta Avrupa'sındaki ayrımlarıyla karşılaştırılması için bkz. Fletcher; The Grammar of Criminal Law, Volume 1, Oxford U.



teorisinin, suçun unsurlarına “hukuka aykırılık” diye bir üçüncü unsur eklenmiş ve suç, hukuka aykırı kusurlu bir fiil olarak üç unsurla tanımlanmıştır.<sup>108</sup>

İlkel toplumlarda sadece netice ile insan hareketi arasındaki maddi nedensellik cezalandırmak için yeterliydi.<sup>109</sup> İradi olmayan hareketlerin faile yüklenilemeyeceği ve akıl hastaları ile çocukların cezai sorumluluklarının olmadığı Aydınlanma öncesi çağlarda da, Eski Yunan’da ve Roma’da gözlemlenebilmiştir.<sup>110</sup>Burada Aydınlanmanın en büyük katkısı kişinin benliğine dikkat çekerek, insan aklına ve iradesine, insanın seçim yapma yeteneğine vurgu yaparak suçun bir unsuru haline getirmesi; bir anlamda kast ve taksir kalıplarıyla insan zihninin incelenmesini sağlamasıdır. Diğer taraftan Aydınlanma felsefesi, suç teorisinin nedensellik bağlantısı merkezli olarak ele alınmasına neden olmuştur.

İlk nedensellik teorileri ve suç açısından neticenin algılanışı da klasik okulun suç teorisi etrafında şekillenmiştir. Tabii nedensellikte neticeyi meydana getiren her münferit şartın aynı değerde olduğu düşünülmüş ama sonradan failin sorumluluğu, iradesiyle oluşturduğu şart nedenle sınırlandırılmaya çalışılmıştır.<sup>111</sup> Ek olarak, neticenin tabiatçı anlayışında, netice, hareketten sonra gelen ve dış dünyada algılanabilen, zamansal ve mantıksal olarak hareketten ayrı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>112</sup>Bu bağlamda, gerek neticenin tabiatçı anlayışını gerekse de tabii nedensellik düşüncesini niteleyen “tabiat” kelimesi, Aydınlanma kökenli olarak ele alınabilir. Çünkü o tarihlerde bilime doğru evrimleşmekte olan doğa felsefesi, Bacon ve Newton’un etkisiyle maddi varlıklar arasındaki gözlemlenebilir ve dolayısıyla deneyimlenebilir, sebep ve sonuç ilişkilerini ele almıştır. Yani, Aydınlanma anlayışına göre, tabii(doğal) olan, “nesnel” olandır.<sup>113</sup>

---

Press, New York, 2007, s.43 vd.

<sup>108</sup> Üçlü ayırım aralarındaki ufak farklılıklarla birlikte öğretilerde, Tahir Taner, Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen ve Kayıhan İçel tarafından benimsenmektedir.

<sup>109</sup> Hafızoğulları/Özen, s.265

<sup>110</sup> Aristoteles; Nikomakhos’a Etik, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007, s.44; fiili hata içinse bkz. Devrim Güngör, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007

<sup>111</sup> Hafızoğulları/Özen; s.203 vd.

<sup>112</sup> Hafızoğulları/Özen; s.200

<sup>113</sup> bkz. Outram, Aydınlanma

Gerçekten de Aydınlanmaya kadar maddi unsur, manevi unsurdan önce gelmekteydi. Hatta manevi unsur ikincil ve manevi unsura göre daha önemsiz kalmaktaydı. Aydınlanmaya kadar olan dönemde, hukukun gelişimi içinde failin iradesi, fiil kadar önemli bir unsur olmaya başlamıştır ama çoğu durumda suçun kurucu unsuru hala değildir. Aydınlanmayla beraber insan aklına ve bu bağlamda irade özgürlüğüne verilen değer, suçun manevi unsurunun maddi unsuru kadar önemli olmasına yol açmıştır.

İrade, failin hareketini önceleyen son zihinsel eylemdir ve bu bağlamda irade özgürlüğüne, bir kişinin hareket edebilme özgürlüğüne sahip olması, yani başka türlü davranma konusunda seçeneklerinin olması, bu seçenekleri seçme özgürlüğüne sahip olması ve böylelikle kendi eylemlerinin nedensel kaynağı olmasını ifade eder.<sup>114</sup> Böylelikle iradi bir şekilde hareket eden kişi, kendi fiilinin nedeni sayılmıştır. Diğer adımdaysa, yine Aydınlanmayla beraber, insan iradesinin kusurlu olup olmadığının belirlenmesi yoluna gidilecektir. İşte kusurluluğun ilk anlayışı olan psikolojik anlayış, irade özgürlüğünün bu üç unsur üzerinde yapılan tartışmalar neticesinde şekillenmiştir.<sup>115</sup>

Aydınlanma öncesi dönemde failin kusurlu iradesi, kötü niyet, lanetlenmiş irade vb. gibi dini ve ahlaki kavramlarla tanımlanmıştır.<sup>116</sup> Aydınlanmayla beraber manevi unsur maddi unsur kadar önemli hale geldiği ve suçun kurucu unsurlarından biri olduğu gibi, aynı zamanda dini ya da ahlaki nitelendirmelerinden arındırılmış, salt akli bir maksat/istek (mental intent) olarak ele alınmıştır.<sup>117</sup> Bu nedenle Klasik Okul'da sorumluluğun esası manevi sorumluluktan doğan kusur olmuş, bir insanın kusurlu sayılabilmesi için irade özgürlüğüne ve temyiz kudretine sahip olması gerektiği düşünülmüştür.<sup>118</sup> Böylelikle kusurlulukla ilgili ilk görüşleri barındıran, tabiatçı (psikolojik) anlayışın temelleri atılmıştır. Böylece kusurun konusu nedensel bir bağlantının

<sup>114</sup> Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, 2012, s.68 vd.

<sup>115</sup> Bu tartışmalardan mücbir sebep, maddi cebir gibi hukuki kavramlar doğmuştur.

<sup>116</sup> Elizabeth Wilson, "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", *New England Journal on Criminal&Civil Confinement*, Winter, 2013, Vol. 39, N.1, p.41

<sup>117</sup> Wilson, a.g.m. s.41

<sup>118</sup> Devrim Aydın, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 15, Nisan, 2011, s.48-49

eseri olan fiil olmakta ve burada failin fiile bağlı iradesi kusurluluk altında değerlendirilmektedir.<sup>119</sup>Bu paralelde, failin fiili hatası, bir kurum olarak Aydınlanmadan sonra ceza hukukunda yer bulmuştur.<sup>120</sup>

Üçüncü eklenen unsurun “hukuka aykırılık” olmasının nedeni, Alman Klasik Ceza Hukuku Okulunun, zorunluluk halini ikiye bölerek, hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında Kant’ın ahlak teorisinin etkisiyle birlikte bir ayrıma gitmesidir.<sup>121</sup> Kant iki deniz kazazedesini verdiği örneğinde, hayatta kalmak isteyen iki denizcinin bir kütüğe tutunabilmek için diğerini itmesini örnek gösterir. Diğer denizciyi iten, yaşamını kurtarmak için hipotetik buyruğa göre hareket edecek ama kategorik buyruğun bir amaç olan insanı öldürmeyi yasaklayan mutlak emrini ihlal etmiş olacaktır. Kant, bu çelişkiyi, Ahlak Metafiziği adlı eserinde çözümlenmiştir.<sup>122</sup> Fail, kesin olan boğularak ölmeyi göze almak yerine, henüz kesin olmayan mahkemenin ceza hükmünü göze alacaktır. Bu nedenle de faili cezalandırmak akla

<sup>119</sup> Hafızoğulları/Özen, s.265. Aynı sayfanın dipnotunda Hafızoğulları/Özen, Welzel’in “davranışın amaçsallığı” teorisine de değinerek, bu teoriyle, kastın fiile ait bir unsur olarak görüldüğünü, çünkü failin iradesi değerlendirilirken “amacının” esas alındığını, böylelikle “amaç” dendiğinde önceden belirlenmiş bir plan ve hedef söz konusu olacağından bunun hukukçuyu hukuk öncesi ontolojik verileri keşfetmeye çalışmaya iteceğini ifade etmektedir. Welzel’in öğretisi, Klasik Okulun Aydınlanmanın eseri olan suç genel teorisine bir eleştiri olarak değerlendirilebilir.

<sup>120</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Devrim, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007.

<sup>121</sup> Fletcher: Grammar of Criminal Law, s.49 Bu unsurun ortaya çıkış nedeni, yukarıdaki belirtilen, Kant’ın kategorik buyruk ve hipotetik buyruk ayrımından da anlaşılabilir. Şöyle ki, kategorik emirler koşullar ne olursa olsun aklın emri(nuemenal dünyaya ait) olduğu için ahlaken mutlak ve koşulsuz doğru olanı yani “olması gerekeni” yapmayı, hipotetik emirlerse dış koşullara(fenomenal dünyaya) uygun olanı yapmayı emreder. Bu bağlamda hukuk kuralları hipotetik buyruklar içinde değerlendirilmektedir.

<sup>122</sup> Kant, eserinde,“Herhangi bir ceza kanunu yoktur ki gemi kazası geçirmiş birine kendi hayatını kurtarmak için, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini, hayatını kurtaran tahtadan itmesi nedeniyle ölüm cezası versin. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişinin kendi can kaybından daha büyük değildir. Bu çeşit bir ceza kanunu, bunu yapmaya kastetmiş olanı etkileyemez çünkü hala kesin olmayan kötülük tehdidi(mahkemenin ölüm hükmü) kesin olan kötülüğe(boğulma) ağır basmamaktadır. Bundan dolayı birinin hayatının şiddet yoluyla kurtarılması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz da ve değişik bir karşılıkla hukukçu bu öznel cezadan muaf olma halini objektif cezadan muaf olma halinden ayırt etmelidir. Zorunluluk hali için bir deyiş zorunluluk kanun tanımaz demektedir. Hiçbir zorunluluk olamaz ki bir ihlali hukuka uygun hale getirebilsin.”(Kant, The Metaphysics of Morals, USA, 2003, s.28) Aynı şekilde, bu bağlamda, “beklenemezlik ilkesi” de ele alınabilir.

uygun değildir; çünkü failin seçim şansı kısıtlandığından kefarecini ödeyeceği bir iradesi de yoktur.<sup>123</sup> Bu nedenle hukukçu, failin bu öznel halini, nesnel olan hukuka aykırılıktan ayırt etmelidir. Kısacası diğerini tahtadan iten fail cezalandırılmasa da fiili suç olarak kabul edilmelidir velev ki başka bir hukuk kuralı bu fiili hukuka uygun hale getirsin. Kant bunu adı geçen eserinde, “ Zorunluluk hali için bir deyiş zorunluluk kanun tanımaz demektedir. Hiçbir zorunluluk olamaz ki bir ihlali hukuka uygun hale getirebilsin” şeklinde ifade etmiştir.

Böylelikle objektif nitelikte olan ve bir haktan doğan hukuka uygunluk nedenleriyle, fiilin manevi (subjektif) unsuruna vurgu yapan kusurluluğu kaldıran nedenler ayırımına gidilmiştir.<sup>124</sup> Bu da hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak ele almayı gerektirmiştir. Yukarıda görüleceği gibi hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak karşımıza çıkmasının birinci nedeni kanunilik ilkesiyse, ikinci nedeni, suçun manevi (subjektif) unsurunun Aydınlanmayla beraber kurucu unsur olmasıdır. Böylelikle, manevi unsura etki eden durumlar, kusurluluğu kaldıran haller olarak ayrı bir şekilde ele alınmıştır.

Aynı zamanda, manevi unsurun, maddi unsurla eşit öneme gelmesiyle birlikte, objektif sorumluluktan, subjektif sorumluluğa geçilmiştir. Manevi sorumluluğun öneminin artmasının diğer bir sonucuysa, aşağıda da değinileceği gibi, şahsi ceza sorumluluğunun benimsenmesidir ki, Fransız İhtilali’ne kadar cezaların şahsiliği ilkesinin hukuk düzenlerince bütünüyle kabul edilmediği ifade edilmektedir.<sup>125</sup> Sonuç olarak, Aydınlanma döneminde manevi unsurun ön plana çıkması hem suç teorisinin yeniden şekillenmesine yol açmış hem de suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

<sup>123</sup> bkz. Özgür Küçüktaşdemir, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012

<sup>124</sup> Günümüzde, bu bağlamda, meşru müdafaa, rıza, hakkın kullanılması ve üst değer/hakkın korunmasına dayanan zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenleri olarak değerlendirilmektedir. Fiil bu nedenlerin varlığı yüzünden hukuka uygun hale geldiğinden failin beraati gerekecektir. Denk değerlerin ihlal edildiği veya mevcut koşullar içinde kişiden başka türlü davranılmasının beklenilemediği zorunluluk hallerindeyse, failin fiili suçtur ama kusurlu sayılamayacağından faile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

<sup>125</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009, s. 731

## B- Klasik Ceza Hukuku Okulunun Ceza Sorumluluğuna Bakışı

Ceza sorumluluğu, başkasından fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk, kusurlu sorumluluk ve kişilik yönünden sorumluluk kavramları altında, ceza hukukunun tarihi kesitleri içinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.<sup>126</sup> Eski, Orta ve Yakın Çağlara gelinceye kadar insanlar genel olarak sadece fiziksel hareketler sonucu ortaya çıkan zararlara göre sorumluluğu ele alıyorlardı.<sup>127</sup> Hatta bu dönemlerde, sadece failin hareketleri esas alındığından ceza da şahsileşmemiş ve başkalarının fiilinden dolayı da insanlar sorumlu tutulabilmiştir.

Güçlenen burjuva sınıfı için, ticaret yapabilmek ve serbest girişimin önünü açabilmek, mülkiyet ve yaşam hakkı, ifade hürriyeti gibi özgürlüklerinin genişlemesiyle mümkündü. Bu özgürlüklerin temelinde de irade hürriyeti yatıyordu. İşte irade hürriyetine verilen bu önem yavaş yavaş suçun manevi unsurunun ön plana çıkmasına neden olmuş ve bu da yukarıda değinildiği üzere cezaların yumuşatılmasına vesile olmuştur.<sup>128</sup> Doğal Hukuk Okulu, "kusursuz suç olmaz" (*nullum crimen sine culpa*) ve "kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz" (*cogitationis poenam nemo patitur*) ilkeleri arasındaki dengeyle hem kusurluluğun üzerinde durmuş, hem de failin davranışlarını dışa yansıyabilmesini esas alarak, en azından teşebbüsün oluşması şartını aramıştır.<sup>129</sup> Suçun manevi unsuruna verilen bu önem ve doğal hukukun yukarıdaki iki ilkesi aynı zamanda suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin de ortaya çıkışına vesile olmuştur.<sup>130</sup>

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi, hiç kimsenin iradi bir davranışı bulunmadıkça, bu fiilin doğurduğu veya ona bütünüyle yabancı bir neticeden sorumlu tutulamaması anlamına gelmekteydi ama bu yine de ceza kanunlarında düzenlenmesi halinde failin sadece fiilinden ötürü, objektif olarak sorumlu tutulmasını engellemiyordu.<sup>131</sup> Bu ne-

<sup>126</sup> Toroslu; 186 vd.

<sup>127</sup> Shaul Avinor, "The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability", *Criminal Law Forum*, 2004 S.15, s.453

<sup>128</sup> Öztekin Tosun, *Suç Hukuku El Kitabı*, Göktaş Matbaası, İstanbul, 1979, s.10

<sup>129</sup> Dönemezer/Erman; s.215

<sup>130</sup> bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Seçkin, 2012, Ankara.

<sup>131</sup> Muharrem Özen, *Objektif Sorumluluk*, US-A Y., Ankara, 1998, s.307

denle işlenen belirli bir fiil yönünden kusurluluk ilkesi 18.yüzyıl liberal ceza hukukunun en önemli aşamalarından biri olmuştur.<sup>132</sup> Objektif sorumluluktan tam manasıyla subjektif sorumluluğa geçiş, suçlarda sorumluluğun kasta dayandırılması Aydınlanmanın eseridir.<sup>133</sup>

Subjektif sorumluluk, insana ve aklına verilen değer bir ifadesi olup, kişinin seçim yapma ve bu seçimleriyle hayatını yönlendirmesine duyulan saygının eseridir. Bu düşünce Aydınlanmanın ürünü olan “modern” toplumların demokratik bir siyasi yapıya yönelimle de doğrudan bağlantılıdır.<sup>134</sup> Bu yüzden günümüz liberal demokratik hukuk düzenlerinin yasa koyucuları, objektif sorumluluk hallerini azaltmakla veya tümünden kaldırmakla övünmüşlerdir.

Bu bağlamda, Klasik Ceza Hukuku Okulu, suçu soyut olarak ele aldığı ve failin maneviyatına da dikkat ettiği içindir ki suç ile karşılığı olan ceza arasında belirli ve adil sayılabilecek bir oran aramıştır.<sup>135</sup> Böylece, ceza adaletinin sağlanmasında, “takdiri indirim nedenleri” gibi ceza hukuku kurumları ve kusurluluk yoluyla failin cezasının ağırlığının kademelendirilmesi yoluna gidilebilmiştir.

### **C- Klasik Ceza Hukuku Okulunun Cezalandırmanın Esasına Bakışı**

#### **1-Toplumsal Yarar(Faydacı Okul) Kuramına Dayanan Görüşler**

Cezalandırmanın amacını cezadan beklenen toplumsal yarara bağlayan başlıca düşünürler Beccaria, Bentham ve Feuerbach’dır. Ama bu kuramı en net ifade eden kişi Bentham olmuştur.<sup>136</sup>

Beccaria, insanların huzurunu toplumun huzuruna bağlamış, cezaların toplumun huzuru için gerekli olduğunu ve suçların topluma verdikleri zarar oranında cezalandırılmaları gerektiğini, cezaların ağırlığının değil suçların cezasız kalmasının suça teşvik ettiğini, söyleyerek toplumsal faydacılar arasında yer almaktadır.<sup>137</sup> Hatta

<sup>132</sup> Özen, a.g.e., s.20

<sup>133</sup> Soyaslan, s.61

<sup>134</sup> N. Lacey, “Responsibility and Modernity in Criminal Law”, *The Journal of Political Philosophy*, 2001, C.9, S.3, s. 251

<sup>135</sup> Taner, s.33

<sup>136</sup> Dönmezer/Erman, s.56

<sup>137</sup> Demirbaş, s.75

Beccaria'nın hapis cezasıyla ve cezaevlerinin koşullarıyla ilgili görüşlerinde hümanist düşüncelerinden çok faydacı felsefesinin ağır bastığı söylenebilir.<sup>138</sup>

Faydacı okulun kurucusu Bentham'a göre, insan, zevk ve elem arasından hangisinin kendisine maksimum faydayı vereceği üzerinde hesapta bulunarak hareket ettiğinden tüm ceza değerinin tüm zevk değerinden fazla olması, cezanın caydırıcı olmasına neden olacaktır.<sup>139</sup>

Feuerbach (1804-1872)<sup>140</sup>, toplumsal yarara cezanın genel önleme amacı ile ulaşabileceğini söylemiştir. <sup>141</sup> Alman Ceza Hukuku'nun başta Kant'a ve daha az olmakla birlikte de Hegel'e dayandığı söylenmekle beraber, aslında her iki filozofun etkilerinin sınırlı olduğu, modern Alman Ceza Hukuku'nun Feuerbach'a dayandığı ileri sürülmektedir.<sup>142</sup> Günümüzde Alman Ceza Hukukundaki hakim ilke pozitif genel önlemedir ve böylelikle özel önlemenin ve ödetici adaletin olumsuz unsurları giderilmeye çalışılmıştır.<sup>143</sup>

## 2- Sosyal Sözleşme Kuramını Savunan Görüşler

Cezalandırmanın meşruluğunu toplumsal sözleşmede bulan bu görüşü, Aydınlanma öncesinde, Hobbes'da ve Grotius'da, sonrasında da Rouessau ve Fichte'de<sup>144</sup> görüyoruz. Fichte ve Rousseau'ya göre bir

<sup>138</sup> Beccaria'ya göre cezaevinde hayvana dönüşen insan, topluma verdiği zararı kendi yorucu çalışmasıyla gidermektedir. Bkz. Emine Eylem Aksoy Retornaz, Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme, *TBB Dergisi*, 2014, Sayı 112.

<sup>139</sup> Dönmezer/Erman, s. 57

<sup>140</sup> Hegelcilik ve maddeciliği bağdaştırmış, materyalist bir düşünürdür. (Gökberk, s. 410) Aynı zamanda, sosyal sözleşme teorisinin içeriğini de Feuerbach'ın düşüncelerinde görmenin mümkün olduğu söylenmektedir. (Hassamer, s.189)

<sup>141</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.37

<sup>142</sup> Markus Dubber, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", *German Law Journal*, Vol., 2005, 06, No. 07, (1049 -1072),s.1063 vd. Dubber'a göre, Feuerbach her ne kadar kendini Kantçı olarak görse de, (hukuk ve ahlak ayrımında) Kant'ın aksine ödetici adaletten ziyade cezanın genel önleyici özelliğini savunmuştur. Bu nedenle Dönmezer/Erman düşünürü faydacı okul içinde değerlendirmektedirler. Biz yukarıda yazılanlar ışığında, Feuerbach'ın hem Alman idealizmini(ağırlıklı olarak) hem de faydacılığı kendi ceza hukuku düşünceleri içinde eriterek eklektik bir anlayışa vardığını düşünüyoruz.

<sup>143</sup> Dubber, a.g.m s.1070

<sup>144</sup> Fichte romantik döneme içinde değerlendirilse Kant ile Hegel arasındaki bir geçişi simgelediği söylendiği ve klasik okul içinde değerlendirildiğinden bu başlık altında kendisine yer verdik.

suç işlendiğinde sosyal sözleşmeyle varılan anlaşma ihlal edilmekte ve fail de bu nedenle cezalandırılmaktadır.<sup>145</sup>

Rouessau'ya göre, kişiler kendi güvenliğini sağlamak için toplumun diğer bireyleriyle toplumsal bir sözleşme yapar ve devleti oluştururlar. Kişi, sosyal sözleşmeye katılarak bu sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde cezalandırılabilirliğini kabul etmiş ve bu yetkiyi de topluma vermiştir.<sup>146</sup>

Fichte (1762-1814)<sup>147</sup>, hukukun toplumsal bir sözleşmeden doğduğuna inandığından "insanın asli/temel hakları" düşüncesini geliştirecektir.<sup>148</sup> Fichte'ye göre suç hukuk düzeninin bir saldırıdır ve devletin bu saldırının etkilerini gidermesi gerekir. Bu nedenle ve Fichte bireysel özgürlüğe çok önem verdiği için, kuramındaki devlet, cezalandırmak yerine eğiterek insanların toplum sözleşmesine uymasını sağlar.<sup>149</sup>

### 3-Kefaret Teorisi ve Alman İdealistleri

Kant, mutlak adalet teorisini savunmuştur. Kant, kategorik buyruk çiğnendiğinde insanın pratik usunun bunun bir ceza gerektirdiğini hatırlatacağını, cezanın salt kötü bir nesne olarak kendi adına gerekli görülmesi gerektiğini söyleyecektir.<sup>150</sup> Kısacası, pratik us, kişinin, ceza ile kusurunun kefareti ödemesi gerektiğini buyurur. Bu nedenle de cezalandırma, mutlak ve kategorik bir zorunluluktur.<sup>151</sup>

Hegel (1770-1831)<sup>152</sup>, her ne kadar Romantik düşünce akımları dö-

<sup>145</sup> Soyaslan, s.65

<sup>146</sup> Dönmezer/Erman, s.54-55

<sup>147</sup> Kant'ın kategorik buyruğu yerine vicdan kelimesini koymuş ve toplumdaki bireylerin birbirileri arasındaki ilişkinin, rasyonel bir varlık olarak diğerlerinin özgürlüklerini tanıdıkları oranda hukuka dayanacağını belirtmiştir.(Duning, s.199) Fichte, aynı zamanda, özgürlüğün bireysel değil toplumsal da bir gerçek olduğunun altını çizicek, Herakleitos'dan sonra diyalektik yöntemi kullanan ilk düşünür olacaktır.(Hançerlioğlu; s.256 vd)

<sup>148</sup> Gökberk, s. 375

<sup>149</sup> Carl Von Bar, History of Continental Criminal Law, The Law Book Exchange, USA, 1999, s.424 vd.

<sup>150</sup> Kant, Pratik Usun Eleştirisi, 5.Baskı, Say Y., İstanbul, 2001, s.65 vd.

<sup>151</sup> Dönmezer/Erman, s.58,59

<sup>152</sup> Hegel, insanın doğal durumunda, özgürlüğün dolaysız bir şey olmayıp kazanılması gereken bir şey olduğunu düşünmekte, doğal durumun aslında dizginlenmemiş içgüdüler ve şiddetten oluştuğunu, bununsa en başta devlet tarafından



nemine girmekte ise de, hem cezalandırma konusunda Kant'ı takip ettiğinden, hem düşüncelerinin kökeni Aydınlanmaya dayandığından burada değinme gereği duyduk.<sup>153</sup> Hegel, insanın irade hürriyetinin ve bunun doğal sonucu olan eylemlerinden sorumluluğunun altını çizer ve yalnızca hayvanların gerçek anlamda sorumsuz ve suçsuz olabileceklerini söyler.<sup>154</sup> Kısacası Hegel'e göre, her bir haksız saldırı veya ihlal, bir hakkın inkârıdır ve her savunma veya ceza ise hakkı inkâr eden saldırının ret ve inkârı olarak hakkın doğrulanmasına vesile olmaktadır.<sup>155</sup>

Sanayi Devrimi ve pozitif bilimlerdeki gelişmeler, felsefenin etkisini azaltmış, Hegel okulunun çözülmesiyle pozitivizm felsefi düşüncesi hakim olmaya başlamıştır.<sup>156</sup> Böylece, tabii hukukun eleştirisinden, Aydınlanmanın diğer bir ürünü Pozitivist Ceza Hukuku Okulu doğmuştur.

#### 4-Karma Teori

Faydacı ve idealist teorilerin birleştirilmesiyle kurulmuş olup, Fransa'da Rossi<sup>157</sup>, İtalya'da Beccaria, Almanya'da Geyer gibi düşünürler öncülüğünü yapmıştır. Bu görüşe göre suçların cezalandırılması toplumsal barışın korunması açısından faydalıdır ancak cezalandırma adaletli olmalıdır.<sup>158</sup> Yine de, teorinin saydığımız, başlıca savucularının kimisi toplumsal faydayı kimisi ise adaleti ön plana almıştır.<sup>159</sup>

---

dizginlenmesi gerektiğini söyleyerek Hobbes'un doğal durumuna yakınlaşır. (G.W.F. Hegel, Tarihte Akıl, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1995, s.116) Romantizm döneminde Hegel, bilginin her zaman bağlama tabii olduğunu, her zaman çatışma halindeki düzlemlerin koşulları sonucu oluşacağını söyleyecektir. 19.yüzyıl sonları, arkeologlar ve Darwin, böylelikle fizikçilerin öne sürdüğü gibi mutlak evrensel yasalar aramak yerine belirli koşullardaki evrimci gelişmenin şartlarını araştırdılar. (McNeil, s.673) Böylelikle 80 yıldan uzun bir süre Alman idealizmi felsefi dünyanın fikirler tarafından kurulduğunu söyleyecektir.

<sup>153</sup> Beccaria'nın ünlü Suçlar ve Cezalar Hakkında adlı yapıtı, Katolik Kilisesi'nin baskısıyla Almanya'da uzun yıllar yasaklı kitaplar listesinde kalmış, Kant ve Hegel'in kefarete teorisini geliştirmeleriyle birlikte bu yasak ancak kalkmıştır. (Demirbaş, İnfaz Hukuku, s.123)

<sup>154</sup> G.W.F Hegel, Tarihte Akıl, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1995, s.107

<sup>155</sup> Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Yetkin, 1995, s.37

<sup>156</sup> Gökberk; s. 410

<sup>157</sup> Rossi'nin görüşleri için bkz. Dönmezer/Erman, s.61

<sup>158</sup> Demirbaş, s.77

<sup>159</sup> İlhan Üzülmöz, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *AÜEH Dergisi*, 2001, C. V. S. 1-4, (s.259-294), s.269

Yani kimine göre cezalandırmanın meşruluğu adalete dayanmakta ve toplumsal faydayla sınırlıyken, kimine göre tam tersidir.<sup>160</sup>

Karma teoriyle beraber modern ceza hukuku bilim halini almıştır.<sup>161</sup> Ceza hukukunun, kusurluluk, isnat yeteneği, takdiri hafifletici nedenler, cezanın kusurla orantılı olarak verilmesi gibi ceza hukuku ilke ve kurumları yerleşmiş, bu teori 19.yüzyıldan itibaren de çeşitli ülkelerin ceza kanunlarını etkisi altına almıştır.<sup>162</sup> Aydınlanmanın bir ürünü olan karma teorinin amacı, insan temel hak ve özgürlüklerine hiçbir şekilde tehlikeye düşürmeden, her zaman temel hak ve özgürlükleri önceleyerek, ceza vasıtasıyla toplumsal düzeni savunmaktır.<sup>163</sup>

#### **D- Aydınlanma Bağlamında Etik, Suç Siyaseti ve Ceza Adaleti İlişkisi**

Önceki başlıklarda da değinildiği üzere, bilimin doğal konusu olan “doğa”, doğa felsefesindeki gelişmeler neticesinde Aydınlanmanın etik ölçütü olarak tanımlanmıştır.<sup>164</sup> Bu yüzden doğal hukukçular, pozitif hukukun tabii hukuka uygun olması gerektiği varsayımıyla hareket etmektedirler.<sup>165</sup> Bu nedenle, hukuk felsefesi doğmuş, düşünürlerine göre kimi zaman ahlaki kimi zaman ideolojik temel alan bu hukuk bilim dalı, değerler âleminde faaliyet gösterip, hukukun ne olması gerektiğini incelemiştir.<sup>166</sup> Günümüzde dahi hala, hukuk devleti olabilmek için, sadece idarenin, suçun ve cezanın kanuniliği ilkesiyle mi yetinileceği, yoksa pozitif hukukun başka ilkeleri de içermesinin gerekir gerekmediği hukuk felsefecileri tarafından tartışılmaktadır.<sup>167</sup>

Hangi fiillerin suç olduğu sorusuna uzun yüzyıllar boyunca en basit ve ilkel yanıtlar olan, birbirleriyle iç içe geçmiş din ve ahlak kurallarını ihlal eden davranışlar cevabı verilmiştir. Aydınlanmayla beraber suç dünyevi bir olgu olarak algılanmaya başlanmasıyla din artık

<sup>160</sup> Demirbaş, s.77

<sup>161</sup> bkz. Zeki Hafızoğulları “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları”, *AÜHF Dergisi*, 1978, C.35, S. 4, s.235-279

<sup>162</sup> Taner, s.33

<sup>163</sup> Dönmezer/Erman, s.62

<sup>164</sup> Outram, s.119 vd.

<sup>165</sup> Hafızoğulları/Özen, a.g.e s.126.

<sup>166</sup> Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Y., Ankara,1998, s.10-11

<sup>167</sup> bkz. *Hukuk Devleti: Siyasi Bir İlke, Hukuki Bir İdeal*, Ed. Çoban/Canatan/Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008

yanıt olmaktan çıkmıştır.<sup>168</sup> Bu nedenle hemen sonrasında rasyonel doğal hukukçulara göre uzun süre suç ahlaka aykırı olan fiil olarak algılanmıştır.<sup>169</sup> Çünkü, doğal hukukçulara göre irade özgürlüğüne sahip insan iyi veya kötü arasında seçimde bulunur ve bu da toplum halinde yaşayan insanın etik yapısını ortaya koymaktadır. Bu nedenle uzun süre ahlak kurallarıyla ceza hukukun çakıştığı düşünülmüştür ama tabii hukuk en büyük sınavını Kant ile yaşamıştır.<sup>170</sup>

Her ne kadar, ceza hukuku normlarının bir dönemin kristalize olmuş ahlakı veya her suçun bir ahlak ihlali olduğu düşüncesini savunanlar günümüzde hala olsa da, suçlara ahlaki açıdan bakan tabiatçı anlamda suçluluk ile yasal suçluluk, adam öldürme, hırsızlık vb. "mala inse" suçlar dışında örtüşmemektedir.<sup>171</sup> Gerçekten de kanun koyucunun koyduğu bir çok suçun ahlakla bağlantısı olduğu söylenemez.<sup>172</sup>

Ahlak ve hukuk ilişkisine etkileri günümüze kadar süren en büyük faydayı Kant yapmıştır. Faydacı hukuk okuluysa, ahlak ve hukuk ilişkisinde farklı bir şekilde ilerleyecek, İngiliz İçtihat Hukuku bu konuda uzun süre net bir ayırım koyamayacaktır.<sup>173</sup> Kant, ahlak ve hukuk arasında ayrıma gitmiştir. Kant, doğal hukukun ahlaksal olana yani kategorik buyruğa bağlı ve içsel olduğunu, pozitif hukukun ise hipotetik bir buyruk olduğunu, kaynak ve makam olarak dışsal kaldığını

<sup>168</sup> Aslında dinin aklileştirilme çabaları, 20.yüzyıla kadar hala Anglosakson mahkemelerinin Hıristiyan ahlakına değindikleri kararları değerlendirildiğinde, en azında ahlak alanından dini çıkarmak çok kolay olmamıştır. Ama bu noktada yazının devamında da bahsedileceği üzere Kant büyük bir yol gösterici olarak görülebilir.

<sup>169</sup> Yukarıdaki önermemize örnek olarak, Rousseau'nun devletin amacını ahlak kuralları çerçevesinde özgürlüğün korunması olduğunu düşünmesi verilebilir. Yine suçu ahlaki açıdan ele alan tabiatçı anlamıyla suçluluk(misal mala inse suçlar) ile yasal suçluluk (misal,mala prohibita suçlar)ayrımındaki "tabiatçı" kelimesi de bu bağlamda düşünülebilir. Aynı şekilde, yukarıdaki hususa, Kant'ın kategorik buyruğunun doğal hukuk okulu bağlamında değerlendirilmesi de örnek olarak verilebilir.

<sup>170</sup> Mannheim; a.g.e s.46

<sup>171</sup> Toplumsal yaşamdaki iş bölümü sanayi devriminden sonra son derece artmış ve çeşitlenmiş, devletin görev ve işlevleri de aynı oranda çoğalmış ve bu bağlamda, "mala in se" suçlar, "mala prohibita" suçların yanında azınlıkta kalmıştır.

<sup>172</sup> Toroslu, Genel Kısım, s.24

<sup>173</sup> Faydacı felsefe ve ahlak ilişkisi için bkz.( Fletcher, a.g.e s.193-198.) Faydacı Okula mensup İngiliz Ceza Hukuku'nda da eşcinsel cinsel ilişki fiiliyle ilgili benzer bir ahlak tartışması 20.yüzyılda yaşanmıştır. İngitere'de konuyla ilgili yaşanan Lord Devlin ve H. L. A. Hart tartışması için bkz. Mannheim, Comparative Criminology, Houghton Mifflin Co.,Great Britain, 1965, s.53 vd.

belirtmektedir.<sup>174</sup> Ama Kant'ın deontolojik ve laik ahlak felsefesi bize pozitif hukukun kanunlaştırılması sırasında yasa koyucu tarafından uyulması gereken bazı ilkeler olabileceğini ifade etmektedir.

Bir pozitivist olan Hafızoğulları'nın da belirttiği üzere, ceza normları, olanı değil olması gerekeni ifade ettiklerinden etik/siyasi bir değerlendirmenin ürünü olan bir değer hükmüdürler ve bu bağlamda ceza hukuku belirli bir toplumsal gerçeklik üzerine oturan değerler bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>175</sup> İşte bu etik ve siyasi değerlendirmenin siyasi kısmını, suç siyaseti oluştururken, etik kısmını ise laik ahlakı yaratan Kant'ın ahlak felsefesi oluşturmaktadır. Suç siyaseti, suça ilişkin kanunların yapılmasını, uygulanmasını, infazını, suça ilişkin sosyal tepkilerin belirlenmesini kapsayan bir uygulama disiplini olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>176</sup> Batı Uygarlığında, suç siyaseti belirlenirken, Aydınlanmanın politik ilkelerinden yararlanılmaktadır. Kant'ın seküler ahlak felsefesi ise bu siyasetin etik çerçevesini çizmekte ve aynı zamanda ceza adaletinin sağlanması için de bize yol göstermektedir. Kant'ın ahlak felsefesinin, bu etik/siyasi değerlendirmenin etik kısmı ve dolayısıyla ceza adaleti açısından en önemli unsurları, beraberinde getirdiği "insan onuru", "insan hayatının değeri" ve "eşitlik" kavramlardır.<sup>177</sup>

İnsan onuru kavramı, Kant'ın hukuk üstüne yaptığı çalışmalarında açık bir şekilde dile getirilmemekle birlikte, bu kavram İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, AİHS gibi metinlerle anayasal ve mutlak bir değer olarak geliştirilmiştir. Kant'ın ahlak yasası ve bu bağlamda insanın bir araç olarak değil bir amaç olarak görülmesi gereği esas alınarak, insan onuru kavramı evrenselleştirilmeye çalışılmış ve böylelikle insan hakları hukukunun felsefi temelleri Kant'ın düşünceleriyle ortaya çıkmıştır.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> Öktem/Türkbağ, s.167

<sup>175</sup> Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, US-A Y., Ankara, 1996, s.11,12

<sup>176</sup> Mustafa Tören Yücel, Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, Ankara, 2011, s.22

<sup>177</sup> Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.198 vd. Evrenselden yerele inildiğinde, Aydınlanmayı benimsemiş hukuk düzenlerinde bulunan, hakkın kötüye kullanılması (abus de droit) kavramında yine Kant'ın felsefesinin izlerine rastlıyoruz. (Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.202 vd.) Yine, liberal demokratik hukuk devletlerinin anayasalarında bulunan, temel hakların özüne dokunacak düzenlemelerin yapılamayacağı ilkesi de bu bağlamda düşünülebilir.

<sup>178</sup> Fletcher, Grammar of Criminal Law, s.202 vd. Örnek olarak belirtmek gerekir ki günümüzde AİHM'ne taşınan birçok insan hakları ihlali cezai uyumsuzlukların

İnsan hayatının değeriye, idam cezasının reddedilmesinde, savaş hukukunda ve ceza hukuku açısından en temel şekliyle, meşru müdafaa, zorunluluk hali gibi durumlardaki oranlılık şartında karşımıza çıkmaktadır.<sup>179</sup> Bunun nedeni, gerek meşru müdafaa, saldıran kişinin, gerekse zorunluluk halinde hakkı ihlal edilen üçüncü kişinin insan olarak bir değeri ve yaşam hakkı en son ihlal edilecek en üstün değer olmasıdır.

Eşitlikse aslında önceki iki kavramın sonucudur. İnsan onurlu bir varlıktır ve bu onuru paylaşan her kişi diğer insanlarla birlikte kanunlar karşısında eşit olmalıdır. Eşitlik ilkesi cezalandırmada (aslında kanunilik ilkesi bu açıdan eşitliği sağlamaktadır) ve daha belirgin bir şekilde ceza yargılamasında (silahların eşitliği, tabii hâkim ilkesi gibi) karşımıza çıkmaktadır.<sup>180</sup> Bu bağlamda belirtmemiz gerekir ki, ceza genel hukuku kurumlarının birçoğunun ilkel hallerini Aydınlanmadan önce de (örneğin Roma Hukukunda, özellikle de Roma Özel Hukukunda<sup>181</sup>) gözlemleyebiliyorken, ceza muhakemesi hukuku ilkelerinin neredeyse hiçbirini Aydınlanmadan önce göremediğimizi söyleyebiliriz. Çünkü ceza hukukunda reformu savunan Aydınlanmacı düşünürler, ceza adaletini sağlamak için aynı zamanda bireyin özgürlüklerini hiçe sayan, Engizisyon'dan kalma tahkik sistemini de şiddetle eleştirmişler ve reforma tabii tutmuşlardır. Karma sistemin, masumiyet karinesi, silahların eşitliği, adil yargılanma, savunma hakkı, yasal hakim güvencesi, tutuklu ve hükümlü ayrımı, jüri, işkence yasağı gibi birçok kurum ve ilkesi Aydınlanmacıların eseridir.<sup>182</sup> Aynı zamanda, Aydınlanmayla beraber, suçun, ilahi amaçlarla değil de sosyal amaçlarla cezalandırılır olması, insan aklına ve mantığına duyulan derin güven, hakimin delilleri serbestçe takdir ederken vicdani kanaatini kullanmasının beklenmesine neden olduğu söylenebilir.<sup>183</sup>

Bu anlamda, Aydınlanmayla birlikte ceza adaletinin sağlanmasının

---

yargılanmasından veya infazından kaynaklıdır.

<sup>179</sup> Fletcher; Grammar of Criminal Law, s.203

<sup>180</sup> Fletcher; Grammar of Criminal Law, s.203 vd.

<sup>181</sup> Bu durumda alt yapı üst yapı ilişkisi esasında düşünülebilir. Bir savaş ve ticaret imparatorluğu olan Roma'da en kapsamlı şekilde borçlar hukuku gelişmiştir. Borçlar hukukunda geliştirilen kavramlar, ceza hukukuna taşınmış olabilir. İrade, hata, kusur vb.

<sup>182</sup> Johnson/Wolfe/Mark, s.136 vd.

<sup>183</sup> bkz. Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002.

da insancılık artmış, cezaların niteliği tartışılmaya açılmış, cezaların failin kusuruyla orantılı olması aranmış ve insan hayatı korunması gereken bir değer olarak ele alınarak Ortaçağın işkenceyle karışık seyirlik idam cezaları kaldırılmıştır.<sup>184</sup> Örneğin Almanya'da Aydınlanma Çağının sonlarında, hümanist anlayışın etkisiyle bedeni cezalar hürriyeti bağlayıcı cezalarla değiştirilmiştir.<sup>185</sup>

Fakat, Foucault'a göre ceza siyasetindeki bu değişimin nedeni, tek başına Aydınlanmanın siyasi ilkeleri ve dolayısıyla insan onuruna verilen değer olamaz. Çünkü Aydınlanmayla beraber insanın zihninin öne çıkmasıyla, insan bedeni ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır.<sup>186</sup> Aydınlanmayla beraber, hapishaneler yoluyla ve insanın bedeni kullanılarak zihnine etki edilmeye çalışıldığı bir döneme girilmiştir.<sup>187</sup> Foucault, Aydınlanma felsefesinin infaz tekniklerine etkisini açıklamak için simgesel bir örnek de bulmuştur ve bu da Fransız Devrimi ile adını duyuran giyotindir. Deney ve mantığın eseri, matematiksel hesaplamalara ve sabit mekanik araçlara dayanan bir makine olarak giyotin, tek bir darbeye adeta bedene hiç dokunmadan ve de insanın canını hiç acıtmadan hayatına son vermektedir.<sup>188</sup>

Foucault'a göre, Aydınlanmaya kadar, fiilin gözlemlenebilir olması yeterlidir. Yani fiilin gerçekliğinin ortaya koyulması, failin belirlemesi ve faile yaptırım uygulanmasıyla ceza yargılaması tamamlanmaktadır. Ama Aydınlanmayla beraber, failin maneviyatının suçun kurucu bir unsuru haline gelmesi, suç oluşturmanın nedensel sürecin, failin bu süreç içindeki yerinin de belirlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur.<sup>189</sup> Bu sayede, yeni ceza muhakemesi kurumları, sorgulama teknikleri, failin temyiz kudretinin tespiti yöntemleri, adli tıp gibi bilim dallarının doğduğu ileri sürülebilir. Artık diğer bilim dalları ve bu dalların uz-

<sup>184</sup> Milan Zafirovski, *The Enlightenment and Its Effects On Modern Society*, Springer, USA, 2011, s.263

<sup>185</sup> Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2008.

<sup>186</sup> Foucault, s. 39. Gerçekten de, 18.yüzyılın sonlarından itibaren halkın gözü önünde yapılan, kızgın yağ dökülerek, kazığa oturtularak, yakılarak, uzuvlar parçalanarak icra edilen idam cezaları hukuk düzenlerinden kaldırılmıştır.

<sup>187</sup> Bunun yanında cezanın toplumsal bir savunma aracı olarak görülmesi, Aydınlanma döneminde gelişmekte olan bilimsel araştırma teknikleri ve Aydınlanmacıların cezaların meşruluğu üzerine yaptıkları tartışmalar ışığında cezaların niteliğinin değişmesi, ceza biliminin (penology) doğmasına neden olmuştur. (Johnson/Wolfe/Jones, s.135 vd.)

<sup>188</sup> Foucault, s.46

<sup>189</sup> Foucault, s.54

manları da yargılamanın içinde yer almakta, diğer bilim dalları yargılamanın bir parçası olduğu ölçüde ispat hukuku da gelişmektedir.<sup>190</sup>

İnsan aklının kutsallaştırılması ve evrenin mekanik algılanması karşısında, insan duygularının geri plana atılması, insan zihninin ön plana çıkmasıyla ona yapılan müdahalelerin, yani yargılama, cezalandırma ve ıslah tekniklerindeki uzmanlaşmanın, Ortaçağın işkencelelerinden daha ağır bir zihinsel eza verme tehlikesi, bireyin kendi kişiliğinden arındırılarak bireyselliğinin elinden alınması, gibi olasılıklar her zaman vardır. Foucault<sup>191</sup> ve diğer Aydınlanmayı eleştiren post yapısalcı düşünürlerin dikkat çektikleri hususlar<sup>192</sup> karşısında bizce hala Kant'a başvurulabilir. Çünkü Kant'ın düşünceleri, günümüzde, insan hakları kavramına dayanılması, yasaların yapımında ve uygulanmasında, etik bir değer olarak insanın temel alınmasının savunulmasını sağlamıştır.<sup>193</sup>Bu da bizim en büyük umudumuzdur.

<sup>190</sup> Bizce, günümüzde, ceza muhakemesindeki bilirkişilik kurumu bu çerçevede düşünülebilir. Bu bağlamda Foucault, Hapishanenin Doğuşu adlı eserinde, artık yargılamanın aslında perde arkasında hukukçulardan çok teknik uzmanların elinde olduğu eleştirisini getirmektedir.

<sup>191</sup> Foucault da, insanın doğal bir özü olduğu, "insan onuru" gibi liberal demokratik devletlere ait kavramların bütün bir insanlık tarihi göz önüne alındığında son derece yeni ve küçük bir alanı kapladığını ileri sürecektir. Foucault, iktidar ve bilginin karşılıklı olarak suç ortaklığı içinde olduğunu ileri sürer ve Foucault'a göre toplumsal kontrol sistemleri Aydınlanmadan itibaren beşeri bilimlerle birlikte geliştiğini belirtir. (bkz. Gutting; Foucault, Dost Kitabevi, Ankara, 2010)

<sup>192</sup> Lyotard'ın "büyük anlatıların çöküşü" fikri Aydınlanmanın doğrusal ilerleme fikrini kendisini sarsacaktır. Lyotard, Horkheimer'le birlikte yazdığı çalışmasında Aydınlanmanın olguların şüpheli ve eleştirel ele alınması olarak kavranan usun kendi kendini yıkıma uğrattığını ileri sürmüştür. (Bottomore, Frankfurt Okulu ve Eleştirisi, Say Y., İstanbul, 2013, s.22) Gerçekten 2.Dünya Savaşı'nu yaşayan insanoğlu nasıl bir ilerleme sergilemiştir? Aydınlanmanın özgürleşme ve servet yaratımı hayalleri gerçekleşti mi sorusunu sormuştur. Gelişmekte olan ülkeler göz önüne alındığında kısmen cevabını verebiliriz. Diğer bir eleştiri de Derrida'dan gelecektir. Evren akli algılanırken, farklı akıllarla farklı algılanabilir miydi? İşte Derrida bunu sorgulayacaktır. Aynı zamanda aklın ürünü olan bilgiyi taşıyan dil yapılarının kendileri bilgiyi ifade etmek açısından ne kadar güvenilir ve anlaşılabilirlerdir? Aydınlanmayı sorgulayan post modern düşüncenin ceza hukukuna somut ne gibi bir katkısı olabilir? Bizce sadece uygulama ve teorinin eleştirilmesinde ya da yeni cezalandırma ve infaz yollarının bulunmasında katkıları olabilir. Gerçekten de somut olaylar karara bağlanırken her karar bir yorum işi olarak belirli bir siyasal bağlamda gerçekleştiğinden nesnel ve nötr ilkeler aramak yanılsama olacaktır. (Ahmet Türkbağ, İki Soruda Post-Modernizm ve Hukuka Yansımaları, İÜHFİM, 2003, C.LXI. S, 1-2, (175-183),s.182) Günümüz Türkiye'si'nin Balyoz ve Ergenekon adlarıyla anılan vb. tarihi ceza davaları da bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

<sup>193</sup> bkz. İonna Kuçuradi, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, TFK, Ankara, 2007

## V- SONUÇ

“Aydınlanma Akımı Başarılı Oldu Mu ve Devam Ediyor Mu?” sorusunun cevabını aramalıyız ki, Aydınlanma üzerine yapılan tartışmaları somut sonuç ve amaçlara yönlendirebilelim. İster Kant ve Hegel gibi Aydınlanmanın ürünü felsefeciler olsun, isterse de Aydınlanmanın eleştirisini yapan, Foucault, Adorno, Horkheimer gibi post modern akımın düşünürleri, bütün bu düşünürlerin hepsi Aydınlanmanın günümüzde henüz etkinliğini yitirmemiş bir tarihsel çağ olduğu inancıyla yazdılar.<sup>194</sup> Standartlaşma, bürokratik modeller, ticaretin ve finans kapitalin oluşumunu sağladığı küreselleşme, modernleşme, ilerlemeye ve maddi zenginleşmeye duyulan inanç bugün bize hala Aydınlanma ideallerinin ufak değişikliklere uğramış da olsa sürdüğünü göstermektedir.<sup>195</sup>

Günümüz filozoflarından Habermas, Aydınlanmanın yılmaz savunucularından biridir. Çünkü Aydınlanmayla beraber akıl otoriteyi ve metafiziği yenilgiye uğratmıştır ve Aydınlanmanın ideallerine sadık kalınmazsa modernite projesinin çökeceğini ileri sürmektedir. Gerçekten de II. Dünya Savaşı sonrası Doğal Hukuk Okulu tekrar bir canlanma yaşamıştır.<sup>196</sup> Çünkü Tabii Hukuk Okulunun savunduğu ilkelerin olmadığı bir hukuk düzeni, totaliter ve/veya teokratik bir hukuk düzenidir ve daha iyi, farklı bir hukuk düzeni bulunamamıştır.<sup>197</sup>

Günümüzde hala Klasik Ceza Hukuku Okulunun öğretileri önemli bir yer tutmaktadır. Kanunilik ilkesinin yanı sıra, bugün insan hakları kavramını Tabii Hukuk Okuluna borçluyuz. Liberal demokratik devlet düzenlerinin temelinde bugün hala Tabii Hukuk Okulunun ilkeleri yatmaktadır. Ceza Kanunları açısından da aynı durum geçerlidir. Şu an için elimizde daha iyisi olmadığı sürece Aydınlanma felsefesi hem onu savunanların, hem de onu eleştirenlerin önlerini aydınlatmaya devam edecektir.

<sup>194</sup> Outram, s.24.

<sup>195</sup> Outram, s.25

<sup>196</sup> bkz. Hamide Topçuoğlu, 20.Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953.

<sup>197</sup> bkz. Zeki Hafızoğulları, “Hukuk Devleti”, (<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Hukuk%20Devleti.doc>) Erişim Tarihi: 19.12.13, 00.04)



## KAYNAKÇA

- Acar Bülent, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, US-A, Ankara, 2010
- Akipek İlhan, "John Locke'un Siyasi Fikirleri" , (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Akipek.pdf>, Erişim Tarihi: 10.12.2013, 05.24)
- Alacakaptan Uğur, İngiliz Ceza Hukukunda Suçların ve Cezaların Kanuniliği Prensipleri, AÜHF Kriminoloji Enstitüsü Y., Ankara, 1955
- Aristoteles Nikomakhos'a Etik, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2009
- Avinor Shaul, "The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability", Criminal Law Forum, 2004 S.15
- Aydın Devrim, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 15, Nisan, 2011
- Başgül Emin, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı: 2010/4, (s.79-101)
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar, 2.Baskı, Güven Y., İstanbul, 1961
- Boas Maria/Hall Rupert, "Newton's Mechanical Principles", Journal of the History of Ideas, Vol. 20, No. 2 (Apr., 1959), pp. (167-178)
- Braudel Fernand, Hitory of Civilisations, Penguin, England, 1995
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2011
- Crocker Lester, "Interpreting the Enlightenment: A Political Approach", Journal of the History of Ideas, Vol. 46, No. 2 (Apr. - Jun., 1985), (pp. 211-230)
- Decartes Yöntem Üzerine Konuşma, Bulut, İstanbul, 2010
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008
- Doehring Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, Ankara, 2002
- Dolu Osman, 2009, Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinden Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt:11 (4), (s.1-32)
- Dönmezer Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt.1, Beta, İstanbul, 1997
- Dubber Markus, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, Vol. 06, No. 07,2005, (s.1049 -1072)
- Dunning A., "The Political Theories of the German Idealists I", Political Science Quarterly, Vol. XXVIII, N.2, 1991,(pp.193-206)
- Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt1, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974
- Eşitili Aygün Ezgi, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", TBB Dergisi, S.104, Yıl: 2013

- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002
- Fletcher G., "The Fall and Rise of Criminal Theory", Buffalo Criminal Law Review, Vol.1,1997-1998, (s.275-294)
- Fletcher The Grammar of Criminal Law, Volume 1, Oxford U. Press, New York, 2007
- Foucault M., Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3.Baskı, Ankara, 1992.
- Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, Ankara,2003
- Gözler Kemal, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce, Yıl 4, Sayı 15, Kış, 2008, (s. 77-90)
- Güngör Devrim, Fiili Hata, Yetkin, Ankara, 2007
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, İkinci Baskı, AÜHF Y., Ankara, 1987
- Gürkan Ülker, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005
- Hafizoğulları Zeki, "Hukuk Devleti", (<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/Hukuk%20Devleti.doc>)
- Hafizoğulları Zeki, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları", AÜHFD, C.35, S. 4, 1978
- Hafizoğulları Zeki, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", US-A Y., Ankara, 2010
- Hançerlioğlu Orhan, Düşünce Tarihi, Remzi, Ankara, 2002
- Hassamer John, "German Legal Philosophy and The Criminal Law", Tel Aviv University Studies in Law, 1990, (187-194), s.187 (HeinOnline ,<http://heinonline.org>, Fri Nov 8 05:47:03 2013)
- Hegel G.W.F; Tarihte Akıl, Kabaalıcı Yayınevi, İstanbul, 1995
- Hobbes Thomas, Leviathan, YKY, İstanbul, 2005
- Hukuk Devleti: Siyasi Bir İlke, Hukuki Bir İdeal, Ed. Çoban/Canatan/Küçük, Adres Yayınları, Ankara, 2008
- Johnson H./Wolfe N./Mark J., History of Criminal Justice, 4.Edition, Lexis Nexis, USA, 2008, s.135
- Kant E., Pratik Usun Eleştirisi, 5.Baskı, Say Y., İstanbul, 2001
- Kant Immanuel, The Metapysics of Morals, USA, 2003
- Kuçuradi İonna, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, TFK, Ankara, 2007
- Küçüktaşdemir Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012
- Lacey N., "Responsibility and Modernity in Criminal Law", The Journal of Political Philosophy, C.9, S.3, 2001
- Little Stephen, ...izimler, Sanatı Anlamak, Yapı Yayın, 2006, İstanbul
- Mannheim Hermann, Comparative Criminology, Mifflin Company, Great Britain, 1965
- McNeil William; Dünya Tarihi,İmge Y.,2002,Ankara,2002

- Outram Dorinda, *Aydınlanma*, Dost Kitabevi, Ankara, 2007
- Öktem Niyazi/ Türkbağ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2003
- Özen Muharrem, *Objektif Sorumluluk*, US-A Y., Ankara, 1998
- Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Yetkin
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 2012, Ankara
- Rehbinder Manfred, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, Statü-Sözleşme-Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, s.97-98 (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1241/1837.pdf>)
- Silving H., "The Twilight Zone of Positive and Natural Law", *California Law Review*, Vol.43, 1955, (pp.477-513)
- Soyaslan Doğan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2012
- Storck J., "Francis Bacon and Contemporary Philosophical Difficulties", *The Journal Of Philosophy*, Vol. XXVIII, No.7, 1931 (pp.169-186)
- Retornaz Emine Eylem Aksoy, *Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme*, *TBB Dergisi*, 2014, Sayı 112
- Taner Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2003
- Topçuoğlu Hamide, *20.Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, İstiklal Matbaacılık*, Ankara, 1953
- Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Y., Ankara, 2012
- Tosun Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*, Göktaş Matbaası, İstanbul, 1979
- Üzülmez İlhan, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *AÜEFHD*, C. V. S. 1-4, 2001, (s.259-294)
- Von Bar Carl, *History of Continental Criminal Law*, The Law Book Exchange
- Von Bar Carl, *History of Continental Criminal Law*, The Law Book Exchange, USA, 1999
- Williams, David, *The Enlightenment*, Cambridge University Press, UK, 1999
- Wilson Elizabeth, "Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture", *New England Journal on Criminal&Civil Confinement*, Vol. 39, N.1, Winter, 2013
- Yolton J., "Locke On The Law of Nature", *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 4 (Oct., 1958), pp. (477-498)
- Yücel Tören, Mustafa, *Yeni Türk Ceza Siyaseti*, İmge, Ankara, 2011
- Zafirovski Milan, *The Enlightenment and Its Effects On Modern Society*, Springer, USA, 2011

# DEVLETİN JUS COGENS NORMLARA AYKIRI FİİLLERİNDEN DOLAYI HUKUKİ YARGI BAĞIŞIKLIĞI

## STATE IMMUNITY FROM CIVIL PROCEEDINGS FOR VIOLATIONS OF JUS COGENS

Berat Lale AKKUTAY\*

**Özet:** Bu makalede, devletin, *jus cogens* normları ihlal eden *jure imperii* işlemleri bakımından hukuki yargı bağışıklığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, ulusal ve uluslararası çeşitli düzenlemeler ve mahkeme kararları ışığında yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargı bağışıklığı, *jus cogens*, *jure imperii* işlem, *jure gestionis* işlem.

**Abstract:** This article analyses the state immunity with regards to the violations of *jus cogens* norms through *acta jure imperii*. This assessment is based on treaties, domestic regulations and judicial decisions.

**Keywords:** State Immunity, *jus cogens*, *acta jure imperii*, *acta jure gestionis*.

### Giriş

Yargı bağışıklığı bir devletin başka bir devlet üzerinde uluslararası hukukun öngördüğü ölçüde yargı yetkisini kullanamamasını ifade eder.<sup>1</sup> Bağışıklık devletin içeride tam olan yargı yetkisine uluslararası hukukun getirdiği bir kısıtlamadır. Bu sınırlama devletin yargı yetkisine değil bunun kullanılmasına getirilmiştir.<sup>2</sup> Dolayısıyla yabancı devlet bir devletin kanunlarını ihlal ettiğinde bundan sorumludur ancak bu sorumluluk ulusal mahkemeler aracılığıyla yaptırıma bağlanamaz.<sup>3</sup>

\* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, Reşat Volkan Günel (ed.), Beta, 6. Baskı, İstanbul, 2013, s. 565.

<sup>2</sup> Gündüz, 2013, s. 565.

<sup>3</sup> Aslan Gündüz, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 25-26.

Devletin yargı bağısıklığının hukuki temelleri çeşitli görüşler çerçevesinde açıklansa da,<sup>4</sup> günümüzde baskın olan görüş, yargı bağısıklığının devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayandığı ve genel uygulama ile sağlamlaşmış bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğudur.<sup>5</sup> Nitekim 2004 tarihli “Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağısıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin (2004 Sözleşmesi) başlangıç kısmının ilk paragrafında, devletin yargı bağısıklığı uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

Yabancı devlete tanınacak bağısıklığın kapsamının mutlak ya da sınırlı bir bağısıklık olup olmadığı meselesi öğretisi ve uygulamada uzun yıllar tartışılmıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına dek devletin yargı bağısıklığının mutlak olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre uyumsuzluk konusu ne olursa olsun bir devlet, yabancı bir devletin mahkemelerinde kendi rızası olmaksızın yargılanamaz.<sup>7</sup> Buradaki bağısıklık davalının sıfatından, niteliğinden kaynaklanan *ratione personae* bir bağısıklıktır.<sup>8</sup> Ancak bu anlayış, devletin gittikçe artan biçimde yabancı devlet ülkesinde ticari faaliyetlerde bulunmasıyla terk edilmiş, yerini sınırlı bağısıklık doktrinine bırakmıştır. Bu görüş uyarınca; devletin egemenliğine dayalı işlemleri (egemenlik tasarrufları/*acta jure imperii*) ile özel hukuka ilişkin işlemleri (*acta jure gestionis*) arasında bir ayırım yapılmalı, bağısıklık yalnızca *jure imperii* işlemlerle sınırlandırılmalıdır.<sup>9</sup> 1972 tarihli “Devletin Yargı Bağısıklığına İlişkin

<sup>4</sup> Bu görüşleri değerlendiren ayrıntılı bir inceleme için bkz. Gündüz, 1984, s. 45-93.

<sup>5</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy, (Greece Intervening), Judgment, ICJ Reports, 2012, p. 99, para. 56-57. ÜAD kararları için bkz. www.icj-cij.org (Erişim tarihi: 08.06.2014) Bu tespiti teyit eden ulusal ve uluslararası mahkeme kararları, uluslararası sözleşmeler, ulusal düzenlemeler ve öğretinin görüşleri hakkında bkz. Xiaodong Yang, State Immunity in International Law, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, Melbourne, 2013, s. 35, 495-500.

<sup>6</sup> United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Unites Nations General Assembly Resolution, A/RES/59/38. Sözleşme'nin orijinal metni için bkz. <https://treaties.un.org> (Erişim Tarihi: 08.06.2014) Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağısıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin çevirisi için bkz. Gündüz, 2013, s. 567-576. Sözleşme henüz yürürlükte değildir. Türkiye Sözleşme'nin tarafı değildir.

<sup>7</sup> Yang, 2013, s. 7.

<sup>8</sup> Gündüz, 1984, s. 164.

<sup>9</sup> Yabancı devletin egemenliğine dayanarak yaptığı işlemleri diğer işlemlerden ayırt etmek her zaman kolay değildir. Bu konuda başvuru kriterleri hakkında bkz. Gündüz, 1984, 178-191.

Avrupa Konvansiyonu'nda<sup>10</sup> (Avrupa Konvansiyonu) yargı bağımsızlığı konusunda mutlak ve sınırlı bağımsızlık arasında bir uzlaşma söz konusudur.<sup>11</sup> 2004 Sözleşmesi'nde ise mutlak bağımsızlık doktrini, yerini sınırlı bağımsızlık doktrinine bırakmıştır.<sup>12</sup> Ulusal mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda *acta jure imperii-acta jure gestionis* ayrımını *lex fori* çerçevesinde değerlendirirler.<sup>13</sup>

Bununla birlikte son yıllarda doktrinde ve uygulamada, sınırlı yargı bağımsızlığının da sınırlandırılabilirliği konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.<sup>14</sup> Bu görüşler temelini uluslararası hukukta da bir kamu düzeni olduğu varsayımından almaktadır. Bu düzenin koruyucusu *jus cogens* normlardır ve bu normlara aykırı fiiller nedeniyle devlete yargı bağımsızlığı tanınmaz. *Jus cogens* normların ihlali halinde devlet görevlilerine tanınan bağımsızlığın, ceza davaları bakımından kademeli biçimde kalkmasına bağlı olarak,<sup>15</sup> aynı ihlaller nedeniyle açılan hukuk davalarında da yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmamalıdır.

Bu çalışmanın amacı, yargı bağımsızlığı ve *jus cogens* ilişkisi çerçevesinde, devletin, *jus cogens* normları ihlal eden *jure imperii* işlemlerinden dolayı hukuki yargı bağımsızlığını incelemektir. Bu bağlamda, ilk olarak *jus cogens* normların yargı bağımsızlığına göre öncelikle uygulanması gerektiğini iddia eden görüşler değerlendirilmiştir. Çalışmanın devam eden bölümünde ise devlet merkezli yaklaşımlar, başka bir ifadeyle yargı bağımsızlığına ilişkin kuralların *jus cogens* normlara göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunan görüşler ele alınmıştır. Sonuç bölümünde ise her iki görüşe ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır.

<sup>10</sup> European Convention on State Immunity, CETS. No.: 074, 16.05.1972. Metin için bkz. <http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

<sup>11</sup> European Convention on State Immunity, Explanatory Reports, 1972, ETS. No.: 074, Article 15, para. 56. Bkz. <http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

<sup>12</sup> Yang, 2013, s. 12. Yargı bağımsızlığı konusunda Türkiye'nin uygulaması uzun yıllar mutlak bağımsızlık yönünde olmuştur. Bununla birlikte 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun (MÖHUK) 33. maddesi bu uygulamaya bir son vermiştir. İlgili madde uyarınca, yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı bağımsızlığı tanınmaz. Aynı ifade 2007 tarihli yeni MÖHUK'un 49. maddesinde de tekrar edilmiştir. Bkz. Gündüz, 2013, s. 565.

<sup>13</sup> Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, Turhan, 9. Bası, Ankara, 2013, s. 40.

<sup>14</sup> Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta, 20. Bası, İstanbul, 2013, s. 416.

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. Füsün Arsava, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağımsızlığı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, C. 1, S. 8, s. 8.

## I. Jus Cogens Normların İhlali Halinde Yargı Bağısıklığının Uygulanmaması Gerektiği Yönündeki Görüşler

Günümüz uluslararası hukuk öğretisinde, uluslararası barış ve adaletin devamı için tüm uluslararası toplumun menfaatlerinin ihlal edilemez ve vazgeçilemez temel hukuk kuralları çerçevesinde korunabileceği kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle uluslararası hukukta da iç hukuktaki gibi bir kamu düzeni (*ordre public*) vardır.<sup>16</sup>

İç hukukta, emredici ve yedek hukuk kuralları olmak üzere iki tür hukuk kuralından söz edilir. Emredici hukuk kuralları, aksi mukavelelerle düzenlenemeyen hukuk kurallarıdır. Oysa yedek hukuk kuralları, aksi mukavele ile kararlaştırılabilen kurallardır. II. Dünya Savaşının bitimine dek uluslararası hukukta böyle bir ayırım yoktu.<sup>17</sup> Ancak II. Dünya Savaşındaki saldırganlık ve bunun neticesinde meydana gelen vahşet uluslararası hukukta da emredici kurallardan söz edilmesine neden oldu. Bu tür uluslararası hukuk kuralları *jus cogens* normlar olarak adlandırılır ve uluslararası hukukun diğer kurallarından üstün oldukları kabul edilir. Bunlara aykırı uluslararası hukuk kuralı yaratılamaz. Bir örf ve adet hukuku kuralına aykırı bir antlaşma yapılabilir ya da bir antlaşma hükmü, örf ve adet hukukuna aykırı olabilir. Oysa *jus cogens* normlar için böyle bir durum söz konusu olamaz. *Jus cogens* normlar *erga omnes* niteliktedir yani herkese karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla tüm devletler bu kurallara uymak mecburiyetindedir. *Jus cogens* kurallar ilk kez 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 53. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>18</sup> Bu maddeye göre *jus cogens* kurallar, tüm uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş ve kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallardır. Bir *jus cogens* kural ancak aynı nitelikteki bir başka kuralla değiştirilebilir.<sup>19</sup> Aynı Sözleşme'nin 64. maddesi uyarınca da *jus cogens*

<sup>16</sup> Thomas Giegerich, "Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 206.

<sup>17</sup> Gündüz, 2013, s. 29.

<sup>18</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331. Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Serisi için bkz. <https://treaties.un.org> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

<sup>19</sup> Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other rules-The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus*

normlara aykırı antlaşmalar geçersizdir. Sözleşme’de, *jus cogens*in kapsamını belirleyen bir hüküm yoktur.

VAHS’de, *jus cogens* normların, uluslararası hukukun diğer kural-ları ile çatışması durumunda ortaya çıkacak sonuçlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye rastlanmaz. Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, 2001 tarihli “Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nede-niyle Uluslararası Sorumluluğu” nu düzenleyen nihai taslak metninin (2001 tarihli UHK metni) 26. maddesinde, devletlerin *jus cogens* norm-lara aykırı fiil ve ihmallerinin, hukuka uygunluk nedeni olarak değer-lendirilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>20</sup> Metinde, hukuka aykırı fiillerin yalnızca andlaşmalardan kaynaklanacağını belirten sınırlandırıcı bir hüküm yoktur.

Eski Yugoslavya İçin Kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), *Furundzija* Davasında, işkence yasağını değerlendirirken, *jus cogens* normların, uluslararası antlaşmaların ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının hiyerarşik olarak üzerinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu hiyerarşik üstünlüğün en belirgin sonu-cu antlaşmalar, bölgesel, özel veya genel uluslararası örf ve adet hu-kuku kuralları gerekçe gösterilerek *jus cogens* normlara aykırı bir dav-ranısta bulunulamayacağıdır.<sup>21</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *jus cogens* normların varlığını *Armed Activities* Kararında<sup>22</sup> kabul etmiş, soykırım yasağının bir *jus cogens* norm olduğunu ifade etmiştir.<sup>23</sup>

*Jus cogens* normların içeriği tam olarak belirlenebilmiş değildir. 2001 tarihli UHK metninin 40. maddesinde, *jus cogens* aykırı fiille-rin uluslararası sorumluluk doğuracağı belirtilmiş ancak *jus cogens* normların kapsamı açıklanmamıştır. Bununla birlikte Komisyonun

---

Cogens and Obligations Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Bos-ton, 2006, s.29.

<sup>20</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, Article 26. UHK tarafından hazırlanan belgelere ulaşmak için bkz. <http://www.un.org/law/ilc> (Erişim Tarihi: 08. 06. 2014), Yang, 2013, s. 430.

<sup>21</sup> Prosecutor v. Furundzija, ICTY, Case IT-95-17/1, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998, para. 153. EYUCM kararları için bkz. <http://www.icty.org> (Erişim Tarihi: 08. 06. 2014)

<sup>22</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002), Democ-ratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, p. 6.

<sup>23</sup> Yang, 2013, s. 430.



26. maddeye ilişkin yorumunda, saldırı, soykırım, kölelik, ırk ayrımcılığı ve işkence yasağı ile insanlığa karşı suçların yasaklanması ve self-determinasyon hakkı *jus cogens* normlar olarak kabul edilmiştir.<sup>24</sup> UHK'nın yorumlarından anlaşıldığı üzere bu normların kapsamını, esas olarak insan haklarına ilişkin temel kurallar oluşturmaktadır.

Bazı yazarlar ve uygulayıcılar, uluslararası hukuktaki üstün hukuk kurallarının varlığına dayanarak, *jus cogens* normların ihlali halinde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği görüşündedirler. Bu görüşler zımni feragat teorisi, normlar hiyerarşisi teorisi, ülkesellik ilkesi ve menfaatler dengesi yaklaşımı çerçevesinde dört ayrı biçimde gerekçelendirilmektedir.<sup>25</sup>

## 1. Zımni Feragat

Zımni feragat teorisi uyarınca, bir devletin *jus cogens* normları ihlal etmesi, yargı bağışıklığını zımnen ortadan kaldırır.<sup>26</sup> Bu görüşü kabul eden yazarlara göre, ihlal edilmesi kesinlikle yasaklanmış bir kurallar sistemi mevcutsa, bir devletin bu kuralları ihlal eden fiilleri, *jure imperii* işlem olarak kabul edilemez.<sup>27</sup> Devletin bu hareketi egemenliğe dayanan bir işlem olarak kabul edilmediğine göre yargı bağışıklığı ilkesine başvurulamaz. Bu nedenle devletler, bazı kuralları emredici normlar olarak kabul ettiklerinde, bu kuralları ihlalleri halinde, yargı bağışıklığından zımnen feragat ettiklerine de rıza göstermiş olmaktadır.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, Article 26, Commentary, para. 5.

<sup>25</sup> Robert Uerpmann-Wittzack, "Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges", 2013, s. 1-5.

<sup>Bkz.</sup> [http://epub.uni-regensburg.de/28797/1/Uerpmann\\_Immunities\\_2013.pdf](http://epub.uni-regensburg.de/28797/1/Uerpmann_Immunities_2013.pdf) (Erişim Tarihi: 08. 06. 2014 )

<sup>26</sup> Bkz. Adam C. Belsky, Mark Merva and Naomi Roth Arriaza, "Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Preemptory Norms of International Law", *California Law Review*, 1989, Vol. 77, Issue 2, s. 365-415.

<sup>27</sup> İngiliz Lordlar Kamarası yargıçlarının Pinochet Kararındaki, *jus cogens* ihlallerin *acta jure imperii* nitelikte sayılmaması gerektiği biçimindeki değerlendirmeleri dikkat çekicidir. İşkence ve illegal öldürme, devlet başkanlarının görev tanımı içerisinde yer almaz. Bu suçlar egemenlik yetkilerine dayanarak işlenemez aksine egemenlik tasarruflarına ters düşmektedirler. Pinochet Kararındaki değerlendirme cezai bağışıklıkla ilgili olmakla birlikte, bu suçlar nedeniyle uğranılan zararlar bakımından, devletin hukuki yargı bağışıklığının da ortadan kalktığı iddia edilmektedir. Bu konuda bkz. Arsava, 2012, s. 8-9.

<sup>28</sup> Belsky et al., 1989, s. 394.

Yargı bağımsızlığının zımnen ortadan kalktığını savunan yazarlara göre bağımsızlık, tam ve sınırsız biçimde kendisine uygun hareket edilmesi gereken *jus cogens* normlar kategorisinde yer almaz. Devlet yargı bağımsızlığından her zaman vazgeçebilir.<sup>29</sup> Nitekim ABD'nin, yabancı devletin yargı bağımsızlığına ilişkin düzenlemesinin (*Foreign State Immunity Act/ FSIA*) 1605 (a) 1 bölümüne göre, "yabancı bir devlet açıkça veya zımnen yargı bağımsızlığından feragat ederse" ABD mahkemelerinin yargılamasından bağımsız olmayacaktır.<sup>30</sup>

Yunanistan Yüksek Mahkemesi, *Distomo* Davasında, Alman silahlı kuvvetlerinin sivil halkı hedef alan çeşitli fiillerini, insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiş ve bu fiillerin *jus cogens* normları ihlal ettiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu fiiller, *jure imperii* işlem olarak kabul edilemez. Bu nedenle Almanya yargı bağımsızlığından zımnen feragat etmiştir ve Yunan mahkemelerinin yargılama yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>31</sup> Yargıç Wald, ABD'de görülen *Princz/Almanya Davasındaki* muhalif görüşünde, zımni feragat teorisine dayanmış, Almanya'nın *jus cogens* normları ihlal ederek zımnen yargı bağımsızlığından feragat ettiğini ifade etmiştir.<sup>32</sup>

Zımni feragat teorisi çeşitli açılardan eleştiriye muhtaçtır. *Jus cogens* normların ihlali halinde devletin yargı bağımsızlığından feragat ettiğine ve yabancı bir devletin mahkemesinde yargılanmaya rıza gösterdiğine dair bir kabul uluslararası hukukun yapısına aykırıdır. Zira uluslararası uyumsuzlukların çözümünde esas olan devletlerin rızasıdır.<sup>33</sup> Yargı bağımsızlığı, bu teoride iddia edildiğinin aksine, *jus cogens* ihlali ile kendiliğinden ortadan kalkmaz. Nitekim 2004 Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, rızanın uluslararası bir anlaşma ile yazılı bir sözleşme ile veya mahkemede bir bildirim veya özel yazılı bir iletişimle bildi-

<sup>29</sup> Christian Tomuschat, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, Vol. 44, Issue 4, s. 1122.

<sup>30</sup> Metin için bkz. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605> (Erişim Tarihi: 08.06.2014)

<sup>31</sup> Maria Gavouneli; Ilias Bantekas, "Prefectura of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000. Aerios Pagos (Hellenic Supreme Court) May 4, 2000", *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, Issue 1, s. 200.

<sup>32</sup> Mathias Reimann, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, 1994-1995, Vol. 16, Issue 2, s. 415.

<sup>33</sup> Tomuschat, 2011, s. 1123

rilmesi gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu hükmü açıklayan UHK metinlerinde de rızanın açık ve belirlenebilir bir biçimde verilmesi gerektiği, yargı bağışıklığının zımni rıza ile kaldırılamayacağı ifade edilmektedir.<sup>34</sup> *Princz* Davasında, FSIA'nın zımni feragata ilişkin hükümünü yorumlayan ABD Mahkemesi, bunun mümkün olabilmesi için yabancı devletin bir noktada yargılanma sorumluluğunu göstermesi gerektiğini belirtmiş, *jus cogens* normun ihlalinin tek başına zımni feragat için yeterli olmadığını ifade etmiştir.<sup>35</sup> Yunan Mahkemesi, *Distomo* Davasında, zımni feragat teorisine atıfta bulunmuştur ancak yargı yetkisini ülkesellik ilkesine dayandırmıştır.<sup>36</sup> Zira uluslararası hukukta devletin yargı bağışıklığından feragatinin onun açık rızası ile mümkün olacağı yönünde genel bir kabul mevcuttur.

## 2. Uluslararası Hukuk Kurallarının Çatışması ve Normlar Hiyerarşisi

Bu görüş uyarınca *jus cogens* normlarla yargı bağışıklığı ilkesi çatıştığında, bir örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığının yerine hiyerarşik olarak bu kuraldan üstün olan *jus cogens* normlar uygulanmalıdır. O halde egemenlik tasarrufu da olsa bir fiil, bir *jus cogens* normu ihlal ediyorsa, yargı bağışıklığından söz edilemez.

Bay Ferrini, II. Dünya Savaşı'nda, Almanya'nın İtalya'yı işgal ettiği tarihlerde, kendisinin Alman askeri kuvvetlerince, zorla Almanya'ya getirildiği ve zorla çalıştırıldığı iddiasıyla, İtalyan mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, Alman askeri kuvvetlerinin fiillerinin, *jure imperii* işlem olduğunu ve olağan koşullarda yargı bağışıklığından faydalanacağını ifade etmiştir. Ancak Mahkemeye göre zorla çalıştırma yasağı bir *jus cogens* normdur ve *jus cogens* normlar sıradan örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığından üstündür.<sup>37</sup> Mahkemeye göre yargı bağışıklığı, uluslararası hu-

<sup>34</sup> Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 27.

<sup>35</sup> Reimann, 1994-1995, s. 414.

<sup>36</sup> Yang, 2013, s. 429.

<sup>37</sup> Pasquale De Sena; Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, No. 1, s. 93. 89; Lorna McGregor, "State Immunity and Jus Cogens", *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Vol. 55, Issue 2, s. 438

kukun diğer kuralları gibi, sistematik biçimde, aynı hukuk sisteminin diğer ilke ve kuralları ile birlikte değerlendirilmelidir.<sup>38</sup> Uluslararası hukukta tutarlılığı sağlayabilmek için bugüne dek yargı bağımsızlığının istisnaları olarak kabul edilen durum ve düzenlemelere ek olarak yeni istisnalar kabul etmek gerekebilir. Bu nedenle hiyerarşik bakımdan üstün olan *jus cogens* normların yargı bağımsızlığı ilkesine göre öncelikli olarak uygulanması gerekir. Aksi halde tüm uluslararası toplum için gerekli olan değerler korunamaz.<sup>39</sup>

*Jus cogens* normların üstünlüğü nedeniyle yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı biçimindeki görüş çeşitli açılardan eleştirilmektedir. UAD uzun yıllar *jus cogens* terimini kullanmaktan imtina etmiş, bu kavramı dolaylı ve biraz da mesafeli bir biçimde zikretmiştir. Divan bugüne kadar açıkça, doğrudan ve kesin olarak *jus cogens* dayanarak bir yargılama yapmamıştır.<sup>40</sup> Yukarıda ifade edildiği üzere Divan *Armed Activities* Kararında, *jus cogens* kuralların varlığını kabul etmiş ancak bir *jus cogens* norm olan soykırım yasağına ilişkin bir uyuşmazlık dahi olsa bu durumun tek başına Divanın yargı yetkisine temel teşkil edemeyeceğini, Divanın yargılama yapabilmesi için Statü gereğince tarafların rızasına ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir.<sup>41</sup> Divanın uluslararası hukuka ilişkin bu tespiti iç hukuka aktarılacak olursa, ulusal mahkemeler, yargı yetkisini tespit ederken her zaman geleneksel ilkelere, ülkesellik ya da şahsilik gibi, başvurmalıdır.<sup>42</sup> *Ferrini* Davasının detaylı bir analizi, Mahkemenin yargı yetkisini, *Distomo* Davasında olduğu gibi, ülkesellik prensibine dayandığını göstermektedir.<sup>43</sup> *Al Adsani* Kararında, bazı yargıçların karşı görüşlerine ve eleştirilerine rağmen AIHM, cezai yargı bağımsızlığı ve hukuki yargı bağımsızlığını birbirinden ayırarak, davanın açıldığı ülkenin sınırları dışında meydana gelen işkence fiillerinden dolayı uğranılan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı biçiminde bir uluslararası hukuk kuralının henüz

<sup>38</sup> De Sena; De Vittor, 2005, s. 102.

<sup>39</sup>

<sup>40</sup> Kadelbach, 2006, s. 31-32. Divanın *jus cogens* doktrinine yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kadelbach, 2006, s. 32-34.

<sup>41</sup> *Armed Activities*, para. 64, 125.

<sup>42</sup> Yang, 2013, s. 431.

<sup>43</sup> Yang, 2013, s. 429; Andrea Bianchi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, Issue 1, s. 246.

oluşmadığını ifade etmiştir.<sup>44</sup> UAD'nin, Almanya/İtalya Kararında, İtalya'nın bu konudaki argümanına yaklaşımı aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği için burada tekrar edilmeyecektir.<sup>45</sup>

### 3. Ülkesellik İlkesi

*Jus cogens* normların ihlali halinde devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği yönündeki bir başka görüş, çeşitli ulusal hukuk düzenlemeleri ile Avrupa Konvansiyonu ve 2004 Sözleşmesi'nin hükümlerine dayanmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde *acta jure imperii-acta jure gestionis* ayrımı yapılmaksızın, bir devletin ülke sınırları içerisinde meydana gelen ve ölümle, yaralamayla ya da mal varlığına verilen zararlarla sonuçlanan haksız fiillerden dolayı o ülke mahkemelerinde dava açılabilir. Ülkesel haksız fiil ilkesi, ülkesel haksız fiil istisnası ya da ülkesellik istisnası olarak da ifade edilen bu ilke, Almanya/İtalya Davasında İtalya'nın ileri sürdüğü argümanlardan biri olmuştur.

İtalya'ya göre, yargı bağışıklığına ilişkin ülkesel haksız fiil istisnası bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralıdır ve Avrupa Konvansiyonu'nun 11. ve 2004 Sözleşmesi'nin 12. maddeleri de bu duruma işaret eder.<sup>46</sup> Avrupa Konvansiyonu'nun 11. maddesine göre, kişiye ya da mal varlığına verilen zararlar, davanın açıldığı ülkede meydana gelmişse ve bu olaylar meydana geldiğinde failer söz konusu ülkede iseler, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaz. Hemen hemen aynı ifadeler BM Sözleşmesi'nin 12. maddesinde de yer almaktadır. ABD, İngiltere, Güney Afrika, Kanada, Avusturalya, Singapur, İsrail ve Japonya'nın yargı bağışıklığına ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerinde de benzer hükümlere rastlanmaktadır.<sup>47</sup>

*Distomo* Davasında Yunan Mahkemesi, ülkesel haksız fiil istisnasını oldukça kapsamlı bir biçimde değerlendirerek, Almanya'nın Yu-

<sup>44</sup> Süleyman Al Adsani'nin Kuveyt'te işkenceye maruz kaldığı iddiası ile İngiliz mahkemelerinde, Kuveyt'e karşı açtığı davalar, yargı bağışıklığı ilkesi gerekçesi ile reddedilmiş, Al Adsani bunun üzerine adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle, İngiltere'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur. Al Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, ECtHR, 2001, para. 62-66.

AİHM kararları için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int> (08. 06. 2014)

<sup>45</sup> Bkz. *infra*. II. 1. "Maddi Hukuk -Usul Hukuku Ayrımına İlişkin Tartışmalar"

<sup>46</sup> *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 62.

<sup>47</sup> *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 70.

nanistan'daki fiillerinin, *acta jure imperii* ya da *acta jure gestionis* olması önemli olmaksızın, Yunanistan'ın ülkesinde meydana gelen insanlığa karşı suç kapsamında cinayetler olduğunu ifade ederek, Almanya'nın yargı bağışıklığını reddetmiştir.<sup>48</sup> *Ferrini* Davasında da Mahkeme, Almanya'ya ilişkin yargı yetkisini ülkesellik istisnası çerçevesinde oluşturmuştur.<sup>49</sup>

Bununla birlikte ilgili uluslararası düzenlemeler ve devletlerin uygulamaları, silahlı kuvvetlerin fiillerini, ülkesellik ilkesinin kapsamı dışına çıkarmaktadır. *Jus cogens* normların ihlalleri de genellikle silahlı çatışmalar durumunda ve kitlesel biçimlerde görüldüğü için, ülkesellik ilkesinin *jus cogens* normların ihlali bakımından da uygulanabileceğini iddia etmek güçtür. Nitekim UAD, İtalya'nın ülkesellik istisnası iddiasını bu kapsamda incelemiştir. Avrupa Konvansiyonu'nun 31. maddesi uyarınca, yabancı silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı devletin yargı bağışıklığı tamdır.<sup>50</sup> Divan, bu nedenle Avrupa Konvansiyonu'nun 11. maddesinin, İtalya'nın iddialarına dayanak sağlamadığını belirtmiştir. Çeşitli ulusal mahkemeler de, silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı açılan tazminat davalarında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanımaktadır.<sup>51</sup>

2004 Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, yabancı silahlı kuvvetlerin fiilleri bakımından herhangi bir istisnası yoktur. Ancak Divan, UHK'nın ilgili hükme ilişkin yorumuna başvurmuştur. UHK, 12. maddenin silahlı çatışmalar konusunda uygulanmayacağını belirtmektedir.<sup>52</sup> 12. maddede yer alan ölümle ya da yaralanmayla ya da mal varlığına zararlarla sonuçlanan haksız fiiller esas olarak trafik kazalarına ilişkindir. Böylelikle sigorta şirketlerinin yargı bağışıklığı ilkesinden faydalanaarak sorumluluktan kurtulması engellenmek istenmiştir. Ancak 12. madde müessir fiil, mala kasti zarar, kundaklama ve siyasi suikastları da kapsamaktadır.<sup>53</sup> Bu ifade, ABD'de görülen *Letelier/Şili* Davasına açık bir göndermedir. Washington'da uğradığı bir suikast nedeniyle

<sup>48</sup> Gavauneli; Bantekas, 2001, s. 199-200.

<sup>49</sup> Bianchi, 2005, s. 246.

<sup>50</sup> European Convention on State Immunity, Explanatory Reports, Article 31, para. 116

<sup>51</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 62-68.

<sup>52</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 46, para. 10.

<sup>53</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, s. 45, para. 4.

hayatını kaybeden Şili eski Savunma Bakanı Orlando Letelier'in ailesi, ABD Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Şili siyasi suikasta karıştığını reddetmiş ancak bu tür bir fiilin, *jure imperii* işlem olduğunu ve yargı bağışıklığının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>54</sup> Mahkeme, Şili'nin itirazını reddetmiş ve *jure imperii-jure gestionis* işlem ayrımı yapmaksızın, FSIA'nın 1605 (a) (5) bölümü uyarınca, Şili aleyhine tazminata hükmetmiştir.<sup>55</sup> Ancak Letelier olayı

<sup>54</sup> Arsava, 2012, s. 12

<sup>55</sup> Söz konusu hükümdede, yargı bağışıklığının istisnası olarak ülkesel haksız fiil ilkesi düzenlenmektedir. Tomuschat, 2011, s. 1124; Arsava, 2012, s. 11-12. Konuyla doğrudan ilgisi olmamakla birlikte ülkesellik istisnası bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka dava, Türkiye'de görülmüştür. Bu davaya konu teşkil eden olay, davacının ABD vizesi almış olmasına rağmen, New York Havalimanında, vizesinin iptal edildiğinin bildirilmesi ve ülkeyi terkinin istenmesi ve kendisine bu yönde baskı yapılmasıdır. Davacı, Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada, "vizesinin iptal edildiği söylenerek ABD'ye girişinin engellendiğini ve Türkiye'ye dönmek zorunda kaldığını, havalimanında bir an önce dönüş yapması konusunda kendisine baskı uygulandığını, bulduğu ilk uçak bileti ile 4 kez aktarma yaparak yurda döndüğünü, gidiş dönüş biletini değiştiremediği ve yeni bir bilet almak durumunda kaldığını, 2 Ekim 2002 tarihi itibarıyla 1478 Amerikan doları zarara uğradığını ayrıca 140.000.000 TL yurt dışı harcı ve 100 Amerikan doları vize parasının da zarara dahil edilmek gerektiğini ayrıca davacıya vizesinin iptal edildiğini bildirir bütün gece gözlem altında kalacağı yönünde tehdit ile imzalatıldığını, 2 saat gözlem altında ayrı bir bölmede tutularak hürriyetinin tehdit edildiği zanlı ve sanık muamelesi yapıldığı, polisler tarafından zorla uçağa bindirilmeden suçlu gibi fotoğraflarının çekildiği, parmak izinin alındığı maddi zararın yanında manevi olarak çöküntü yaşadığı sonuç olarak 2.739.805.496 TL maddi zararın ve 1 ABD doları karşılığı 1.647.532. TL manevi tazminatın davalılarda tahsilini" talep etmiştir. Mahkeme, dava konusunun vize süresi dolmadan ülkeye alınmama hususu olmayıp davacının gördüğü muamele olduğunu, bu nedenle davalı tarafın yargı bağışıklığından yararlanamayacağını ifade etmiş ve ABD'yi 1 Dolar tazminata mahkum etmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD, E.2006/718,K.2006/1549. Yargıtayın bu kararı, Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2003/158,K.2004/382 sayılı kararının, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilmiştir. İlgili dava metnini aktaran Rona Aybay, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 72, s. 114-116. Kararla ilgili olarak eleştirilen pek çok husus vardır. (Bkz. Aybay, 2007, s. 114-120.) Ancak bu çalışmayla ilgili bakımından birkaç noktaya değinilecektir. Kararda herhangi bir ulusal ya da uluslararası düzenlemeye atıf verilmediği için ABD'ye hangi düzenlemeler çerçevesinde bağışıklık tanınmadığı anlaşılamamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yabancı devletin yargı bağışıklığını düzenleyen özel bir kanunu yoktur. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 33. maddesinde, yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerine dayanan uyuşmazlıklardan dolayı bağışıklık tanınmayacağı ifade edilmektedir. İlgili kararda ABD havalimanındaki görevlilerin fiillerinin, hangi gerekçeyle *jure imperii* işlem sayılmadığı anlaşılamamaktadır. Mahkeme bu fiilleri egemenliğe dayalı işlem olarak kabul etmediği için zımni feragat görüşünü mü benimsemiştir? Yoksa ülkesel haksız

askeri kuvvetlerce işlenen bir fiil olarak kabul edilmemektedir. Kaldı ki ABD'nin yasal düzenlemeleri, ABD askeri kuvvetlerince yabancı ülkelerde işlenen haksız fiiller nedeniyle bu ülkelerde tazminat davası açılmasına izin vermemektedir. Nitekim Irak ya da Afganistan'daki hiçbir mahkemede, ABD askerlerinin insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden dolayı açılan bir dava yoktur.<sup>56</sup>

UAD, bu konudaki değerlendirmesinde, İtalyan ve Yunan mahkeme kararları dışında hiçbir devletin mahkemesinin silahlı kuvvetlerce gerçekleştirilen fiiller bakımından ülkesellik istisnasını uygulamadığını ifade etmiştir. Yunan mahkemelerinde de yalnızca *Distomo Davasında* Almanya'ya yargı bağımsızlığı tanınmamıştır. *Margellos/Almanya Davasında*, Yunanistan Özel Yüksek Mahkemesi, *Distomo* Kararındaki gerekçeleri reddederek, ülkesellik istisnasının silahlı kuvvetlerce işlenen fiillere uygulanamayacağını ve devletin (ilgili davada Almanya'nın) yargı bağımsızlığını etkilemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>57</sup> Ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar, yargı bağımsızlığının, devletin silahlı kuvvetlerince, başka bir devlet ülkesi üzerinde işlenen ve ölüm, yaralama ya da mal varlığına zararlı sonuçlanan fiiller nedeniyle açılan tazminat davalarında da uygulanması gerektiği yönündedir.

---

fiil istisnasına mı başvurmuştur? 1982 tarihli MÖHUK'un 25. maddesinde, haksız fiilden doğan borçların hangi devlet hukukuna tabi olduğu düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Zararın meydana geldiği ülke ile fiilin işlendiği ülke farklı ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Kanunun sistematığı dikkate alındığında 25. maddeyi 33. maddenin istisnası olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira 25. madde, "I. Kısım Milletlerarası Özel Hukuk- II. Bölüm Kanunlar İhtilafı Kuralları" başlığı altında düzenlenmekte ve genel olarak haksız fiilden doğan borçlar bakımından hangi devletin hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. 33. madde ise "II. Kısım Milletlerarası Usul Hukuku- I. Bölüm Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" başlığı altında yer alır ve yabancı devlete tanınan yargı bağımsızlığının kapsamını düzenler. 5718 sayılı ve 2007 tarihli yeni MÖHUK'ta da aynı sistematik öngörülmüş, 25. ve 33. maddelerdeki ifadeler korunarak haksız fiilden doğan borçlar bu kez 34. maddede, yargı bağımsızlığı ise 49. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin, ülkesel haksız fiil istisnasına dayanarak, jure imperii işlemlerinden dolayı, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanımaması mümkün değildir zira Kanun'da bu tür bir istisna düzenlenmemektedir.

<sup>56</sup> Tomuschat, 2011, s. 1126.

<sup>57</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 72-76



#### 4. Menfaatlerin Dengelenmesi

Bu görüş çerçevesinde iki ayrı menfaat, devletin egemenliği ve insan hakları arasında bir denge sağlanmalı ve ulaşılmak istenen amaçla bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında ölçülü bir çözüm bulunmalıdır.<sup>58</sup> AİHM, *jus cogens* norm niteliği taşıyan ve taşımayan insan hakkı ihlalleri iddiaları ile yargı bağışıklığı ilkesinin çatıştığı pek çok davada bu yaklaşımı benimsemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde, mutlak nitelikteki sınırlandırılmaz ve askıya alınamaz haklar dışında hiçbir hak sınırsız değildir. Ancak AİHM, Sözleşme'ye dayanarak yaptığı yorumlarda sınırlandırmaya ilişkin kriterleri tespit etmiştir. Bu konudaki kriter, sınırlandırılacak hakkın özüne dokunulmaksızın, sınırlandırmanın amacının meşruluğu ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ölçülülüktür.<sup>59</sup>

İngiliz Mahkemelerinin, *Al Adsani* ve *Jones* Davalarında, Kuveyt ve Suudi Arabistan lehine verdiği kararların ardından davacılar, bu kez İngiltere'ye karşı AİHM'ye başvurmuş ve AİHS'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. *Al Adsani* Davasında davacı, mahkemeye başvuru hakkının meşru amaç ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılmadığını, İngiliz Mahkemelerinin *Pinochet* Kararında, işkence yasağını *jus cogens* norm olarak kabul ettiklerini ve işkencenin uluslararası bir suç sayıldığını, bu nedenle aynı yasak nedeniyle ceza davalarında yargı bağışıklığı uygulanmazken, hukuk davaları bakımından bu bağışıklığın uygulanmasının herhangi bir makul gerekçesinin olmayacağını ifade etmiştir.<sup>60</sup> Yargıç Loucadies, *Al Adsani* Davasındaki muhalif görüşünde,

<sup>58</sup> Uerpmann-Witzack, 2013, s. 4.

<sup>59</sup> Şeref Gözübüyük; Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2013, s. 145. AİHM'nin meşru amaç-ölçülülük ilkesine ilişkin genel değerlendirmeleri ve yargı bağışıklığı nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla açılan davalarda bu iki ilkeye ilişkin değerlendirmeleriyle ilgili olarak bkz. Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State Immunity", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, Vol. 52, Issue 2, s. 310-313.

<sup>60</sup> *Al Adsani v. United Kingdom*, para. 51. Pinochet Davasında, işkence yasağının *jus cogens* niteliği kabul edilmekle birlikte İngiliz Lordlar Kamarası yargıçları, bu davadaki yargı yetkisini esas olarak işkencenin önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'ne dayandırmışlardır. Sözleşme'nin 5. 6. ve 7. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, taraf devletlere, işkence yasağını ihlal eden bireyleri yargılama yetkisi verilmektedir. Başka bir ifadeyle Mahkeme yargı yetkisini, *jus cogens* normlardan değil, bir andlaşmadan almaktadır. Pinochet Davasında, eski devlet başkanının cezai yargı bağışıklığı ile bu kişinin fiillerinden dolayı devletin hukuki

bireylerin tazminat haklarına ilişkin menfaatlerle, devletin yargı bağımsızlığına ilişkin menfaatleri, başka bir ifadeyle yarışan menfaatleri, dengelenmeden, hukuk davalarında yargı bağımsızlığının uygulanmasını, AİHS'nin 6/1. maddesinin ölçüsüz bir sınırlandırması olarak değerlendirmiştir.<sup>61</sup> Jones Davasında da davacı, Yargıç Loucaides'in bu görüşünü tekrar etmiştir.<sup>62</sup>

Menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımı çerçevesinde yargı bağımsızlığının uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş, Almanya/İtalya Davasında İtalya'nın başvurduğu argümanlardan biridir. Bu görüş temel alınarak, İtalyan mahkemelerinin, Almanya'ya yargı bağımsızlığı tanımadığı zira Almanya'nın fiillerinden dolayı zarar gören kişilerin büyük çoğunluğunun zararlarının diplomatik yollarla ya da uluslararası antlaşmalarla tazmin edilemediği ve İtalyan mahkemelerinin bu konuda başvurulabilecek "nihai merciler" (*last resort*) olduğu ifade edilmiştir.<sup>63</sup> İtalya'ya göre ağır ihlaller, ihlal edilen normların niteliği ve zararların karşılanması için başvurulabilecek alternatif yolların olmayışının kümülatif etkisi, İtalyan mahkemelerinin Almanya'ya yargı bağımsızlığı tanımamasını haklı kılmaktadır.<sup>64</sup> İtalya, *jus cogens* nitelikteki insan hakları ile yargı bağımsızlığına ilişkin menfaatler dengelenirken, yani devletin egemenliği ile bireyin hakları arasında bir tercih yapılırken, bu tercihin, bireyin menfaatinden yana kullanılması gerektiği görüşündedir.

Menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımı çerçevesinde yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı yönündeki yorum UAD tarafından kabul edilmemiştir. İtalya'nın bu kapsamda değerlendirilen nihai merci argümanı, Divan tarafından reddedilmiştir. Divana göre yargı bağımsızlığı, uluslararası hukukça devlete tanınmış bir haktır. Yabancı

---

yargı bağımsızlığının, birbirinden farklı meseleler olduğu vurgulanmıştır. İlgili davada, eski devlet başkanı Pinochet'e, İngiliz mahkemelerince cezai yargı bağımsızlığı tanınmamıştır. Bu konuda bkz. Yang, 2013, s. 429; Andrea Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of Human Rights*, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 243-270; Jurisdiction of the States, para. 87. İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi için bkz. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984, 1465 UNTS 85.

<sup>61</sup> Al-Adsani v. United Kingdom, Dissenting Opinion of Judge Loucaides.

<sup>62</sup> Jones and Others v. The United Kingdom, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, ECtHR, 2014, para. 166-168.

<sup>63</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 98.

<sup>64</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 105.

devletin yargı bağışıklığı davanın esasına girilmeden önce incelenmesi gereken bir husustur. Bu nedenle bağışıklık, mahkemenin çeşitli menfaatleri dengeleyerek yaptığı bir yargılamanın sonucuna bağlı olarak ortaya çıkmaz. Ulusal mahkemenin, bir yandan *jus cogens* nitelikteki normların ihlalini ve buna ilişkin başvuru yollarının olmayışı nedeniyle, kendi yargı yetkisinin mevcudiyetini değerlendirmesi, bir yandan da bağışıklığın korunmasına bağlı menfaatleri ayrı ayrı dengelemesi, yargı bağışıklığının niteliğine aykırı düşmektedir.<sup>65</sup>

AİHM ise meşru amaç ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmelerde, yargı bağışıklığı lehine kararlar vermiştir. Mahkeme, *Al Adsani* ve *Jones* Davalarında, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin meşru amaç ve ölçülülük şartları yerine getirilmek kaydıyla sınırlandırılabilirliğini,<sup>66</sup> yabancı devlete hukuk davalarında tanınan yargı bağışıklığının meşru amacının, devletler arasındaki dostane ilişkileri, bir başka devletin egemenliğine saygı aracılığıyla ve uluslararası hukuka uygun olarak geliştirmek olduğunu ifade etmiştir.<sup>67</sup> AİHM'ye göre AİHS'nin uluslararası hukukun diğer kuralları ile uyum içerisinde yorumlanması gerekmektedir. Yargı bağışıklığı ilkesinin uygulanması, AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz bir sınırlandırması değildir. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının korunmasının esaslı bir parçası olduğu gibi bu hakka ilişkin bazı kısıtlamalar da yabancı devletlere tanınan yargı bağışıklığı hakkının esaslı bir parçasıdır.<sup>68</sup> Mahkeme, *Al Adsani* Kararında, *jus cogens* ihlali dolayısıyla açılan hukuk davalarında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmayacağına ilişkin bir uluslararası hukuk kuralının henüz oluşmadığını belirtmiştir.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 106.

<sup>66</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 52-53; *Jones v. The United Kingdom*, para. 186. *Jus cogens* ihlalleri, yargı bağışıklığı ve adil yargılanma hakkına ilişkin **değerlendirmeler için** ayrıca bkz. *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, Application No.59021/00, ECtHR, 2002-X. *Jus cogens* niteliğinde olmayan insan hakkı ihlalleri bakımından yargı bağışıklığı ve adil yargılanma ilişkisi konusundaki değerlendirmeler için bkz. *Fogarty v. The United Kingdom*, Application No.37112/97, Judgment, ECtHR, 2001; *McElhinney v. Ireland*, Application No. 31253/96, Judgment, ECtHR, 2001.

<sup>67</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 54; *Jones v. United Kingdom*, para. 186-198.

<sup>68</sup> *Al Adsani v. United Kingdom*, para. 55-56; *Jones v. United Kingdom*, para. 189.

<sup>69</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, para. 66. Bu tespit *Kalogeropoulou* Davasında da

## II. Yargı Bağışıklığının *Jus Cogens* Normlara Göre Öncelikle Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Yargı bağışıklığının *jus cogens* normlara göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunan görüş uyarınca, *jus cogens* normlar, devletin egemen hak ve yetkilerini sınırlandırır ancak egemenliğin bir sonucu olarak bu tür normların ortaya çıkışı devletin rızasına bağlıdır.<sup>70</sup> Bu nedenle sınırlı sayıda uluslararası hukuk kuralı *jus cogensin* kapsamında yer alır ve bu normların ihlalinin hukuki sonuçları hakkında bir uzlaşma yoktur.<sup>71</sup> Nitekim 2004 Sözleşmesi'ni hazırlamak üzere UHK tarafından oluşturulan çalışma grubu, *jus cogens* normların ihlali halinde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınıp tanınmaması meselesi ile Sözleşme arasında bir ilişki olmadığını belirtmiştir.<sup>72</sup> Sözleşme'de bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Çalışmaların tamamlandığı tarih olan 1999'dan günümüze dek, *jus cogens*-yargı bağışıklığı ilişkisinin değerlendirildiği davaların büyük çoğunluğunda, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmıştır.<sup>73</sup>

Bu görüşü savunanlar, *jus cogens* normların varlığını ve bu normların diğer uluslararası hukuk kurallarından üstünlüğünü kabul etmekle birlikte, bu üstünlük, maddi hukuk-usul hukuku ve ulusal hukuk-uluslararası hukuk çerçevesinde farklı biçimlerde değerlendirilmektedir.

### 1. Maddi Hukuk-Usul Hukuku Ayrımına İlişkin Tartışmalar

Yargı bağışıklığının *jus cogens* normlardan üstünlüğüne ilişkin en önemli tartışma, bu kuralların ait olduğu hukuk alanı ile ilgili olarak yapılmaktadır. *Jus cogens* normlar maddi hukuk kurallarıdır. Oysa yargı bağışıklığı usul hukukuna ilişkin bir kuraldır.<sup>74</sup> Dolayısıyla *jus cogens* normların diğer maddi uluslararası hukuk kurallarından ü-

---

tekrar edilmiştir. Bkz. Kalogeropoulou v. Greece and Germany.

<sup>70</sup> Giegerich, 2006, s. 206.

<sup>71</sup> Giegerich, 2006, s. 206.

<sup>72</sup> Mcgregor, 2006, s. 437.

<sup>73</sup> Mcgregor, 2006, s. 438.

<sup>74</sup> Uluslararası hukukta maddi hukuk-usul hukuku ayırımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Stefan Talmon, "Jus Cogens After Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished", *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25, Issue 4, s. 979-1002.

tünlüğü kabul edilse dahi bu normların aynı zamanda usul hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarından üstün olup olmadığı tartışmalıdır. Yargı bağışıklığı, ulusal mahkemeler tarafından uygulanan bir usul kuralıdır. Bu nedenle *jus cogens* normların kapsamındaki maddi hukuk kuralları ile çatışması mümkün değildir. Zira mahkeme esasa girerek maddi hukuk kurallarına ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, davayı yargı bağışıklığı gerekçesi ile reddetmekte ve uyuşmazlığın çözümünü bir başka yöntemle (uluslararası yargı ya da yargı dışı çözüm yollarına) kaydırmaktadır.<sup>75</sup>

UAD, Almanya/İtalya Davasında, *jus cogens*-yargı bağışıklığı ilişkisini maddi hukuk-usul hukuku ayrımı temelinde incelemiştir. Divana göre, işgal edilen topraklarda sivillerin öldürülmesi ve sivillerin ve savaş esirlerinin zorla çalıştırılmak üzere yerlerinin değiştirilmesi yasağının, başka bir ifadeyle silahlı çatışmalar hukukunun ihlal edilen normlarının, *jus cogens* normlar olduğu farz edilse dahi, bu normlarla yargı bağışıklığına ilişkin kurallar arasında herhangi bir çatışma yoktur. Zira yargı bağışıklığı usule ilişkin bir kuraldır. Ulusal mahkemelelerin, yabancı bir devletin tarafı olduğu bir uyuşmazlık hakkında yargı yetkilerini kullanıp kullanmayacaklarına ilişkindir. Davanın açılmasına neden olan fiilin hukuki ya da hukuk dışı olup olmasının bu kurallarla herhangi bir ilgisi yoktur. Bu nedenle yabancı devlete uluslararası örf ve adet hukuku kuralları çerçevesinde yargı bağışıklığının tanınması, *jus cogens* normun ihlaliyle yaratılan duruma hukukilik tanındığı anlamına gelmez.<sup>76</sup>

Divana göre *jus cogens* normlar, kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan kurallardır. Yargı yetkisinin kapsamını ve ne zaman uygulanacağını belirleyen kurallar, *jus cogens* statüsüne sahip maddi hukuka ilişkin bu kuralları ihlal etmez. *Jus cogens* normlar da, yargı bağışıklığının uygulanmasını engellemez ya da bu kuralları değiştirmez.<sup>77</sup> Divan, *Arrest Warrant* Kararında da *jus cogens* normların ihlalinin, bir devletin yargı bağışıklığını etkilemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>78</sup> Divan aynı doğrultudaki ulusal mahkeme kararlarına atıf verdik-

<sup>75</sup> Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, s. 151.

<sup>76</sup> *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 93

<sup>77</sup> *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 95.

<sup>78</sup> *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 95.

ten sonra, *jus cogens* normların ihlali iddiasıyla açılan davalarda dahi, bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olan yargı bağışıklığının uygulanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>79</sup>

*Jus cogens* normları maddi hukuk ve yargı bağışıklığına ilişkin kuralları usul hukuku kuralları biçiminde kategorize ederek bu hukuk kuralları arasında bir çatışma olamayacağını iddia etmek çok şekilci bir yaklaşımdır ve uluslararası hukukta bireyin korunmasına yönelik kural ve uygulamalardan uzaktır.<sup>80</sup> Bu görüşün temsilcileri, *jus cogens* normların uluslararası hukuktaki varlığını ve üstünlüğünü kabul etmektedir. Bu durumda *jus cogens* normların uluslararası kamu düzeninin belirlenmesindeki rolü de kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta, ulusal hukuklardaki gibi dikey bir normlar sistemi yoktur. Bununla birlikte en azından, kendilerine aykırı davranılması mümkün olmayan *jus cogens* normların, kendileri dışında kalan diğer tüm uluslararası maddi ve usul hukuku kurallarından üstün olması gerekir.<sup>81</sup>

## 2. Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk Ayrımına İlişkin Tartışmalar

Yargı bağışıklığı ve *jus cogens* normların çatışması durumunda yargı bağışıklığının uygulanması gerektiğini iddia eden bir diğer görüş ise devletlerin ulusal düzenlemelerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Bu yaklaşım esas olarak ulusal mahkemeler tarafından geliştirilmiştir. Bu mahkemeler, ulusal mevzuatlarda, yargı bağışıklığına ilişkin bir *jus cogens* istisnasının olup olmadığını tespit etmektedir.

Ontario Temyiz Mahkemesi, İran'da işkence gördüğü gerekçesiyle, bu devlete karşı Kanada'da dava açan Bay Bouzari'nin, Kanada huku-

<sup>79</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 96-97.

<sup>80</sup> Riccardo Pavoni, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations" in Erika De Wet and Jure Vidmar eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 75.

<sup>81</sup> Uluslararası hukukta normla hiyerarşisine ilişkin değerlendirmeler için Bkz. Jure Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System", in Erika De Wet and Jure Vidmar eds., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-14, 41; Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol. 100, Issue 2, s. 291-323.

ku ve uluslararası hukuk çerçevesindeki iddialarını değerlendirmiştir. Mahkeme, Kanada'nın yargı bağısıklığına ilişkin 1985 tarihli ulusal hukuk düzenlemesindeki istisnaların hiçbirinin, söz konusu uyuşmazlık bakımından uygulanamayacağını ifade etmiştir.<sup>82</sup> Mahkeme, Kanada'nın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri gereğince *jus cogens* normlarla bağlı olduğunu ancak bu kurallarla Kanada hukuku çatıştığında, ulusal hukuk kurallarının uygulanacağını ifade etmiştir.<sup>83</sup> Mahkemeye göre bir *jus cogens* norm olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan işkence yasağının kapsamında, bunların ihlali halinde tazminatın mümkün olduğuna ilişkin herhangi bir örf ve adet hukuku kuralı bulunmamaktadır. Aksine bu tür durumlarda yargı bağısıklığının tanınması bir örf ve adet hukuku kuralıdır.<sup>84</sup> Kanada *jus cogens* normları ulusal hukuk düzeninin üzerinde kabul etmemiştir.

Benzer bir değerlendirme, Süleyman Al-Adsani'nin Kuveyt'te maruz kaldığı işkence nedeniyle bu devlete karşı, İngiltere'de açtığı tazminat davasında, İngiliz Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Mahkeme, söz konusu fiilin temel bir insan hakkı ihlali olduğunu, bir suç teşkil ettiğini ve tazmin edilmesi gereken bir haksız fiil olduğunu ifade etmiş ancak yargı bağısıklığına ilişkin ulusal hukuk düzenlemesinde bu tür fiillerin bağısıklığa istisna teşkil etmediğini ifade ederek Kuveyt'i yargılamamıştır.<sup>85</sup>

Ulusal hukuk-uluslararası hukuk ayrımı temelinde yargı bağısıklığına üstünlük tanınması, düalist yaklaşımın göstergesidir. Bu noktada ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri dikkate değerdir. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun üstün normları olarak kabul edilmekte ancak ulusal hukuk düzenlemelerinin üzerinde kabul edilmemektedir. Bununla birlikte bu görüşü benimseyen Kanada Mahkemesi, yukarıda da açıklandığı üzere, *Bouzari* Davasında, bir *jus cogens* normun kapsamında bir örf ve adet hukuku kuralı ile teyidi beklenen bir kural aramıştır.<sup>86</sup> Görüldüğü üzere Mahkeme, görüşünü, yalnızca

<sup>82</sup> Bouzari v. Iran, 2004 CanLII 871 (ON CA), para. 43-59. <http://www.canlii.org> (Erişim Tarihi:08.06.2014)

<sup>83</sup> Bouzari v. Iran, para. 65-68.

<sup>84</sup> Bouzari v. Iran, para. 87-90.

<sup>85</sup> McGregor, 2006, s. 442.

<sup>86</sup> Bouzari v. Iran, para. 87-90.

ulusal-uluslararası hukuk ilişkileri yaklaşımı çerçevesinde değil aynı zamanda uluslararası hukuktaki kurallar sistemi içerisinde de kuvvetlendirmeye çalışmıştır. Mahkeme, İşkencenin Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi'ne taraf olmaktan kaynaklanan yükümlülüğü çerçevesinde bir başka değerlendirme daha yapmıştır. Davacı, ilgili Sözleşme'nin 14. maddesi<sup>87</sup> uyarınca, kendisi lehine tazminata hükmedilmesi gerektiğini iddia etmiş, Mahkeme ise söz konusu maddede açıkça bir ülkesel yetki sınırlandırmasının olmamasının Kanada'ya ülkesi dışında meydana gelen işkence fiilleri nedeniyle yargılama yapma yetkisi vermediğini ifade etmiştir.<sup>88</sup> Ancak Kanada Mahkemesinin bu yorumu İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi tarafından eleştirilmiş ve 14. maddede ülkesel yetki kısıtlamasının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.<sup>89</sup> Komitenin kararları bağlayıcı olmasa da İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi çerçevesinde, Sözleşme'yi uygulamak ve yorumlamakla görevlendirilmiş uluslararası bir organ olması nedeniyle yorumunun, Kanada mahkemelerinin yorumundan daha geçerli bir yorum olduğuna şüphe yoktur.<sup>90</sup> Bununla birlikte benzer bir konuda yine aynı devletin mahkemelerinde daha sonraki bir tarihte açılan bir başka dava olan *Hashemi* Davasında, Kanada mahkemelerinin yaklaşımı, *Bouzari* Davasındaki yaklaşımlardan farklı olmamıştır.<sup>91</sup>

### Değerlendirme ve Sonuç

Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında, *jure imperii* işlemlerin, *jus cogens* normları ihlali halinde, yabancı devlete hukuki yargı bağımsızlığı tanınması gerektiği yönünde genel bir kabul vardır.

<sup>87</sup> 1. Her taraf devlet kendi hukuk sistemi çerçevesinde işkence fiili mağdurunun zararının karşılanmasını ve mümkün olan rehabilitasyon imkanları dahil uygulanabilir, adil ve yeterli bir tazminat hakkına sahip olmasını temin edecektir. İşkence fiili sonucu mağdurun ölmesi halinde bakmakla yükümlü olduğu kişiler tazminat almaya yetkili olacaktırlar.

<sup>2</sup>. Bu madde, mağdurun veya diğer kişilerin milli kanuna göre mevcut olabilecek tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir

<sup>88</sup> Bouzari v. Iran, para. 69-81.

<sup>89</sup> McGregor, 2006. s. 443.

Alexander Orakhelashvili, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong?", *European Journal of International Law*, 2008, Vol. 18, No. 5, s. 962.

<sup>90</sup> Orakhelashvili, 2008, s. 963.

<sup>91</sup> Islamic Republic of Iran c. Hashemi, 2012 QCCA 1449 (CanLII), para. 56-60.

<sup>B</sup>kz. <http://www.canlii.org/> (Erişim Tarihi:08.06.2014)



Bununla birlikte Avrupa Konvansiyonu'nun 11., 2004 Sözleşmesi'nin 12. maddeleri ve bazı devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerinde yer alan ülkesellik ilkesi kapsamında, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmayabilir. Ancak *jus cogens* normların ihlali, esas olarak savaş durumunda ortaya çıkmaktadır. Ülkesellik ilkesi ise silahlı çatışmalar sırasında yabancı devletin silahlı kuvvetlerinin neden olduğu haksız fiiller bakımından uygulanmaz. Bir *jus cogens* norm olan işkence yasasına gelince, İşkence Sözleşmesi'nin 14. maddesi uyarınca, Komitenin bu maddeye ilişkin yorumları doğrultusunda, taraf devletler kendi ülke sınırları içerisinde işlenmemiş dahi olsa işkence fiilleri nedeniyle açılan tazminat davalarında yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınamalıdır. Ancak devletlerin 14. maddeye ilişkin uygulamaları aksi yöndedir.

*Jus Cogens* normların ihlali halinde, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği görüşünün temelinde, uluslararası hukukun devlet merkezli yapısını değiştirme çabaları vardır. Bu yapıyı değiştirebilmenin yolu ise uluslararası hukukta emredici kuralların varlığını kabul ederek bir *ordre public* kurmaktan geçmektedir. Uluslararası hukukun devletin rızasına dayanan yapısı nedeniyle, özellikle II. Dünya Savaşı sırasında meydana gelen ağır insancıl hukuk ihlalleri, bu savaştan sonra yaratılan *jus cogens* teorisinin hem doktrin hem de uygulayıcılar tarafından kabul edilmesine neden olmuştur.

Uluslararası hukukta, *jus cogens* normların varlığı kabul edilmektedir. Ancak temel mesele bu normların kapsamıyla ilgilidir. *Jus cogens* normların neler olduğu konusunda tam bir kesinlik olmadığı ve kavramın genişliği ve belirsizliği nedeniyle, ihlal edilen bir uluslararası hukuk kuralının *jus cogens* bir norm olduğu iddia edilerek her durumda yargı bağışıklığının kaldırılması gündeme gelebilir.

*Acta jure imperii ve acta jure gestionis* kesin bir tanımı olmadığı gibi *acta jure imperii* söz konusu olduğunda yargı bağışıklığının hangi hallerde kaldırılabileceği konusunda bir uzlaşma yoktur. Bu nedenle *jure imperii* işlemlerin, *jus cogensi* ihlal etmesi durumunda yargı bağışıklığının tanınmaması büyük belirsizliklere yol açar.<sup>92</sup> Davalı devletler, yabancı mahkemelerdeki yargılamalara genellikle katılmamaktadır.

<sup>92</sup> Giegerich, 2006, s. 207.

Bu nedenle mahkeme somut olaya ilişkin gerçekleri belirleyememekte, esasa ilişkin incelemeleri ve hukuki değerlendirmeleri eksik kalmaktadır. Buna ek olarak davacılar, mahkemelerce lehlerine verilen kararları nadiren uygulatabilmektedirler. Ancak ihlali gerçekleştirenin zayıf devlet olması halinde, güçlü devletler mağduru temsilen harekete geçerek kararları uygulatabilirler. Bu durum da yargı bağımsızlığına getirilen *jus cogens* istisnasının, uluslararası hukukta hukukun üstünlüğüne mi yoksa güçlü devletlerin menfaatine mi hizmet edeceği sorusunu gündeme getirmektedir.<sup>93</sup>

Değinilmesi gereken bir diğer husus da ulusal hukuk mahkemelerinin, *jus cogens* ihlalleri değerlendirme konusundaki yeterliliğidir. Zira içeriği son derece tartışmalı olan ve uluslararası kamu hukukuna ilişkin bir kavramın, ulusal hukuk mahkemelerince değerlendirilmesi ve bir devletin *jure imperii* işlemini bu normlara aykırılık nedeniyle yargılaması, yalnızca uluslararası ilişkilerin zarar görmesine neden olmaz, aynı zamanda birbiriyle çatışan ya da örtüşen yargı yetkisi iddialarına neden olur ki bu durum da yargısal bir kargaşa yaratır.<sup>94</sup>

Uygulamayla ilgili bir başka sorun geniş kitleleri etkileyen *jus cogens* ihlallerinde ortaya çıkar. Özellikle savaş suçları ve insancıl hukuk ihlallerinde, tazminat taleplerinin özelleştirilmesi ve bireyselleştirilmesi, başka bir ifadeyle savaş sırasında zarara uğrayan tüm bireylerin, ulusal mahkemelerde dava açarak, zararlarının tamamının ödenmesini talep etmesi çözümsüzlüğe neden olur.<sup>95</sup> Silahlı çatışmalar çatışan tarafların tümüne büyük zararlar verir. Ancak devletlerin savaştan sonra da varlığını devam ettirebilmesi için ödenecek tazminatların miktarında bir denge gözetilir. Devletler arası düzeyde toplu tazminatlarla, çatışmalardan doğrudan etkilenen bireylere ödenecek tazminatlar dengelenir.<sup>96</sup> Nitekim *Natonievski/Almanya Davasında Polonya Yüksek Mahkemesi*, savaş nedeniyle ortaya çıkan mülkiyet iddialarının, devletler arasında, barış antlaşmaları ile çözüldüğünü, savaştan sonra ve devletler arasındaki ilişkiler normalleştikten sonra, çok sayıda bireyin açtığı davalar yüzünden bu ilişkilerin zarar görebileceğini

<sup>93</sup> Giegerich, 2006, s. 208.

<sup>94</sup> Giegerich, 2006, s. 208.

<sup>95</sup> Tomuschat, 2011, s. 1121.

<sup>96</sup> Tomuschat, 2011, s. 1121. *Arsava*, 2012, s. 15-17.

ifade etmiştir.<sup>97</sup> Mahkeme, uluslararası ve ulusal hukukta insan hakkı ihlalleri bakımından yargı bağışıklığının sınırlandırılması konusunda bir eğilim oluştuğunu ancak bu uygulamanın hiçbir biçimde evrensel düzeyde olmadığını belirtmiştir.<sup>98</sup> Almanya/İtalya Kararında, UAD, benzer bir görüşü tekrar etmiş ve savaş zararları bakımından uluslararası hukuktaki yüz yıllık uygulamaya göre barış antlaşmalarının neredeyse tamamında, tazminatların ödenmeyeceği yönünde hükümler bulunduğunu ya da tek seferlik ödemeler veya mahsuplar ihtiva eden düzenlemeler yer aldığını, bu nedenle uluslararası hukukta, her mağdura ayrı ayrı ve zararın tamamını karşılayan bir tazminat ödenmesi yönünde kendisine aykırı hareket edilmesi mümkün olmayan bir kural oluştuğunu ifade etmenin çok zor olduğunu belirtmiştir.<sup>99</sup>

Uluslararası hukukta, *jus cogens* normların varlığı kabul ediliyorsa, bu normların ihlali nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilebilmesi gerekir. Ulusal ve uluslararası mahkemeler, bu normların varlığını kabul etmekte ve kimi zaman kapsamına ilişkin tespitlerde bulunmaktadır. Bu mahkemelerin, davalı devletlere ısrarla yargı bağışıklığı tanımlarının temelinde, *jus cogens* normlarla çatışan diğer uluslararası hukuk kurallarını uygulamama ya da geçersiz kılma yetkilerinin olmaması yatar. Dolayısıyla *jus cogens* aykırı kuralı tespit ve iptal edecek ve kararları ulusal ve uluslararası tüm mahkemeleri bağlayacak bir üst mahkemeye ihtiyaç vardır. Son yıllarda bu konuda çeşitli tartışmalar yapılmaktadır ancak uygulamaya geçirilebilmiş herhangi bir mekanizma yoktur.<sup>100</sup> Güncel uluslararası hukuk uygulamasında, *jus cogens* ihlali nedeniyle meydana gelen zararlar, devletler arası düzeyde, diplomatik yöntemlerle tazmin edilebilir.

<sup>97</sup> Jones v. United Kingdom, para.144

<sup>98</sup> Jones v. United Kingdom, para.145.

<sup>99</sup> Jurisdictional Immunities of the State, para. 94.

<sup>100</sup> UHK'nın uluslararası hukukta parçalanma konusundaki çalışmasında yargı kuruluşları arasındaki hiyerarşi meselesinin çalışmaların dışında tutulduğu ifade edilmiştir. Bkz. Report of the International Law Commission, Fifty-fourth Session (2002) General Assembly Official Records, A/57/10, para. 505.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar/Makaleler

- Arsava Füsün, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, C. 1, S. 8, s. 1-20.
- Aybay Rona, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 72, s. 109-120.
- Belsky Adam C., Merva Mark and Arriaza Naomi Roth, "Implied Waiver under FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Preemptory Norms of International Law", *California Law Review*, 1989, Vol. 77, Issue 2, s. 365-415.
- Bianchi Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, Issue 1, s. 242-248.
- Bianchi Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of Human Rights*, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 237-277.
- De Sena Pasquale, De Vittor Francesca, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, No. 1, s. 89-112.
- Fox Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008.
- Gavouneli Maria; Bantekas Ilias, "Prefectura of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000. Aegios Pagos (Hellenic Supreme Court) May 4, 2000", *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, Issue 1, s. 198-204.
- Giegerich Thomas, "Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 203-237.
- Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, Ankara, 2013.
- Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, Reşat Volkan Günel (ed.), Beta, 6. Baskı, İstanbul, 2013.
- Gündüz Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.
- Kadelbach Stefan, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other rules-The Identification of Fundamental Norms", in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, s. 21-40.
- Mcgregor Lorna, "State Immunity and Jus Cogens", *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, Vol. 55, Issue 2, s. 437-446.
- Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta, 20. Bası, İstanbul, 2013.
- Orakhelashvili Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong?", *European Journal of International Law*, 2008, Vol. 18, No. 5, s. 955-970.

- Pavoni Riccardo, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations" in Erika De Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 71-113.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Turhan, 9. Bası, Ankara, 2013.
- Reimann Mathias, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, 1994-1995, Vol. 16, Issue 2, s. 403-432.
- Shelton Dinah, "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol. 100, Issue 2, s. 291-323.
- Talmon Stefan "Jus Cogens After *Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*", *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25, Issue 4, s. 979-1002.
- Tomuschat Christian, "The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, Vol. 44, Issue 4, s. 1105-1140.
- Uerpman-Witzack Robert, "Serious Human Rights Violations as Potential Exceptions to Immunity: Conceptual Challenges", 2013.
- Vidmar Jure , "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System", in Erika De Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-41.
- Voyiakis Emmanuel, "Access to Court v. State Immunity", *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, Vol. 52, Issue 2, 2003, s. 297-332.
- Yang Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge/ New York, Melbourne, 2013.

### Yargı Kararları

- Jones and Others v. The United Kingdom, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, Judgment, ECtHR, 2014.
- Jurisdictional Immunities of the State, *Germany v. Italy, (Greece Intervening)*, Judgment, ICJ Reports, 2012, p. 99.
- Islamic Republic of Iran c. Hashemi, 2012 QCCA 1449 (CanLII).
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002), Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2006, p. 6.
- Yargıtay 4. HD, E.2006/718, K.2006/1549.
- Bouzari v. Iran, 2004 CanLII 871 (ON CA).
- Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi, E.2003/158, K.2004/382.
- Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany, Application No.59021/00, ECtHR, 2002-X.
- Al Adsani v. United Kingdom, Application No. 35763/97, ECtHR, 2001.

Fogarty v. United Kingdom, Application No.37112/97, Judgment, ECtHR, 2001.  
McElhinney v. Ireland, Application No. 31253/96, Judgment, ECtHR, 2001.  
Prosecutor v. Furundzija, ICTY, Case IT-95-17/1, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998.

### **Uluslararası Belgeler**

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 1155 UNTS 331.  
European Convention on State Immunity, CETS. No.: 074, 16.05.1972.  
Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984, 1465 UNTS 85.  
Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two.  
Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two.  
Report of the International Law Commission, Fifty-fourth Session (2002) General Assembly Official Records, A/57/10.  
United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, United Nations General Assembly Resolution, A/RES/59/38, 2004.

### **İnternet Kaynakları**

UAD Kararları için bkz. [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)  
Avrupa Konvansiyonu için bkz. <http://conventions.coe.int>  
BM Andlaşmalar Serisi için bkz. <https://treaties.un.org>  
UHK Belgeleri için bkz. <http://www.un.org/law/ilc>  
EYUCM Kararları için bkz. <http://www.icty.org>  
FSIA metni için bkz. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605>  
Kanada Mahkemelerinin Kararları için bkz. <http://www.canlii.org>  
Robert Uerpman-Witzack'ın makalesi için bkz. [http://epub.uniregensburg.de/28797/1/Uerpman\\_Immunities\\_2013.pdf](http://epub.uniregensburg.de/28797/1/Uerpman_Immunities_2013.pdf)



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## Bilgi - Belge Merkezi



***Güvenilir ve doğru bilginin adresi***

# ULUSLARARASI ANTLAŞMALARINI DENETLEME MEKANİZMALARINI- GRETA VE AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSERİ KARŞILAŞTIRMALI İNCELEMESİ

CONTROL MECHANISMS OF INTERNATIONAL TREATIES:  
A COMPARATIVE ANALYSIS ON GRETA  
AND COMMISSIONER OF HUMAN RIGHTS

Esra KATIMAN\*

**Özet:** Uluslararası denetim mekanizmalarından olup da yargısal denetim dışında kalan “GRETA” ve “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri”nin yapısal yönlerden karşılaştırmalı incelemesi bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Böylelikle yargısal denetim sayılmayan bu kontrol yollarının uluslararası yargı denetimi ile olan ilişkileri ve bu denetim üzerindeki çeşitli mevcut veya ihtimali etkileri sırasıyla ortaya konmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** GRETA, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, yargısal denetim, uluslararası denetim, İnsan Ticaretine Karşı Mücadele Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *amicus curiae*, davaya müdahale, sivil toplum örgütleri.

**Abstract:** Subject of this article is a comparative analysis of two international non-judicial control mechanisms, “GRETA” and “European Council Commissioner of Human Rights”. In this context, we will try to demonstrate the relationship of these non-judicial control mechanisms with international judicial controls, and their various existing and potential effects on these judicial controls.

**Keywords:** GRETA, European Council Commissionaire of Human Rights, judicial control, international control mechanism, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, European Court of Human Rights, *amicus curiae*, intervention in proceedings, NGO.

\* Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi, Rektör Danışmanı; İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Öğretim Görevlisi; Avukat, İzmir Barosu.



## Uluslararası Andlaşmaları Denetleme Mekanizmaları- GRETA ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Karşılaştırmalı İncelemesi

Uluslararası antlaşmalara Taraf Devletlerin saygı göstermesi zorunluluğu bir uluslararası genel hukuk prensibi ve teamül hukuku kuralı olan *ahde vefa* kuralının, *pacta sunt servanda*, bir sonucudur. Ancak uygulama göstermiştir ki, bu genel prensip uluslararası antlaşmaların uygulama sorunlarını çözmeye yetmemektedir. Nitekim, özellikle son yirmi yılda, gittikçe genel nitelikten, *les generalis*, özel niteliğe, *lex specialis*, doğru zenginleşmekte olan uluslararası antlaşmalar, ulusal hukuk düzenlemelerine dair belirgin hükümler öngörebilmekte, hatta belirli iç hukuk kontrol mercileri yaratmakta, bu kurumların görev ve sorumluluk alanlarını da belirleyebilmektedir. Bu nedenle, uluslararası antlaşmalara uygunluk denetiminin önemi daha da artmaktadır.

Genel olarak, yargısal ve yargısal olmayan denetim olarak ikiye ayrılan uluslararası antlaşmaların denetim mekanizmaları, son yıllarda, özellikle, ikinci kategoride yer alanlar yönünden önemli gelişmeler göstermektedir. Yapısal ve işlevsel olarak, yargısal denetimin kendi klasik özelliklerini korumakta olduğu (uluslararası yargı organları eliyle) ancak buna karşılık yargısal olmayan antlaşmaları izleme ve denetim mekanizmalarının gittikçe artarak çeşitlilik gösterdiği ve yaygınlaştığı fark edilmektedir. Bu makale içinde, yargısal denetim dışında olan iki denetim mekanizması GRETA<sup>1</sup> ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yapısal yönlerden karşılaştırmalı olarak incelenecek (A) ve aynı zamanda yargısal denetim dışı kalan bu kontrol yollarının değişik etkileri, yargısal denetimle olan ilişkileri boyutu da ele alınarak (B) ortaya konmaya çalışılacaktır.

### A. GRETA ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri oluşumlarının yapısal farklılıkları

İşlevsel olarak aynı amaca sahip görünseler de farklılıkları özellikle yapılarında ayırt edilir(1). Buna karşılık, denetimin işleyiş sürecinde de farklılıklar vardır (2): özellikle politik yönün ağırlık kazandığı Komiserlik örneğinde olduğu gibi “çoklu iletişim” bir yöntem olarak

<sup>1</sup> İnsan Ticaretine karşı mücadele üzerine Uzman Grup, “Groupe d’experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA)”.

öne çıksa da, resmiyet ve usul, örneğin GRETA'nın uyguladığı denetim sürecinde, ana kuraldır.

## 1. Kuruluş kaynağı yönünden

### a-) İnsan Hakları Komiseri

İnsan Hakları Komiseri ("Komiser"), Avrupa Konseyi'ne Üye Devletlerin Devlet ve Hükümet Başkanları düzeyindeki ikinci zirvesindeki görüşmelerde (10 et 11 Ekim 1997) kurulmasına karar verilen ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (99) 50 sayılı Kararı'yla görev sınırları belirlenmiş olan bir Avrupa Konseyi kurumudur.

Görevi, insan hakları alanında,

- İnsan haklarına etkin saygıyı sağlamak;
- Devletlere Avrupa Konseyi normlarını ulusal planda gerçekleştirmek için yardım etmek;
- İnsan hakları konusundaki eğitimlere yardımcı olmak, insan hakları konusunda duyarlılıkları geliştirmek;
- Uygulamada ve yasada mevcut insan hakları alanındaki yetersizlikleri saptamak ;
- İnsan hakları alanından sorumlu diğer kurum ve kuruluşların çalışmalarını kolaylaştırmak;
- Bölgesel düzeyde insan haklarının korunması konusunda bilgi alışverişinde bulunmak, öneriler sunmak olan İnsan Hakları Komiseri, görüldüğü üzere, özellikle insan hakları üzerine eğitim alanında birçok rol üstlenmiş olan bir kuruluştur.

Görev kapsamından da anlaşılacağı gibi, Komisere, diyalogun öne çıktığı bir çalışma çerçevesi belirlenmiştir. Bünyesinde idari bir personelin bulunduğu, bir kısmının hukukçu olduğu bir Büro ile birlikte çalışan İnsan Hakları Komiseri, uluslararası bir yargıç olmamakla birlikte, çalışmalarında tamamen bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Komiser, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin önerdiği kişiler arasından Bakanlar Kurulu'nun oluşturduğu üç kişilik bir liste üzerinden Parlamento Meclisi tarafından 6 yıllık bir görev süresi için seçilir<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (99) 50 sayılı, Avrupa Konseyi İnsan

## b-) GRETA

Buna karşın GRETA, İnsan Ticaretine Karşı Mücadele Üzerine Avrupa Konseyi Sözleşmesi<sup>3</sup> ile kurulmuştur. Sözleşmenin izleme mekanizmasına ayrılan VII bölümünde, Sözleşmenin kontrolünün insan hakları alanında uzman bir grup tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Her ne kadar bu kurulun seçilme/atanma prosedürlerine ilişkin kurallar, yine Bakanlar Komitesi tarafından saptanmış olsa da<sup>4</sup>, oluşumun kaynağı doğrudan sözleşmenin kendisidir.

Sözleşme'nin 36. maddesi gereği, en az 10 en çok 15 kişiden oluşacak İnsan Ticaretine Karşı Mücadele Üzerine Uzman Grubu (GRETA), anılan sözleşmenin taraf devletler tarafından hayata geçirilmesini ve uygulanmasını denetlemekle görevlendirilmiştir. Kadın ve erkek üye sayısında sayısal bir dengenin gözetildiği, coğrafik yönden eşit dağılımın üye seçiminde dikkate alındığı, çok disiplinli alanlarda uzman olan kişilerden oluşan grupta her üye, bağımsızlık ve tarafsızlığın bir

<sup>3</sup> Hakları Komiseri üzerine 7 Mayıs 1999 tarihli (104. Oturum) kararının 9. maddesi. Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et son rapport explicatif (Varsovie, 16.V.2005), Série des Traités du Conseil de l'Europe - No. 197. Türkiye'nin 19 Mart 2009 tarihinde imzaladığı ve halen onaylamadığı, Taraf olan Devletler yönünden 1 Şubat 2008'den beri yürürlükte olan İnsan Ticaretine karşı mücadele Avrupa Konseyi Sözleşmesine göre : " « traite des êtres humains » désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes (...) ". İnsan ticareti tanımının ulusal hukukta karşılığı, TCK 80. maddesi'nde bulunmaktadır : "Madde 80- (1) (Değişik: 6/12/2006 - 5560/3 md.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş 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 çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suç oluşturulan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir".

<sup>4</sup> Résolution CM/Res(2008)7 relative aux règles pour la procédure d'élection des membres du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA).

gereği olarak, vatandaşı olduğu devlete bağlı olarak değil, kişisel olarak yer alır. Grubu oluşturan uzmanlar, insan hakları alanında, insan ticareti ile mücadele alanında, insan ticareti mağdurlarının korunması ve yardım edilmesi alanlarındaki çalışma ve yetkinlikleriyle tanınmış kişilerdir. Üyeler, Taraf Devletin sunduğu, gerekli kriterleri sağlayan iki kişilik bir isim listesi üzerine, Taraf Devletler Komitesi tarafından seçilir. Taraf Devletler Komitesi sözleşmenin politik yönü ağır basan bir organı olup sözleşmenin denetim ve uygulanmasından da sorumludur. Uzman üyelerin toplam görev süreleri 4 yıl olup bu süre bir kereye mahsus uzatılabilir.

## 2- Denetim işleyişi yönünden

### a-) GRETA

Sözleşme'nin denetimi, GRETA tarafından, evrelere bölünmüş dönemsel değerlendirme raporları üzerinden yapılmaktadır. Her dönem başında hangi hükümlerin izleme prosedürüne tabi olacağını GRETA bağımsız bir biçimde belirler. Değerlendirme prosedüründe kullanacağı araçları da yine kendi belirler. Taraflara yöneltilen soru listeleri, açıklama yazıları talebi vb. kullandığı yöntemlerden bir kaçıdır. GRETA, ayıca, sivil toplum kuruluşlarının ulusal düzeydeki gözlem, inceleme ve raporlarından da yararlanır.

İlk dönem izleme süreci 2013 yılı itibarıyla sona ermiştir. Şu ana kadar 23 ülke hakkında izleme raporlarını tamamlamış olan GRETA ayrıca üç adet de Sözleşme üzerine ve faaliyetleri hakkında Genel Görüş raporu vermiştir<sup>5</sup>. GRETA ilk dönem izleme raporlarını oluşturabilmek için Üye Devletlere, iç hukuklarındaki düzenlemelerinin Sözleşme ile uyumunu saptayabilmek ve insan ticareti ile ilgili mücadelede mevcut uygulamayı görebilmek bakımından toplam elli beş (55) soruluk bir soru listesi göndermiş ve Taraf Devletlerden, bu soruların yanıtlanmalarını talep etmiştir<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Bkz:[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/General\\_reports\\_fr.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/General_reports_fr.asp#TopOfPage)

<sup>6</sup> Greta(2010)1 rev3, Questionnaire pour l'évaluation de la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par les Parties, Premier cycle d'évaluation, adopté par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) le 1er février 2010. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/GRETA\\_2010\\_1\\_rev3\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/GRETA_2010_1_rev3_fr.pdf) (

GRETA kesin raporlarını yayınlamadan önce bir tasarı rapor hazırlar ve ilgili Devletin dikkat ve görüşüne sunar. Ülke raporları, Taraf Devlet görüşü istenmeden yayınlanmaz. Bu raporları takiben vermiş olduğu Tavsiye Kararları ise, daha sonra, yine GRETA tarafından inceleme ve denetlemeye alınır. Doğrudan doğruya devlet temsilcileri ile yürütülen yuvarlak masa toplantılarıyla, izleme raporlarında tespit edilen sözleşmeye aykırılıkları giderebilmenin yolları araştırılır, devletlerin uygulamada karşılaştıkları güçlükler çözüm bulma odaklı tartışılır.

### **b-) İnsan Hakları Komiseri**

Şu an üçüncü Komiserin görevde olduğu birim<sup>7</sup>, ülkeler hakkındaki genel ziyaret raporlarını 2008'de tamamlamıştır. Bu nedenle Komiser, son yıllarda, yapacağı ziyaretleri olabildiğince belirli alanlarla sınırlamakta, yayım süresini kısaltan daha kısa raporlarla etkin bir izleme yöntemine ağırlık vermektedir.

İnsan Hakları Komiseri genel olarak raporlarını ülke ayrımı esasına göre oluşturur. Komiserin, ilgili ülkelerde yapmış olduğu ziyaret, gözlem ve temasları sonucunda elde ettiği bilgiler, dokümantasyon ağırlıklı olarak topladığı bilgiler, tanık beyanları, raporlarının genel olarak değerlendirme çerçevesini oluşturur. Raporlar, somut olaylara ilişkindir ve yorum içermezler. Komiser tamamlamış olduğu ziyaretlerden sonra yayınladığı raporları ile bir durum değerlendirmesi yapar, geçmişte yaptığı saptamalarla halihazır durumu karşılaştırır, insan hakları alanındaki eksikleri belirler ve yapmış olduğu tüm değerlendirmelerinde insan hakları hukuku genel prensiplerini dikkate alır<sup>8</sup>.

Komiserin ayrıca tematik olan raporları da bulunmaktadır. Komiserin bu güne kadar "Tema" olarak seçtiği konular arasında: bir ülkeyi terk etme hakkı; engelli kişilerin bağımsız olma ve toplum yaşamı içi-

24 Aralık 2013)

<sup>7</sup> Şu an görevde bulunan Komiser, Niļs Muižnieks'tir (Letonya ), 2012-... Hatırlatmak gerekirse, önceki Komiserler: Álvaro Gil-Robles (İspanya, 1999-2006); Thomas Hammarberg idi (İsveç, 2006-2012).

<sup>8</sup> Rapport de visite du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe - 6 septembre 2011 : « Human rights situation in the North Caucasus Federal District (Kabardino-Balkaria, North Ossetia-Alania, the Chechen Republic and Ingushetia) » (en anglais uniquement).

ne katılabilme hakkı; psikososyal ve entelektüel zayıflığı olan kişilerin hukuki yeterlilik hakları; Eski Yugoslavya bölgesinde savaş sonrası uzlaşma ve adalet; çocuk ve evlat edinme; Avrupa' da göçün suça dönüşümü ve insan hakları yönünden etkileri; küçükler ve hukuk; cinsel kimlik ve insan hakları; terörle mücadele ve özel hayata saygı hakkı; barınma hakkı; engelli olma ve insan hakları; küçükler ve fiziksel cezalar, sayılabilir. Bu raporlarla, özellikle, belirli konularda hangi temel prensiplerin, kuralların teoriye ve pratiğe yön vermesi gerektiği ele alınır. Bu nedenle, bu metinler, gerek yasaların hazırlanması gerek yasaların uygulama ve denetim süreçleri içinde, yasa koyucu ve uygulayıcılar yönünden, yol gösterici özelliklere sahiptir.

## **B. İzleme mekanizmalarının, *monitoring*, yargısal denetime katkıları**

Yargısal olmayan denetim organlarının yargısal kontrol mekanizmalarına değişik düzeyde etkileri bulunmaktadır. Kimi açılardan, bu mekanizmalar uluslararası yargı üzerinde doğrudan etki yaratıcı güce sahip olurken (1), kimi yönlerden, yargısal kontrole yaptıkları katkı, daha çok, dolaylı bir şekilde gerçekleşmektedir (2).

### **1. Doğrudan katılım yoluyla: İnsan Hakları Komiseri'nin 3 kişi sıfatıyla AİHM önündeki müdahalesi (*amicus curiae*)**

AİHS'nin 36 maddesi gereği, 14. Protokolün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2010'den beri, İnsan Hakları Komiserinin, AİHM önündeki davalara katılımı mümkündür. Komiserin yargılamaya müdahalesi imkanı, iki durumda gerçekleşir : Mahkeme Başkanının talebi veya Komiserin kendi inisiyatifiyle.

14. Protokol ile birlikte getirilen bu değişiklik sürecinde, Komiserin kendi inisiyatifi ile davaya katılımı, ilk kez, Romanya'da engelli bir kişiye yapılan ve yaşam hakkını ihlal edici ağırlıktaki iş ve eylemleri konu alan ve şu an Büyük Daire önünde bulunan, *The Centre for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* (Requête n° 47848/08, le 18 octobre 2011) davası dahilinde olmuştur. Mahkeme'nin İnsan Hakları Komiserini yazılı görüş sunmaya davet ettiği ve ayrıca duruşmada da dinlediği, mülteci sıfatı talep eden bir kişinin iade edil-

mesine dair prosedürle ilgili olan *M.S.S./Belçika Yunanistan* davası (n° 30696/09) da, 36 madde uygulamasına örnek olarak gösterilebilir<sup>9</sup>.

Avrupa Birliği mevzuatında yer alan ve “Dublin Yönetmeliği” olarak bilinen, Avrupa Birliği içinde sığınmacıların iadesi prosedürü konusundaki *düzenlemelerle ilgili olarak*, Hollanda ve Yunanistan’a karşı *yöneltilen* 14 başvuruda da AİHM, Komiseri davaya müdahale etmeye çağırmıştır<sup>10</sup>. *Mamasakhlisi/ Gürcistan ve Rusya* (n° 29999/04) başvurusunda ise, başvuru kişinin kişisel durumu konusunda bilgisi olan Komisere bizzat konu ile ilgili Mahkeme tarafından sorular sorulmuştur<sup>11</sup>.

*Üçüncü kişilerin davaya müdahalesi* AİHM uygulamalarında yeni bir durum değildir. Davaya katılım, daha önceden de kullanılmış bir usuli bir uygulamadır. Özellikle insan hakları alanında çalışan dernek ve/veya vakıfların aktif müdahalelerinin AİHM’nin içtihatlarının gelişimine sağladıkları katkı, tartışılmaz bir durumdur. Üçüncü kişi *müdahalesine örnek olarak, İspanya’ya karşı yöneltilen ve AİHS 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlalinin konu olduğu, Nijeryalı bir kişiye yapılan kötü muamele iddialarının değerlendirildiği başvuru* gösterilebilir. Londra’da faaliyet gösteren AIRE (*Advice on Individual Rights in Europe*) adlı sivil toplum kuruluşunun, sözü geçen başvuruya, cinsiyet, ırk ve sosyal konum nedenlerinin ayrımcılık nedeni olarak bir arada değerlendirilmek suretiyle ihlalin tanınması konusundaki *müdahalesi örnek verilebilir*<sup>12</sup>. Yine aynı şekilde Roman vatandaşlarının AİHM önündeki başvurularında, sivil toplum kuruluşlarının başvuruların oluşturulmasından değerlendirilmelerine kadar yayılan geniş sürece yapmış oldukları katkı bilinmektedir<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> AİHM, *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, n° 30696/09).

<sup>10</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2010)9

<sup>11</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2007)18.

<sup>12</sup> B.S./İspanya, n°47159/08, 24 Temmuz 2012.

<sup>13</sup> Interights et Human Rights Watch gibi STÖ’nin müdahalelerini içeren başvurulara örnek: Bkz. Örneğin, D.H. ve diğerleri/ Çek Cumhuriyeti, no. 57325/00, 13.11.2007.

*İç Tüzüğü'nün 44/3. a)* maddesi<sup>14</sup> ile 44/2 maddelerinin<sup>15</sup> karşılaştırmalı incelemesi, davaya müdahale yönünden diğer ilgililere kıyasla, Komiserin üstün konumunu net biçimde vermektedir. Komiser dışındaki ilgililer yönünden Mahkeme Başkanının inisiyatifine bırakılan müdahale imkanı, Komiser yönünden ise bir hak olarak düzenlenmiştir.

İnsan Hakları Komiserinin davalara müdahale konusundaki bu rolü Sözleşme sistemi içinde insan haklarının etkin bir biçimde korunması amacına ulaşma konusunda oldukça önemlidir ve zaman içinde, bu rolü daha da etkin bir duruma gelebilir. Genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulamasında söz konusu olan *actio popularis* yasağının etkilerini kısmen de olsa azaltabilir.

Diğer yandan Parlamenterler Meclisi'nin İnsan Hakları Komiserinin çalışmalarını konu ettiği 1581 (2007)1 sayılı tavsiye kararı<sup>16</sup> ile, Komiserin yetkisinin AİHM'nin verdiği kararların takibini de kapsar şekilde genişletilmesi yönündeki bir görüşünün bulunduğu ancak şu an için bu niyetin etkin bir sonuç getirmediği de ayrıca not edilmelidir. Kararların icrasında halen asli rol Bakanlar Komitesi'ne aittir. Yine aynı kararda geçen, Komiserin AİHM önündeki davalarda katılımı yönünde temel kriterlerin belirlenmesi çalışmalarının yapılması tavsiyesinde de henüz somut olarak yol alınmadığı hatırlanmalıdır.

## 2- Dolaylı etki

Yargısal olmayan bu denetim modelleri, bir yandan görüş ve tavsiye sunma yoluyla devletler ve dolayısıyla da mahkeme uygulamaları üzerinde (a), diğer yandan da, uluslararası hukuk kaynağı olma nite-

<sup>14</sup> İç Tüzüğü'nün 44/3. a) maddesi şu düzenlemeyi içermektedir: " Une fois la requête portée à la connaissance de la Partie contractante défenderesse (...) le président de la chambre peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, comme le prévoit l'article 36 § 2 de la Convention, inviter ou autoriser toute Partie contractante non partie à la procédure, ou toute personne intéressée autre que le requérant, à soumettre des observations écrites ou, dans des circonstances exceptionnelles, à prendre part à l'audience"

<sup>15</sup> 44/2 maddesi ise: "Si le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe souhaite exercer le droit que lui reconnaît l'article 36 § 3 de la Convention de présenter des observations écrites ou de prendre part à une audience".

<sup>16</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1581 (2007)1 sayılı tavsiye kararı, " Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe - Bilan et perspectives", 5 Ekim 2007.



likleri nedeniyle, uluslararası yargı kararları üzerinde yargısal denetim dolaylı olarak etki potansiyeline sahiptir (b).

### a- Rapor, görüş, tavsiye sunma yoluyla

İnsan Hakları Komiserinin görüş ve tavsiyelerde bulunması kendisine yüklenen görevin doğal olan bir sonucudur. Komiserin görüş ve tavsiyeleri genel nitelikli olabileceği gibi, sadece bir devlet ile ilgili de olabilir. Genel olarak temel haklarla bağlantılı olabilir ancak AİHS de açıkça yer almayan bir hakkın temel olma özelliğine ilişkin de olabilir, barınma hakkı ile ilgili tavsiye kararında olduğu gibi<sup>17</sup>.

Görüş ve tavsiye kararları, sadece ulusal mevzuat ile de sınırlı olabilir<sup>18</sup>. Slovakya' da kadınların zorla kısırlaştırılması iddialarıyla ilgili konuda verdiği tavsiye kararı gibi. Yine aynı şekilde, Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu hakkındaki gözaltı ve tutuklama prosedürleri içinde korunması gerekli haklara ilişkin verdiği tavsiye kararı da ulusal çerçeve ile sınırlıdır<sup>19</sup>.

Diğer yandan, Komiser, bir başka uluslararası kurum, kuruluş ya da mahkemeye görüş de sunabilir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 11 Nisan 2008 tarihli yazılı talebine karşı sunduğu görüş, bu çerçevede verilmiştir<sup>20</sup>. Bu görüşünde Komiser, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gereğince, ceza ve tutukevi idaresinin tutuklu ve hükümlülerin aile hayatını devam ettirebilmelerini sağlayacak tedbirleri almasının gerektiğini, ailelerin bir ya da iki gün bir arada olmalarını sağlayacak ceza ve tutukevi içinde otel odasına benzer aile ünitelerinin kurulması (*Fransa ile ilgili raporundan*), ziyaretlerdeki mahremiyetin korunmasına (*Birleşik Krallık ile ilgili Raporundan*), ceza ve tutukevlerinin tutuklu ve hükümlülerin yakınlarının ziyaretlerine elverişli mesafede olmalarının gerekliliğine dair (*Danimarka ile ilgili Raporundan*) görüşlerde bulunmuştur.

GRETA ise, dönemsel izleme raporları dışında ayrıca faaliyetlerine dönük olarak genel çalışma raporları sunmaktadır. Şu an için üçüncü-

<sup>17</sup> Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2009)5 / 30 June 2009.

<sup>18</sup> Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri , CommDH(2003)12 / 17 October 2003

<sup>19</sup> Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2002)17 / 30 May 2002

<sup>20</sup> Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2008)15 / 16 June 2008.

sünü sunduğu bu raporlarda, yapmış olduğu denetleme faaliyetlerini özetlemenin yanı sıra, Sözleşmenin etkin biçimde uygulanabilmesi için önemli gördüğü konulara öncelik vermekte, saptadığı durumların altını çizmektedir. Örneğin, insan ticareti ile mücadelede, talep ile mücadeleye önem verilmesi, bazı kişi gruplarının insan ticareti mağduru olmaları konusunda yapılacak çalışmaların nitelik ve niceliğinin tespiti gibi. Aynı şekilde bu raporlar önleyici tedbirler anlamında da bazı pistler vermektedir: sayısal, istatistiksel bilgi toplama, gerekli araç ve gereç kaynağı ayırma, izleme ve denetleme sonuçlarını düzenli takip etme önerilen yöntemler arasındadır.

### **b-Görüş ve raporların uluslararası hukuk kaynağı olma niteliği**

Uluslararası niteliği olan bu kuruluşların raporlarının zaman zaman asli, zaman zaman da yardımcı hukuk kaynağı olarak değerlendirilebileceği, bu yönleriyle de uluslararası mahkemelerin kararlarını etkileyebilecekleri söylenebilir.

Bu etki, asli kaynak etkisi yönünden özellikle karşılaştırmalı hukuka yer veren raporlar aracılığıyla olabilir. Zira bu raporlar, belirli bir şekilde davranmanın hukuken zorunluluk teşkil ettiği inancıyla tekrar edilen ve sürekliliği olan kuralların oluşturduğu teamül hukuku kurallarının ortaya çıkarılmasına yardımcı olmaktadır. Örneğin, Komiserin, çocuklara uygulanan fiziksel cezalarla ilgili raporunda, Avrupa ülkeleri içindeki mevzuat incelemeye tabi tutulmuş ve bu raporda karşılaştırmalı hukuka yer verilmiştir. Gerek yasal, gerek uygulama yönünden devletlerin davranış ve tutumlarının tespitine imkân veren bu tür raporlar uluslararası hukuk kaynakları arasında yer alacak özelliktedir<sup>21</sup>. Bu nitelikleri ile yargısal denetime katkılarının altı çizilmelidir.

Bu rapor, görüş ve tavsiyeler nihayetinde yardımcı kaynak olarak AİHM'nin Sözleşmede yer alan hakları değerlendirirken Sözleşmeyi yorumlamasında da kullanılabilir. Bu uygulama, hukuken ve fiilen

<sup>21</sup> CommDH/IssuePaper(2006)1REV, Version mise à jour - Janvier 2008, Les enfants et les châtements corporels: « Le droit à l'intégrité physique, aussi un droit de l'enfant »

mevcuttur, içtihatlarda da açık biçimde gözükmektedir. Bu nedenle, Sözleşmenin en az içtihadı içerir 4. maddesinin ileride GRETA'nın raporlarının desteği ile yorumlanacağını söylemek yanlış olmaz. Şu an için, Mahkeme bu dönemsel raporlara atıf yapmamış olsa da bu yöndeki uygulama, Mahkeme'nin, uzun zamandır kullandığı bir değerlendirme yöntemidir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, yargısal denetimin sınırlı gücü uluslararası hukukta daha da belirgin olduğundan politik çözümlerin ağır bastığı bu kontrol mekanizmaları işlevsel olmaya devam etmektedirler. Pozitif hukuk, bu gerekliliğin farkında olan uluslararası topluluğun yargı dışı kontrol düzenlemelerinin etkinliğine dönük çalışmalarını gittikçe daha fazla kapsar hale gelmeye başlamıştır. Bugüne kadar sürdürülen yargı dışı denetim çalışmaları, sivil toplum hareketleri ve çalışmalarının özellikle sorunların tespiti aşamalarında kilit rol oynadığını göstermiştir. Yargısal denetimin yetersiz kaldığı bazı belirgin sorunlara çözüm platformu oluşturacak uluslararası kuruluşlara, uluslararası hukukun demokratikleşmesinin bir adımı olarak, sivil toplum temsilcilerinin dâhil edilmesi, modern uluslararası hukukun dönüşüm evresi olarak anılacaktır.

### KAYNAKÇA

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (99) 50 sayılı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri üzerine, 7 Mayıs 1999 tarihli (104. Oturum) kararı.  
İnsan Ticaretine Karşı Mücadele Avrupa Konseyi Sözleşmesi, (Varşova, 16.V.2005),  
Série des Traités du Conseil de l'Europe - No. 197.

### AVRUPA KONSEYİ KARARLARI

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1581 (2007)1 sayılı tavsiye kararı, "Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe - Bilan et perspectives", 5 Ekim 2007.

## AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSERİ

### a. Konu İçerikli Raporları

- Le Commissaire - CommDH/IssuePaper(2013)1 / 20 November 2013, Ülkeyi Terketme Hakkı Üzerine.
- Le droit des personnes handicapées à l'autonomie de vie et à l'inclusion dans la société, [CommDH/IssuePaper(2012)3], Engelli Kişilerin Bağımsız Yaşayabilme ve Toplum İçine Dahil Olabilme Hakkı Üzerine.
- Le droit à la capacité juridique des personnes ayant des déficiences intellectuelles et psychosociales [CommDH/IssuePaper(2012)2], Entelektüel ve Psikososyal Yönlerden Güçlük İçinde Olan Kişilerin Fiil Ehliyetine Sahip Olma Hakkı Üzerine.
- Justice et réconciliation d'après-guerre dans la région de l'ex-Yougoslavie [CommDH/IssuePaper(2012)1], Savaş Sonrası Eski-Yugoslavya Bölgesinde Adalet Et Toplumsal Barışın Yeniden İnşası Hakkında.
- Adoption and children: a human rights perspective [CommDH/IssuePaper(2011)2] (en anglais), Evlat Edinme Hakkında.
- La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ? [CommDH/IssuePaper(2010)1], Sığınma ve Suç Üstüne.
- Droits de l'homme et identité de genre [CommDH/IssuePaper(2009)2], Cinsel Yönelim ve İnsan Hakları Üstüne
- Les enfants et la justice des mineurs : pistes d'améliorations [CommDH/IssuePaper(2009)1], Çocuk Yargılaması Üzerine.
- Lutte contre le terrorisme et protection du droit au respect de la vie privée [CommDH/IssuePaper(2008)3], Terör ve Özel Hayata Saygı Hakkı Üzerine
- Droits de l'homme et handicap : l'égalité des droits pour tous [CommDH/IssuePaper(2008)2], Eşitlik Üzerine.
- Le droit au logement : le devoir de veiller à un logement pour tous [CommDH/IssuePaper(2008)1], Barınma Hakkı Üzerine.
- Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière en Europe [CommDH/IssuePaper(2007)1], Yasal Oturum Hakkı Bulunmayan Avrupa'da Bulunan Yabancılar Üzerine.
- Les enfants et les châtiments corporels : « le droit à l'intégrité physique aussi un droit de l'enfant », [CommDH/IssuePaper(2006)1rev], Çocuklara Uygulanan Fiziksel Cezalar Üzerine.

### b. Komiserin Katılımının Sözkonusu Olduğu AİHM Önündeki Başvurular

The Centre for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie (Requête n° 47848/08).

M.S.S. c. Belgique et Grèce (Requête n° 30696/09)

14 requêtes concernant les Pays-Bas et la Grèce, [CommDH(2010)9]

Mamasakhlisi c. Géorgie et Russie (Requête n° 29999/04), [CommDH(2007)18]

GRETA

GRETA, CM/Res(2008)7 sayılı kararı (relative aux règles pour la procédure d'élection des membres du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA)).

GRETA(2010)1 rev3, Questionnaire pour l'évaluation de la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par les Parties, Premier cycle d'évaluation, adopté par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) le 1er février 2010- (1. Dönem Değerlendirme evresi soru listesi).

Résolution CM/Res(2008)7 relative aux règles pour la procédure d'élection des membres du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA).

GRETA Genel Raporları:

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/General\\_reports\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/General_reports_en.asp#TopOfPage)

GRETA Ülke Raporları:

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/Country\\_Reports\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/Country_Reports_en.asp#TopOfPage)

# KAMU BAŞDENETÇİSİ VE KAMU DENETÇİLERİ HAKKINDA DİSİPLİN SORUŞTURMASI AÇILMASI USULÜ\*

THE PROCEDURE FOR CONDUCTING “DISCIPLINARY  
PROCEEDING” ON HEAD OMBUDSMAN AND OMBUDSMEN

Zehra ODYAKMAZ\*\*  
Oğuzhan GÜZEL\*\*\*

**Özet:** Ombudsmanlara genellikle; parlâmenter dokunulmazlığına benzer bir dokunulmazlık sağlanmakta ve ombudsmanların faaliyetleri idarî denetim dışında bırakılmaktadır. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda baş denetçi ve denetçiler hakkında “disiplin soruşturması”na ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışmamızda baş denetçi ve kamu denetçileri için diğer kamu görevlileriyle ilgili disiplin hükümlerinin uygulanabilirliği hususu tartışılmıştır. Kamu Denetçiliği Kurumu, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen özel bütçeli kuruluşlar arasında yer aldığından baş denetçi ve denetçiler; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi olmalıdır. Kurumun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı özel bütçeli bir kamu tüzelkişisi olması nedeniyle “Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği” kamu baş denetçisi ve kamu denetçilerinin disiplin soruşturmaları için kıyasen uygulanabilir. İlâve bir seçenek olarak da kamu baş denetçisinin ve kamu denetçilerinin şikâyet konusu olan davranışları, 5176 sayılı Kanun ve Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usûl ve Esaslara İlişkin Yönetmelik doğrultusunda “Kamu Görevlileri Etik Kurulu” tarafından “etik” açısından incelenerek değerlendirilebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu baş denetçisi, kamu denetçileri, disiplin soruşturması, etik denetim.

\* Bu çalışma Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan mütalâa kapsamında geliştirilmiştir.

\*\* Prof. Dr., Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nu Hazırlayan Komisyonların Başkanı.

\*\*\* Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**Abstract:** Ombudsmen are usually granted immunity similar to parliamentary immunity and the operations of ombudsmen are excluded from administrative auditing. In the Law on Ombudsman Institution (No:6328) there is no provision relating to “disciplinary proceedings” about head ombudsman and ombudsmen. In our study, whether the disciplinary provisions related to other civil servants are also applicable for head ombudsman and ombudsmen, is discussed. Due to the fact that, the Ombudsman Institution is among the special budgeted institutions as stated in Law on Public Financial Management and Control (No:5018), head ombudsman and ombudsmen must be subject to Public Servants Law (No:657). Since the institution is a special budgeted public corporate entity depending on the Grand National Assembly of Turkey, “Turkish Grand National Assembly’s Regulation on Disciplinary Committees and Disciplinary Senior Officers” can be applied mutatis mutandis, for the disciplinary proceedings of head ombudsman and ombudsmen. As an additional option, behaviors of head ombudsman and ombudsmen which are subject matter of complaint, can be evaluated through inspection in “ethical” terms, by the “Council of Ethics for Public Service” according to Law (No:5176) and Regulation on Procedure and Principles Applicable In Rendering Of Public Services.

**Keywords:** Head ombudsman, ombudsmen, disciplinary proceeding, ethics auditing.

## I. GİRİŞ<sup>1</sup>

Bu incelemenin **konusu** Kamu Denetçiliği Kurumu baş denetçisi ve denetçiler hakkında disiplin soruşturması açmanın doğru olup olmadığının tartışılmasıyla birlikte 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri ışığında böyle bir soruşturma açılabilir mi sorusuna cevap aramaktır.

O halde çalışmamızın konusu; baş denetçi ve denetçilerle ilgili olarak “**disiplin soruşturması**” yapma imkânının bulunup bulunmadığının, disiplin soruşturması yapılabilecek ise bu soruşturmayı kimin ve nasıl yapacağı hususlarının araştırılmasıdır.

Çalışmamızın **çerçevesi**; 6328 sayılı Kanunun “Yasaklar” başlıklı 30. maddesinin dışında kalan davranışlardır.

Aynı Kanunun “Görevden alınma ve görevin sona ermesi” başlıklı 15. maddesi ise baş denetçi ve denetçi seçilebilmek için gereken

<sup>1</sup> Kısaltmalar: age. adı geçen eser; agm. adı geçen makale; bkz. bakınız; md. madde; s. sayfa.

ve 10. maddede sayılan şartların yokluğuna veya sonradan kaybedilmesine gönderme yaparak görevden alınma ve görevin sona ermesini düzenlediğinden disiplin soruşturması ile alakalı olmayıp; konumuz dışındadır.

Bu sebeple çalışmamızda öncelikle kamu baş denetçisi ve denetçiler hakkında -görevlerini ifa sırasında yaptıkları görüşmeler ve davranışlarından dolayı- disiplin soruşturması yapılmasının doğru olup olmadığını tespit açısından bu şahısların yürütme, idare ve özellikle yasama organı karşısındaki durumları, daha doğrusu olması gereken ideal statüleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Ombudsmanlık kurumuna uzun yıllardır sahip olan ülkelerin uzmanlarının görüşlerine yer verildikten sonra kanunlarında disiplin veya ceza soruşturmasıyla ilgili hükümler olup olmadığı konusuna kısaca değinilmiştir.

Daha sonra 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu temel alınarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği ile kamu baş denetçisi ve denetçiler hakkında disiplin soruşturması açılıp açılmayacağı hususu incelenmiştir. 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a ise etik denetim yapılabilip yapılamayacağı açısından değinilmiştir.

Bu incelememizin **amacı**; çalışmamızın konusu her ne kadar çeşitli mevzuatla bağlantı kurarak disiplin ve etik açılarından uygulanabilecek bazı yaptırımları tespit etmek ise de; aslolanın kamu baş denetçisini ve denetçileri; başarılı olabilmeleri için görevlerini yerine getirirken tam olarak bağımsız, rahat, özgür bırakmanın, disiplin soruşturması açmak gibi yollara başvurmadan onlara toplum olarak güvenmenin en doğru çözüm şekli olacağını ortaya koymaktır.

## II. OMBUDSMANIN STATÜSÜ İLE DİSİPLİN SORUŞTURMASI BAĞDAŞIR MI?

14.6.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda<sup>2</sup> baş denetçi ve denetçiler hakkında ceza soruşturması ve kovuş-

<sup>2</sup> 14.6.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu için bkz. 29 Ha-



turması usulü etraflıca düzenlendiği halde<sup>3</sup> “disiplin soruşturması”na ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak daha önceki muhtelif çalışmaları incelediğimizde disiplin soruşturması ile ilgili bir fıkra bulunduğunu tespit ettik. Bu hükmün sonraları muhtemelen Türkiye Büyük Millet Meclisindeki komisyon görüşmeleri aşamalarında yukarıda açıkladığımız gerekçelerle kaldırılmış olabileceği düşünülmektedir.

Meselâ, 2004 tarihli kanun taslağının “Çeşitli Hükümler” başlıklı Beşinci Bölümünün “Yasaklar” başlıklı 28. maddesinin 3. fıkrasında “Yukarıdaki yasaklara aykırı hareket edenler hakkında yapılacak disiplin işlemleri, Kamu Denetçiliği Kurulunca kabul edilip yürürlüğe konulacak bir yönetmelikte gösterilir...” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

2005 tarihli başka bir taslağın “Çeşitli Hükümler” başlıklı Beşinci Bölümünün “Yasaklar” başlıklı 30. maddesinin 3. fıkrasında ise “Yukarıdaki yasaklara aykırı hareket edenler hakkında yapılacak disiplin işlemleri, bir yönetmelikle düzenlenir.” şeklinde bir hüküm vardır.

O halde “disiplin soruşturması” ile ilgili düzenleme, tasarımı hazırlayan komisyon tarafından göz ardı edilmemiş, sonradan kaldırılmıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun hazırlanması için çalışmalarına başladığımız 1997 yılından bu yana organize edilen birçok uluslararası sempozyumda taslaklarımızı inceleyen yabancı ombudsmanlar; baş denetçi ve denetçiler için koyduğumuz yasaklarla ve soruşturmalarla ilgili hükümleri hayretle karşılamakta daha doğrusu

---

ziran 2012 tarihli ve 28338 sayılı Resmî Gazete.

3 Madde 31 - (1) Baş denetçi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanının iznine bağlıdır. İzin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara karşı itiraz mercii, Danıştayın ilgili dairesidir.

(2) Baş denetçi ve denetçiler hakkındaki soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılır. Açılacak kamu davası, Yargıtayın ilgili ceza dairesinde görülür. Temyiz mercii, Yargıtay Ceza Genel Kuruludur.

(3) Bu maddede hüküm bulunmayan hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

(4) Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ilişkin suçüstü hâli genel hükümlere tâbidir.

yadırgamakta, bize hep “Ombudsmanınıza güvenin!” demektedirler. Baş denetçi ve denetçilerin rahat çalışabilmeleri için onları kısıtlayıcı hükümlerin konulmasından yana olmadıklarını ifade etmektedirler<sup>4</sup>.

Diğer ülkelerde ombudsmanların görevleri sırasındaki faaliyetleri hiçbir şekilde denetime tâbi tutulmamakta, incelemelerini ne şekilde yaptıkları, araştırmalarını nasıl yürüttükleri idarî denetim dışında bırakılmaktadır.

Bununla birlikte ombudsmanlar başarısızlık, yetersizlik, görev ihmalkârlığı veya iletişimsizlik söz konusu olduğunda çoğu zaman o ülke parlâmentosu tarafından görevden alınabilmektedirler.

Yabancı ombudsmanlara genellikle; söyledikleri ve yayınladıkları görüşleri ya da işlevlerini yerine getirmeleri sırasında yaptıkları işlemler nedeniyle izlenemeyecekleri, sorgulanamayacakları, tutuklanamayacakları ve yargılanamayacakları belirtilerek parlâmenter dokunulmazlığına benzer bir dokunulmazlık sağlanmaktadır<sup>5</sup>.

Ombudsmanlar parlâmento tarafından uygun görülen bütçelerinin sınırları içerisinde her türlü harcamayı hiçbir makamdan talimat almaksızın serbestçe yapabilmektedirler.

Ombudsmanın önemli belirleyici niteliklerinden biri de statüsüdür.

<sup>4</sup> Zehra, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Türkiye Adalet Akademisi'nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Yıl:4, Sayı:14, Ankara Temmuz 2013, s. 54.

<sup>5</sup> Erhan Tural, *Dünyada ve Türkiye’de Ombudsmanlık, İdarenin Denetimi, Ombudsmanlık Müessesesi, Dünyadan Örnekler, Anayasa Mahkemesi Kararı, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun İncelenmesi, Birinci Baskı, Ankara Ocak 2014, s.204, Adalet Yayınevi; Baylan, Ömer: Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü, Ankara 1978, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, No:2; Avşar, B. Zakir: Ombudsman (Kamu Hakemi) Türkiye İçin Bir Model Önerisi, HAK-İŞ Eğitim Yayınları 38; Temizel, Zekeriya: “Yurttaşların Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman”, *Yeni Türkiye*, Yıl 3, Sayı 14, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Mart-Nisan 1997; Temizel, Zekeriya: *Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman*, Iula-Emme, Yerel Yönetim Dünyası, İstanbul 1997, Kent Basımevi; Erdoğan, Osman: *Kamu Yönetiminde İdarî ve Denetsel Açısından Ombudsman Kurumu, Türkiye Örneği*, [Ankara] 2006, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.*

Ombudsman bağımsızdır<sup>6</sup>. Bu bağımsızlık yürütme organına olduğu kadar kendisini seçen parlamento veya diğer organlara karşı da sağlanmaktadır. O halde ombudsmanın bağımsızlığını temin edecek bir önemli unsur kendisine “dokunulmazlık” verilmesi olmaktadır.

Bağımsızlığın, kanunlarda açıkça belirtilmesi yanında<sup>7</sup> ombudsmanlara bağımsızlıklarını sağlayan bir diğer önemli unsur da “atanma” biçimleridir<sup>8</sup>. Ombudsmanı atayan kurum, itibarını ombudsmana yansıtmakta, dolayısıyla atanma ve görevden alınma biçimleri ombudsmanın statüsünün belirleyicisi olmaktadır. Ombudsmanların parlamento tarafından atanması, bağımsızlık yanında ombudsmanın otoritesinin de kaynağı olmaktadır<sup>9</sup>.

Ombudsmanlık makamını işgal edecek olan kişi ya da kişilerin tavır; yürütme organıyla idarenin de ombudsmana bakışı; ombudsmanlık kurumunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından önem arz etmekte<sup>10</sup>, kurumun yürütme organı ve idare üzerindeki otoritesi, diğer unsurlarla birlikte başarısına ve etkinliğine de tesir etmektedir<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Zehra Odyakmaz, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328...”, agm., s.54-55; Odyakmaz, Zehra-Tufan Erhürman: “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik, İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl: 4, Sayı: 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3762-3763, s.3765; Tural, Erhan: age., s.204-208; Güleler, Serdar: “Ombudsman-Yargı İlişkileri ve Yargı Ombudsmanlığı Sistemi: Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries)*, Cilt/Volume: 8, Sayı/Number:1, Yıl/Year: 2013, s.7.

<sup>7</sup> Bağımsızlık ve tarafsızlık

Madde 12 - (1) Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, baş denetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

(2) Baş denetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır.

<sup>8</sup> Kamu denetçilerinin seçimi bazı ülkelerde yürütme organı tarafından yapılsa da çoğunlukla yasama organı tarafından yerine getirilmektedir. Örneğin Fransa’da Bakanlar Kurulu tarafından seçilen kamu denetçileri, İsviçre’de parlamento tarafından seçilmektedir. Yıldırım, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri II*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Konya Aralık 2012, s.266-267, Mimoza Yayınları.

<sup>9</sup> Tural, Erhan: age., s. 190.

<sup>10</sup> Tufan Erhürman, “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2000, Cilt:49, Sayı:1-4, s.164.

<sup>11</sup> Selâmi Demirkol, “Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Sayı:2, Cilt:15, İstanbul 2012, s.99, Legal Yayıncılık A.Ş.

### III. MUHTELİF ÜLKELERİN OMBUDSMANLIK KURUMLARINI DÜZENLEYEN KANUNLAR

#### A. Ombudsman Hakkında Disiplin Soruşturması Yapılmasına İlişkin Hüküm İçermeyen Kanunlar

Ombudsmanlık kanunlarında genelde görevden alma, açığa alma, fiziksel veya zihinsel yetersizlik, tarafsızlığını kaybetme, ceza hukukuna göre suç teşkil eden eylemde bulunma gibi hususlar düzenlenmekte, ancak disiplin soruşturmasından bahsedilmemektedir.

Konuyla ilgili olarak; 1989 tarihli Avusturalya (Australian Capital Territory) Kanunu<sup>12</sup>, 1986/765 tarihli İsveç Parlâmento Ombudsmanlık Kanunu<sup>13</sup>, 2002/197 tarihli Finlandiya Parlâmento Ombudsmanlığı Kanunu<sup>14</sup>, 22 Haziran 1962/8 tarihli Norveç Ombudsmanlık Kanunu<sup>15</sup>, 1997/85 tarihli İzlanda Ombudsmanlık Kanunu<sup>16</sup>, 1996/473 sayılı Danimarka Ombudsmanlık Kanunu<sup>17</sup>, Kanada'nın Ontario Eyaleti Ombudsmanlık Kanunu<sup>18</sup>, Batı Kanada'daki Manitoba Eyaletinin Ombudsmanlık Kanunu<sup>19</sup>, Batı Kanada'daki Saskatchewan Eyaletinin Ombudsmanlık Kanunu<sup>20</sup>, 1980 tarihli İrlanda Ombudsmanlık Ka-

<sup>12</sup> Avusturalya (Australian Capital Territory) Kanunu için bkz. <http://ombudsman.act.gov.au/> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>13</sup> 1986/765 tarihli İsveç Parlâmento Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.jo.se/en/About-JO/Legal-basis/Instructions/> (Erişim tarihi: 12.01.2014).

<sup>14</sup> 2002/197 tarihli Finlandiya Parlâmento Ombudsmanlığı Kanunu için bkz. <http://www.oikeusasiamies.fi/Resource.phx/ea/english/lawlinks/act-ombudsman.htx> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>15</sup> 22 Haziran 1962/8 tarihli Norveç Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <https://www.sivilombudsmannen.no/getfile.php/Filer/Brosjyrer/Sivilombudsmannen%20engelsk%202010.pdf> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>16</sup> 1997/85 tarihli İzlanda Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.umbodsmaduralthingis.is/> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>17</sup> 1996/473 sayılı Danimarka Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <https://en.ombudsmanden.dk/> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>18</sup> Kanada'nın Ontario Eyaleti Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.ombudsman.on.ca/About-Us/The-Ombudsman-Act.aspx> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>19</sup> Batı Kanada'daki Manitoba Eyaletinin Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.ombudsman.mb.ca/> (Erişim tarihi:12.01.2014); <http://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/o045e.php> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>20</sup> Batı Kanada'daki Saskatchewan Eyaletinin Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/O3-2.pdf> (Erişim tarihi:12.01.2014).

nunu<sup>21</sup>, 1999/349 tarihli Çek Cumhuriyeti Ombudsmanlık Kanunu<sup>22</sup>, 1981/35 tarihli Hollanda Ombudsmanlık Kanunu<sup>23</sup> incelenmiştir. Bu kanunlarda disiplin soruşturması ile ilgili herhangi bir hükme rastlanmamıştır. Ancak; ombudsmanın güven kaybetmesi, kötü davranışı, fiziksel veya zihinsel yetersizliği, bağımsızlığından şüphe duyulacak veya ceza soruşturması gerektirecek bir durumun ortaya çıkması gibi konular düzenlenmiştir.

## B. Ombudsman Hakkında Disiplin Soruşturması Yapılmasına İlişkin Hüküm İçeren Kanun

38/1996 tarihli Kıbrıs Türk Federe Devletinin Yüksek Yönetim Denetçisi (Ombudsman) Kanunu<sup>24</sup> ombudsman hakkında disiplin soruşturması yapılmasına ilişkin usule ayrıntılı bir şekilde yer vermiştir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> 1980 tarihli İrlanda Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/nisi/1996/1298> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>22</sup> 1999/349 tarihli Çek Cumhuriyeti Ombudsmanlık Kanunu için bkz. <http://www.ochrance.cz/en/law-on-the-public-defender-of-rights/> (Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>23</sup> 1981/35 tarihli Hollanda Ombudsmanlık Kanunu için bkz. [http://www.anticorruption.bg/ombudsman/eng/readnews.php?id=4104&lang=en&t\\_style=te&l\\_style=default](http://www.anticorruption.bg/ombudsman/eng/readnews.php?id=4104&lang=en&t_style=te&l_style=default) (Erişim tarihi:12.01.2014); <http://www.nationaleombudsman.nl/about-national-ombudsman-of-netherlands>(Erişim tarihi:12.01.2014).

<sup>24</sup> Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisi'nce 15-16 Temmuz 1996 tarihli birleşiminde kabul olunan 38/1996 tarihli "Yüksek Yönetim Denetçisi (Ombudsman) Yasası" için bkz. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti 29 Temmuz 1996 tarihli ve 90 sayılı Resmî Gazete.

<sup>25</sup> Madde 7: Yüksek Yönetim Denetçisinin (Ombudsman'ın) İstifası veya Görevine Son Verilmesi

1. ....

2/A.....

2/B: Yüksek Yönetim Denetçisi (Ombudsman) hakkında disiplin cezası uygulama yetkisi Yüksek Mahkemeye aittir.

a)Yüksek Mahkeme, Yüksek Yönetim Denetçisinin (Ombudsman'ın) vakar ve onuru ile bağdaşmayan veya haysiyet ve itibarı kırıcı veya görev icaplarına uymayan davranışlarından dolayı hakkında disiplin soruşturmasını gerektiren eylemlerin ağırlığına göre "uyarma" veya "görevden çekilmeye davet" işlemlerinden birini uygular. Ancak Yüksek Mahkeme, uygun ve adil gördüğü durumlarda herhangi bir ceza vermeyebilir.

b)Yüksek Mahkeme kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikâyetleri eldeki bilgi ve delilleri ve isnat olunan hal ve davranışları göz önünde tutarak inceler ve disiplin soruşturması yapılmasının uygun olup olmadığını takdir eder. Ancak imzasız veya adresiz veya takma ad ile yapılan ihbar ve şikâyetler Yüksek Mahkeme tarafından dikkate alınmaz ve esasa ilişkin olgu veya delilleri gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz.

c)Yüksek Mahkeme disiplin soruşturmasına karar verirse, Yüksek Yönetim Denetçisine (Ombudsman'a) isnat olunan hal ve davranışını bildirerek savunması

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA BAŞVURULABİLECEK KANUNLAR

##### A. Disiplin Soruşturması Açısından 14.7.1965 tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununa göre, Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur. Kurum, Baş denetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşur (md.4).

Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir (md.5).

Kurum, baş denetçi tarafından yönetilir ve temsil edilir (md.6).

Kamu Denetçiliği Kurumunun kamu tüzel kişiliği vardır ve Kurumu baş denetçi temsil etmektedir. Buna göre baş denetçinin kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt yoktur<sup>26</sup>.

Daha önce belirtildiği üzere kamu baş denetçisi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işlemeleri halinde ceza soruşturması ve kovuşturması usulü 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda düzenlenmesine rağmen (md.31)<sup>27</sup> disiplin soruşturmasına ilişkin ev-

---

nı dinler, gerekli gördüğü kimseleri yemin veya söz veya beyan tahtında dinler, konu ile ilgili tüm bilgileri toplar, delilleri saptar. Bütün daire, teşekkül ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler sorulan hususlara, haklı istisnalar saklı kalmak koşuluyla, cevap vermek ve diğer istekleri yerine getirmek zorundadırlar.

d)Yüksek Mahkeme, isnat olunan hal ve davranışları sabit görmezse dosyanın işlemde kaldırılmamasına karar verir. Hal ve davranışları sabit gördüğü takdirde bunların mahiyetine ve ağırlığına göre bu madde uyarınca işlemde bulunur.

e)Yüksek Mahkemenin görevden çekilmeye davet kararının tebliğinden başlayarak ilgili mezun sayılır ve bir ay içinde görevden çekilmediği veya emekliliğini istemediği takdirde görevden çekilmiş sayılır.

f)Yüksek Mahkemenin, bu bent kuralları uyarınca yapılan çalışmaları yargısaldır ve Yüksek Yönetim Denetçisi (Ombudsman) dinlenmek ve savunmasını yapmak hakkına sahiptir.

<sup>26</sup> Zehra Odyakmaz -Yalçın Bostancı-Oğuzhan Güzel, "6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl:25, Sayı:103, Kasım-Aralık 2012, s.18.

<sup>27</sup> Md. 31 için bkz. 2 no.lu dipnot.

velce var olan hüküm halen bulunmamaktadır. Bu halde kanun koyucunun bu hususta düzenleme yapmamasının üzerinde durulmasından ve tartışılmasından ziyade baş denetçi ve denetçiler hakkında bir şikâyet gündeme geldiği takdirde nasıl bir usûl izleneceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre -yukarıda belirtildiği üzere- Kamu Denetçiliği Kurumu Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı bir kamu tüzel kişiliğidir. Disiplin soruşturmasına ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmaması karşısında kurumun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olduğundan hareketle kamu denetçilerine; diğer kamu görevlilerine uygulanan disiplin hükümleri (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu<sup>28</sup>) uygulanabilir mi?

Disiplin cezasının uygulanabilmesi için, bu cezayı gerektirecek davranışlar ve bu davranışlara uygulanacak disiplin cezasının hukuksal dayanağının bulunması gerekir<sup>29</sup>. Anayasada disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi açıkça öngörülmemiştir. Ancak, Anayasanın 128. maddesinde<sup>30</sup> geçen “diğer özlük işleri” ifadesi disiplin suç ve cezalarını da kapsadığından Anayasaya göre disiplin suç ve cezaları kesin olarak kanunla düzenlenmelidir<sup>31</sup>. Anayasa Mahkemesi’ne göre: “Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasanın 38. maddesinde idarî ve adlî cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasanın 38. maddesi kapsamındadır.”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu için bkz. 23 Temmuz 1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

<sup>29</sup> Yıldırım, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri I, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya Şubat 2012, s.240, Mimoza Yayınları.

<sup>30</sup> Anayasa Madde 128:...  
Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek Cümle: 7/5/2010-5982/12 md.). Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

<sup>31</sup> Zehra Odyakmaz - Ümit Kaymak-İsmail Ercan, Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, s.464, On İki Levha Yayıncılık A.Ş.

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesinin 04.04.1991 tarihli ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararı için bkz. 13 Ağustos 1991 tarihli ve 20959 sayılı Resmî Gazete.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Yasaklar” başlıklı 30. maddesine<sup>33</sup> aykırı davrananlara uygulanacak disiplin yaptırımları mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu madde gerekçe gösterilerek başdenetçi ve denetçiler hakkında disiplin soruşturması açılıp yaptırım uygulanması Anayasaya aykırı olacaktır. Ancak bu husus; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca bu hükümlerin kapsamına giren davranışlar<sup>34</sup> bakımından disiplin soruşturması yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 1. maddesi uyarınca:

*“Bu Kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır.”*

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise özel kanunlarının hükümlerine tâbi olan kamu kurumları sayılmıştır.

Katma bütçeli kurumlar, Muhasebe-i Umûmiye Kanunu’nun<sup>35</sup> 115. maddesi uyarınca giderleri özel gelirlerle karşılanan ve genel bütçe dışında yönetilen kuruluşlardır<sup>36</sup>. 1050 sayılı Muhasebe-i Umûmiye

<sup>33</sup> Madde 30 - (1) Baş denetçi, denetçiler, genel sekreter, kamu denetçiliği uzman ve uzman yardımcıları ile diğer personel, siyasî partilere üye olamazlar; herhangi bir siyasî parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı yapamazlar; görevleri sebebiyle herhangi bir şekilde öğrendikleri meslekî veya ticarî sırları görevlerinden ayrılmış olsalar bile açıklayamazlar, kendilerinin veya başkalarının yararına kullanamazlar.

(2) Baş denetçi, denetçiler, genel sekreter, kamu denetçiliği uzman ve uzman yardımcıları; kendilerinin, eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımlarının şikâyetlerini inceleyemezler.

(3) Baş denetçi, denetçiler, genel sekreter, kamu denetçiliği uzman ve uzman yardımcıları ile diğer personel, bu görevleri süresince resmî veya özel hiçbir görev alamazlar, ticaretle uğraşamazlar. Bilimsel yayınlarda bulunma, görevleri veya meslekleri ile ilgili olarak davet edildikleri ulusal veya uluslararası kongre, konferans ve benzeri toplantılara katılma, derneklerde üyelik ve kâr amacı gütmeyen kooperatiflerde ortaklık hâlinde bu madde hükümleri uygulanmaz.

<sup>34</sup> Bkz. Devlet Memurları Kanununun 125. maddesi.

<sup>35</sup> 26.5.1927 tarihli ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umûmiye Kanunu için bkz. 9 Haziran 1927 tarihli ve 606 sayılı Resmî Gazete.

<sup>36</sup> Mahmut Sekdur -Muhsin Altun, Malî Hukuk Ansiklopedisi, Ankara Ağustos 2001, s.112, Yaklaşım Yayınları.



Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu<sup>37</sup> katma bütçeli idareleri özel bütçeli idarelere çevirmiştir. Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir(5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu md. 12/4)<sup>38</sup>. Özel bütçeli kurumların kendi gelirleri ile karşılayamadıkları giderleri, genel bütçeden yapılan transferler yardımıyla karşılanmaktadır<sup>39</sup>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı bir kamu tüzel kişiliği olan Kamu Denetçiliği Kurumu, bir bakanlığa bağlı veya ilgili kamu kuruluşu olmamasına rağmen 6328 sayılı Kanun'un 35/2 hükmü uyarınca 5018 sayılı Kanun (II) sayılı cetveldeki özel bütçeli kuruluşlar arasında yer aldığından, kurum çalışanları 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi olacaktır. Kurum açısından özel kanun niteliğinde olan 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda kamu başdenetçisi ve kamu denetçileri hakkındaki disiplin soruşturmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından bu hususta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uyarınca disiplin soruşturması yürütülebilecektir.

Kural olarak disiplin cezaları disiplin âmirlerince ya da atamaya yetkili âmirlerce verilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 126. maddesine göre uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin âmirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili âmirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde valiler tarafından verilir. Devlet memurluğundan çıkarma cezası âmirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu için bkz. 24 Aralık 2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete.

<sup>38</sup> Necip Turguter, 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açıklaması, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s.69-70, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.

<sup>39</sup> Mustafa Başaran -Emin Şahiner-Aysun Koçak-Ahmet Kazan: 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu (Gerekçeli-Açıklamalı), Ankara Mart 2010, s.113, İzden Yayıncılık.

<sup>40</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Aynı Baskı 10.

Kamu Denetçiliği Kurumunda görevli personelin disiplin ve üst disiplin âmirleri ile disiplin kurullarını belirleyen “Kamu Denetçiliği Kurumu Disiplin Âmirleri Yönetmeliği<sup>41</sup>” çıkarılmış olmasına rağmen bu yönetmelikte kamu başdenetçisi ve kamu denetçilerinin disiplin soruşturmaları hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı özel bütçeli bir kamu tüzelkişisi olması nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 134. maddesi uyarınca hazırlanan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği<sup>42</sup>” kamu başdenetçisi ve kamu denetçilerinin disiplin soruşturmaları için kıyasen uygulanacaktır. Bu yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca: *“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, idarî teşkilâta görevli tüm memurların en üst disiplin âmiridir. İdarî teşkilâta ait kamu hizmetlerinin gereği gibi koordine edilip yürütülmesinden sorumlu olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, görev yönünden doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına bağlı memurlar hariç olmak üzere, bütün memurların disiplin âmiridir.”*

Bu hükümden hareketle doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı bir kamu tüzel kişiliği olan Kamu Denetçiliği Kurumu’ndaki başdenetçi ve denetçilerin disiplin âmiri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanındır.

Aynı yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca “Disiplin Âmirleri”; kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin devlet memuru olarak emrettiği görevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yazılı disiplin cezalarından yetkisi dâhilinde bulunanları vermeye yetkili âmirlerdir.

Diğer bir ifade ile disiplin âmirleri; disiplin ile ilgili mevzuatı uygulamak, disiplin soruşturması açmak, disiplin soruşturması yapmak

Baskı, Ankara 2013, s.631, İmaj Yayınevi.

<sup>41</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Disiplin Âmirleri Yönetmeliği için bkz. 28 Mart 2013 tarihli ve 28601 sayılı Resmî Gazete(mükerrer).

<sup>42</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/genser/m8.html> (Erişim tarihi:12.01.2014).

ya da soruşturmacı görevlendirmek ve disiplin cezası vermek yetkisi tanınan sıralı âmirlerdir. Dolayısıyla soruşturmaya yetkili âmir, isterse disiplin soruşturmasını kendi yapabilir. Ancak uygulamada disiplin âmirleri disiplin soruşturmasını çoğunlukla kendileri yapmayıp bunun için bir "soruşturmacı" veya "soruşturma kurulu" atamaktadırlar<sup>43</sup>.

Ayrıca "Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği" uyarınca oluşturulan Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulu da bu yönetmelik uyarınca verilen görevlerini yerine getirecektir<sup>44</sup>.

O halde Kamu başdenetçisi ve denetçiler hakkındaki soruşturma 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve "Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliği" doğrultusunda yürütülecektir.

## **B. Alternatif Bir Mekanizma Olarak Etik Denetim İçin 25.5.2004 Tarihli ve 5176 Sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**

5176 sayılı Kanun<sup>45</sup>, kamu görevlilerinin uymaları gereken say-

<sup>43</sup> Kemâl Gözler I-Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa Ağustos 2013, s.664, Ekin Basın Yayın Dağıtım.

<sup>44</sup> Disiplin Kurulunun Görevleri  
Madde 16- Disiplin Kurulu, disiplin âmirlerinin kademe ilerlemesinin durdurulmasına ilişkin taleplerini inceleyerek karara bağlamakla görevlidir. Disiplin Kurulu, soruşturma dosyasını aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde;  
a. İncelemeleri evrak üzerinde yapar ve yapılan soruşturmayı yeterli görmezse, eksikliklerini tamamlar.  
b. Kusur sabit görüldüğü takdirde, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesinin uygunluğuna dair kararını, soruşturma dosyası ile birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına sunar. Disiplin Kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul ya da reddeder.

Yüksek Disiplin Kurulunun Görevleri  
Madde 19- Yüksek Disiplin Kurulu, disiplin âmirlerinin Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi talebini ihtiva eden soruşturma dosyasını inceleyip karara bağlar. Kurulun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur. Cezayı kabul ya da reddeder. Yüksek Disiplin Kurulu, kendisine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördüğü takdirde, ilgilinin sicil dosyasını ve her türlü belgeyi incelemeye, bilgi istemeye, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye, mahallen keşif yapmaya ve yaptırma yetkilidir.

<sup>45</sup> 25.5.2004 tarihli ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz. 8 Haziran 2004 tarihli

damlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini belirlemektedir.

Bu Kanun, genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahallî idareler ve bunların birlikleri, **kamu tüzel kişiliğini haiz** olarak kurul, üst kurul, **kurum**, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsar. (madde 1/2).

Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri, yargı mensupları ve üniversiteler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz <sup>46</sup>.(madde 1/3).

Bu hükümden anlaşılacağı üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı ve kamu tüzel kişiliğine sahip olan Kamu Denetçiliği Kurumu 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kanunu kapsamındadır.

5176 sayılı Kanunu “amaç” bakımından ele aldığımızda Uluslararası Ombudsmanlar Derneği’nin (International Ombudsman Association-IOA) tespit ettiği; bağımsızlık, tarafsızlık, mahremiyet gibi etik ilkelerle kamu başdenetçisi ve denetçilerden beklenen davranış biçimlerinin örtüşüğünü görmekteyiz.

5176 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalanlar içinde kamu başdenetçisi ve denetçileri bulunmadığından kamu denetçilerinin davranışlarının etik açısından Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından incelenebileceğini düşünmekteyiz.

5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun doğrultusunda hazırlanan “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usûl ve Esaslara İlişkin Yönetmelik”te<sup>47</sup> etik davranış ilkeleri şu şekilde belirtilmektedir (Yön. md. 5-22):

ve 25486 sayılı Resmî Gazete.

<sup>46</sup> Zehra Odyakmaz -Oğuzhan Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:71, Sayı:2013/3, s.29.

<sup>47</sup> Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usûl ve Esaslara İlişkin Yönetmelik için bkz. 13 Nisan 2005 tarihli ve 25785 sayılı R.G.

*“Görevin yerine getirilmesinde kamu hizmeti bilinci, halka hizmet bilinci, hizmet standartlarına uyma, amaç ve misyona bağlılık, dürüstlük ve tarafsızlık, saygınlık, güven sağlayacak şekilde davranmak, meslektaşlarına ve hizmetten yararlananlara nazik ve saygılı davranmak, etik davranış ilkeleriyle bağdaşmayan eylem ve işlemleri yetkili makamlara bildirmek, çıkar çatışmasından kaçınmak, görev ve yetkilerini menfaat sağlamak amacıyla kullanmamak, hediye alma ve menfaat sağlama yasağına uymak, kamu malları ve kaynaklarının kullanımında kurallara uymak, savurganlıktan kaçınmak, bağlayıcı açıklamalar ve gerçek dışı beyan, bilgi vermek, saydamlık ve katılımcılık, yöneticilerin hesap verme sorumluluğu, eski kamu görevlileriyle ilişkiler, mal bildiriminde bulunmak.”*

O halde Kamu Görevlileri Etik Kurulu kamu başdenetçisi ve denetçilerin bu ilkelere uygun hareket edip etmediklerine ilişkin inceleme yapıp, karar alabilecektir.

## V. ÖNERİLERİMİZ

Öneri olarak, kamu başdenetçisi ve denetçilerin görevlerini yürütürken rahat hareket etmeleri ve kendi kararları doğrultusunda gereken kimselerle görüşmeleri icap ettiğine inanmakla birlikte, kamuoyunun vicdanını tatmin etmek açısından;

- 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre TBMM Başkanı tarafından disiplin soruşturması açılabileceğini ve soruşturmanın da bizzat TBMM Başkanı tarafından -Devlet Memurları Kanununun 134. maddesi çerçevesinde hazırlanan Türkiye Büyük Millet Meclisi Disiplin Kurulları ve Disiplin Âmirleri Yönetmeliğine göre yürütülebileceği düşünülmektedir.
- İlâve bir seçenek olarak da kamu başdenetçi ve denetçilerin şikâyet konusu olan davranışı, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından “etik” açısından incelenerek değerlendirilebilir.

## VI. SONUÇ

Günümüzde çok önemli bir kavram olan hukuk devletinin unsurları arasında yer alan demokrasi ve idarenin denetlenmesi gibi konuların bir toplumda tam anlamıyla uygulamaya geçirilebilmesi için,

pekiştirici ve çözümleyici bir rol oynayan kamu denetçiliği kurumuna gerçekten çok ihtiyaç vardır.

Evvelce ülkemizde uzun yıllar farklı isimlerle uygulanmış olan bu sistemi bugün yaşama geçirecek olan, hele özellikle de hukukun yanında "hakkaniyet"i gözönünde bulundurarak çözüm üretecek bu insanları incitmemek lâzımdır.

Kaldı ki; ombudsmanın otoritesi çok önemlidir. Yabancı ombudsmanlar; ombudsmanların sayısının -farklı çözümler çıkmaması için- az olması gerektiğini, aksi takdirde otoritesinin sarsılacağını ifade etmektedirler.

Hattâ ombudsmanın kendi kurallarını kendisinin koymasının, kendi usulünü belirlemesinin, böylece reddettiği bir konuda red gerekçesi yazmak zorunda kalmamasının otoritesi bakımından bir gereklilik olduğunu vurgulamaktadırlar.

Usulî müdahalelerin, kurum içindeki bir oylamanın bile ombudsmanlık kurumunun şahsiyetine, tabiatına gölge düşüreceğini ifade etmektedirler.

Avrupa ombudsmanı<sup>48</sup> "... Avrupa ombudsmanlık geleneğinde yönetim ve karar verme yetkisi, ombudsman olarak seçilen tek bir kişidedir..." demektedir, kamu baş denetçisinin en yakın çalışma arkadaşlarını neden kendisinin seçmediğini bile diğer yabancı ombudsmanlar gibi yadırgamakta, "... Eğer Türkiye Büyük Millet Meclisi ombudsmanlık kurumuna başkanlık etmesi ve yönetmesi için tek bir kişiye güveniyorsa, o kişinin birlikte çalışmak üzere seçeceği kişilere de güvenmelidir..." diye ifade etmektedir.

Ombudsmana geniş yetki, güçlü otorite verilmesi uygun görülmemekte, ancak işlerini rahat yapabilmesi için de hayli esnek bir ortam sağlanması gerekli bulunmaktadır. Meselâ kamu baş denetçisine göreviyle ilgili olarak hiçbir organın emir ve talimat veremeyeceğine dair hüküm bize çok normal gelmesine rağmen Avrupa ombudsmanı "... Bağımsız kalmak ombudsmanın kendi sorumluluğudur..." dedikten sonra

<sup>48</sup> Avrupa Ombudsmanı P. Nikiforos Diamandouros'un 2006 yılında hazırlanan taslak üzerinde yaptığı çalışma ile ilgili görüşlerini içeren 5 Temmuz 2006 tarihli (Principle No: 1/1158 sayılı) gayriresmî bilgi notu; Zehra Odyakmaz, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328...", agm., s.51-52.

*“...Meclisin tavsiyede veya öneride bulunamadan ombudsmanın çalışmalarıyla ilgili görüşmelerde bulunmasının nasıl mümkün olabileceği...”*ni bize sormaktadır. Uzmanlar; parlâmentolar ve onların ombudsmanları arasında sağlam diyalog olmasının Avrupa’da çok yaygın ve kurumun gelişmesine faydası olduğunu da eklemektedirler.

Kanaatimizce; kendisinden çok fazla iş yapması beklenen ve idarî hiyerarşinin dışında kalan kamu baş denetçisini ve denetçilerini, özellikle sorunları çözme sürecinde biraz rahat bırakmalı, gerçeklere ulaşabilmek yolunda çeşitli kişilerle ve farklı kurumlarla görüşebileceği hususu, onların görevlerini ifasının bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Başarılı olması istenilen kurumlar, kurumu oluşturan insanlar mümkün olduğunca engellenmemeli, gereksiz soruşturmalarla yıpratılarak kendilerine zaman kaybettirilmemelidir. Çünkü saygın bir kişi; bağımsızlık, tarafsızlık, gerektiğinde belli kişilerle temas etmek konusunda hassas dengeleri kuracak ve koruyacak niteliktedir.

## KAYNAKÇA

- Ayşar B. Zakir, Ombudsman (Kamu Hakemi) Türkiye İçin Bir Model Önerisi, HAK-İŞ Eğitim Yayınları 38.
- Başaran Mustafa-Emin Şahiner-Aysun Koçak-Ahmet Kazan, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (Gerekçeli-Açıklamalı), Ankara Mart 2010, İzden Yayıncılık.
- Baylan Ömer, Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü, Ankara 1978, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, No:2.
- Demirkol Selâmi, “Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı”, *İdare Huku-*

- ku ve İlimleri Dergisi*, Sayı:2, Cilt:15, İstanbul 2012, Legal Yayıncılık A.Ş.
- Erdoğan Osman, Kamu Yönetiminde İdarî ve Denetsel Açından Ombudsman Kurumu, Türkiye Örneği, [Ankara] 2006, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Erhürman Tufan, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2000, Cilt:49, Sayı:1-4, s.155-180.
- Gözler Kemâl-Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Bursa Ağustos 2013, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gülener Serdar, "Ombudsman-Yargı İlişkileri ve Yargı Ombudsmanlığı Sistemi: Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Akademik İncelemeler Dergisi* (Journal of Academic Inquiries), Cilt/Volume: 8, Sayı/Number:1, Yıl/Year: 2013, s.1-27.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Aynı Baskı 10. Baskı, Ankara 2013, İmaj Yayınevi.
- Odyakmaz Zehra, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Türkiye Adalet Akademisi'nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Yıl:4, Sayı:14, Ankara Temmuz 2013, s. 1-85.
- Odyakmaz Zehra-Oğuzhan Güzel, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:71, Sayı:2013/3, s.20-55.
- Odyakmaz Zehra-Tufan Erhürman, "Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı", *Yeni Türkiye Dergisi*, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik, İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl: 4, Sayı: 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770.
- Odyakmaz Zehra- Ümit Kaymak-İsmail Ercan, Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul Ağustos 2012, On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Odyakmaz Zehra-Yalçın Bostancı-Oğuzhan Güzel, "6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Baş denetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl:25, Sayı:103, Kasım-Aralık 2012, s.13-26.
- Sekdur Mahmut-Muhsin Altun, Malî Hukuk Ansiklopedisi, Ankara Ağustos 2001, Yaklaşım Yayınları.
- Temizel Zekeriya, "Yurttaşların Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman", *Yeni Türkiye*, Yıl 3, Sayı 14, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Mart-Nisan 1997.
- Temizel Zekeriya, Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman, İstanbul 1997, IULA-EMME, Yerel Yönetim Dünyası, Kent Basımevi.
- Turguter Necip, 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açıklaması, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.



Total Erhan, Dünyada ve Türkiye’de Ombudsmanlık, İdarenin Denetimi, Ombudsmanlık Müessesesi, Dünyadan Örnekler, Anayasa Mahkemesi Kararı, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun İncelenmesi, Birinci Baskı, Ankara Ocak 2014, Adalet Yayınevi.

Yıldırım Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya şubat 2012, Mimoza Yayınları.

Yıldırım Ramazan, İdare Hukuku Dersleri II, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Konya Aralık 2012, Mimoza Yayınları.

# CEZA İNFAZ KURUMLARI VE TUTUKEVLERİ İZLEME KURULLARI

## MONITORING BOARDS FOR PENAL EXECUTION INSTITUTIONS AND DETENTION CENTERS

Hakan Sabri ÇELİKAY\*

**Özet:** Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin sivil denetime açılması uluslararası hukuk belgelerinde devlet açısından bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Türkiye’de 2001 yılında yürürlüğe giren kanuni düzenleme ile oluşturulan Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin sivil ve bağımsız denetime tabi tutulması açısından önem taşımaktadır. Ancak, yasal düzenlemenin uluslararası standartlar, özellikle ulusal insan hakları kurumlarının statüsünü düzenleyen Paris İlkeleri açısından sorunları bulunmaktadır. Diğer taraftan, yasal düzenlemede yapılan değişiklikler sonrasında, Adalet Bakanlığı tarafından her yıl kurulların raporlarının özetinin açıklanması, raporların alenileştirilmesi açısından kısmen de olsa olumlu bir gelişme yaratmış ve Türkiye’deki ceza infaz kurumlarının sorunlarının dışarıdan bir bakış ile ortaya konulmasına katkı sağlamıştır. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurullarının raporları dikkate alındığında, ceza infaz kurumlarının temel sorunlarının yaşam şartları, kurumların fiziksel yapısı ve personel durumu başlıkları altında toplandığı görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza infaz kurumlarının denetimi, sivil denetim, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulları.

**Abstract:** Opening the penal execution institutions and detention centers to civilian oversight is arranged in international legal documents as a state liability. In this context, in Turkey, Monitoring Boards for Penal Execution Institutions and Detention Houses, that is created with legal regulations enacted in 2001, are important for civil and independent control of penal execution institutions and detention centers. However, the legal regulation have some problems in terms of international standarts, in particular the Paris Principles that regulates the status of national human rights institutions. On the other hand, after the changes made on legal regulation, beginning of the disclosure of the summary of board reports by the Ministry of Justice on every year has created, even partly, a positive development towards the openness of the reports and has contributed to exposing the problems of penal execution institutions in

\* Yrd. Doç. Dr. Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi/ Edirne Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulu Eski Üyesi.

Turkey from an outside view. According to the reports of Monitoring Boards for Penal Execution Institutions and Detention Houses, main problems of penal execution institutions are living conditions, physical structure of institutions and staff.

**Keywords:** Supervision of penal execution institutions, civilian control, monitoring boards for penal execution institutions and detention centers.

## GİRİŞ

Bilindiği üzere, kişiler, ceza soruşturması nedeni ile haklarında bir hâkim tarafından verilen tutuklama kararı ya da yargılama sonucunda hükmedilen hapis cezaları nedeni ile tutukevlerine veya cezaevlerine konulmaktadır. Tedbir ya da cezalandırma biçiminde ortaya çıkan özgürlüğünden yoksun bırakılma hali, doğal olarak, alıkonulan kişinin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Ancak, uluslararası standartlar uyarınca, alıkonulmanın doğasından kaynaklanan sınırlamalar dışında, tutuklu ve hükümlünün haklarında başkaca sınırlamaların ortaya çıkmaması da bir zorunluluktur. Bu bağlamda, ulusal otoriteler, bahsi geçen hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli düzenlemeleri yapmak ve bunların hassasiyetle uygulanmasını sağlamakla yükümlüdürler. Bu çerçevede olmak üzere, ülkemizde 2001 yılında yapılan yasal düzenleme ile faaliyete geçen Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları, ceza infaz sisteminin denetlenmesi açısından, geleneksel idari ve yargısal denetimin modellerinden farklı, yeni bir model getirmektedir.

## I. CEZA İNFAZ KURUMLARI VE TUTUKEVLERİNİN DENETİMİ

Ceza infaz kurumları ve tutukevlerini bütüncül (tam) bir kurum olarak nitelendirmek mümkündür. Çok sayıda kişinin benzer nedenlerle bulunduğu, uzun bir süre boyunca normal toplumdaki gibi yaşam sürdükleri çalışma yeri ve ikamet alanları, “bütüncül (tam) kurum” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, akıl ve ruh sağlığı hastaneleri, huzurevleri vb. kurumların yanında ceza infaz kurumları ve tutukevleri de bütüncül kurumlardır. Bütüncül kurumların, özellikle de ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin denetimi özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten de bu kurumlarda bulunanlar günün yirmi dört saatini kurumda ge-

çirmektedirler. Tüm faaliyetlerini kurumun misyon ve vizyonu çerçevesinde aynı binada ve diğer bir çok kişi ile birlikte sıkı bir yapı içinde gerçekleştirmektedirler. Ayrıca, ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile personel arasında temel bir ayrılık vardır ve kurumun amacı, temel olarak, orada ikamet edenlerin davranışlarına etki etmek, onları topluma kazandırmaktır. Buna göre, tutuklu ve hükümlüler özgürlüklerini büyük ölçüde kaybederler; dış dünya ile iletişimleri kısıtlıdır; günlük yaşamlarının devamı için pek çok konuda personele tabidirler ve bu nedenle personelin hükümlü/tutukluklar üzerinde büyük bir otoritesi bulunmaktadır<sup>1</sup>. Bu nedenlerle, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde yaşayanların insan haklarının korunması için daha hassas bir denetime ihtiyaç bulunduğu genel kabul görmektedir.

Bu kabulün yansımalarıyla, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin denetlenmesine ilişkin farklı mekanizmalar meydana getirilmiş olup, bunlara aşağıda kısaca değinilmektedir.

## A. Ulusal Denetim

### 1. İdari Denetim

Bilindiği üzere ceza infaz kurumları idari açıdan Adalet Bakanlığı'na bağlı kuruluşlardır. Bu bağlamda, ceza infaz kurumları, Adalet Bakanlığı başmüfettişleri ve müfettişleri ile Adalet Bakanlığı'na bağlı bir genel müdürlük olan Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü ve bu müdürlüğün kontrolörleri tarafından denetlenmektedir. Ayrıca, ceza infaz kurumu müdürünün de denetim yetkisi bulunmaktadır. Diğer taraftan, ceza infaz kurumlarındaki eğitim hizmetlerinin Milli Eğitim Bakanlığı müfettişleri tarafından değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Keza, *İl İdaresi Kanunu*'nun<sup>2</sup> 10. maddesine göre vali ve kaymakamların ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin muhafazası ile hükümlü ve tutukluların sağlık koşullarını denetleme yetkisi bulunmaktadır.

<sup>1</sup> Kees Poll, "Independent Monitoring Boards: What's the Use? - The Dutch Model (Bağımsız İzleme Kurulları: İşlevleri - Hollanda Modeli)", Türkiye'de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Ceza Evi Reformunun Desteklenmesi, Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Programı, İstanbul, 8-9 Mart 2012.

<sup>2</sup> 5442 sayılı ve 10.06.1949 tarihli kanun. RG. 18.06.1949, Sayı 7236.

## 2. Siyasi Denetim

Temelde parlamento tarafından gerçekleştirilen bu denetimde, TBMM anayasadan kaynaklanan denetim yollarını (soru, gensoru, genel görüşme, meclis araştırması) kullanabileceği gibi, TBMM’de bulunan İnsan Hakları İnceleme Komisyonu da ceza infaz kurumlarından gelen şikâyetleri inceleme konusu yapabilir. Ayrıca, TBMM üyeleri, önceden haber vermeksizin ceza infaz kurumları ile terör ve örgütlü suçlar dışındaki hükümlü ve tutukluları ziyaret etme yetkisine sahiptir.

## 3. Kamu Denetçisi (Ombudsman) Tarafından Yapılan Denetim

TBMM tarafından 13.10.2006’da kabul edilen 5548 sayılı *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu*<sup>3</sup>, kamu denetçilerine de ceza infaz kurumlarını denetleme yetkisi vermişti. “Kamu denetçisi” ya da “ombudsman” adı ile anılan yetkilinin gerçekleştirdiği faaliyet, bir tür bağımsız denetim olarak da nitelendirilebilir. Ancak, anılan yasa Anayasa Mahkemesi tarafından tümüyle iptal edildiğinden<sup>4</sup>, bu denetim türünün hayata geçmesi ülkemiz açısından mümkün olamamıştır.

Daha sonra, 2010 Anayasa değişikliğinde Anayasa’nın 74. maddesine yapılan eklemeye TBMM’ne bağlı olarak bir kamu denetçiliği kurumu oluşturulmuş, böylece bu kurum anayasal statüye kavuşturulmuştur<sup>5</sup>. Bu değişiklikte, kamu denetçine başvuru hakkı, kamu denetçisi kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 14.06.2012 tarihinde kabul edilen 6328 sayılı *Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu*<sup>6</sup> anayasal düzenlemeyi somutlaştırıcı düzenlemelere yer vermiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemekle görevli olduğuna ve ceza infaz kurumları ve tutukevleri de idare içinde yer aldığına göre, bunlarla ilgili bir denetim görevini de yürüteceğini söylemek yanlış olmaz.

<sup>3</sup> 5548 sayılı ve 13.10.2006 tarihli kanun. RG. 13.10.2006, Sayı 26318.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 2006/140 Esas, 2008/185 Karar, Karar Tarihi 25.12.2008. Kararın tam metni için bkz.<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/Kararlar/Iptaliraz/K2009/K.2008-185.htm>

<sup>5</sup> 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı kanun. RG. 13.05.2010, Sayı 27580.

<sup>6</sup> RG. 29.06.2012, Sayı 28338.

#### 4. Yargısal Denetim

Ceza infaz kurumlarının hâkim tarafından denetlenmesi hukuku- kumuza yeni girmiş bir kurumdur. *İnfaz Hâkimliği Kanunu*<sup>7</sup> yürürlüğe girmeden önceki dönemde, cezaların infazı ile ilgili işlemler Cumhuriyet savcıları tarafından izlenip denetlenmekteydi. İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 1. maddesine göre infaz hâkimlikleri, ceza infaz kurum- ları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapı- lanan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri ince-lemek, karara bağlamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuşlardır. İnfaz hâkimliklerinin görevleri ise kanunun 4. maddesinde sıralanmaktadır. Böylece, ceza infaz kurum- larının hâkim tarafından denetimine olanak sağlanmış olmaktadır. İnfaz hâkimliğine yapılacak şikâyet ve usulü ile şikâyet üzerine infaz hâkimliğince verilecek kararlar ise kanunun 5 ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. İnfaz hâkimliğine ilişkin yasal düzenlemenin, izleme kurullarına ilişkin yasal düzenlemeden kısa süre öncesinde yapılma- sı, bu iki yeni kurumun birlikte düşünüldüğünü göstermektedir. Ni- tekim izleme kurulları ile ilgili kanunda, kurulların raporlarını gön- dereceği merciler arasında infaz hâkimlikleri de yer aldığı gibi, İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 4. maddesinde de "izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespit- leri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleye- rek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar vermek", infaz hâkimliğinin görevleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ceza infaz kurumları, Cumhuriyet savcıları tarafından da denetlenmektedir. Esasen, *Ceza ve Güvenlik Ted- birlerinin İnfazı Hakkında Kanun*'un 5. maddesi gereğince "cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir".

#### B. Uluslararası Denetim

Ceza infaz sistemi, ulusal mevzuatta yer alan denetim mekaniz- malarına tabi olmanın yanında, uluslararası denetim mekanizmalarına da tabi tutulmaktadır. Özellikle, bu kurumlardaki tutuklu ve hü- kümlülere yönelik, işkence, kötü muamele, vb. konulara ilişkin insan

<sup>7</sup> 4675 sayılı ve 16.05.2001 tarihli kanun. RG. 23.05.2001, Sayı 24410.

hakları ihlali iddiaları, uluslararası platformda oluşturulan uzman denetçiler tarafından inceleme konusu yapılabilmektedir. Bu bağlamda, *Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi*<sup>8</sup> çerçevesinde oluşturulan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi<sup>9</sup> tarafından yapılan denetimler örnek olarak verilebilir.

Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan *İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme* de bu bağlamda hatırlanmalıdır. 1987 yılında yürürlüğe giren bu sözleşmeyi Türkiye 25.01.1988'de imzalamış, aynı yıl onaylayıp, yürürlüğe sokmuştur<sup>10</sup>. Türkiye 01.09.1988 tarihinde, Sözleşme'nin 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen devlet şikâyetleri ve bireysel şikâyetler konusunda Sözleşme organı olan İşkenceye Karşı Komite'nin<sup>11</sup> inceleme yetkisini tanıdığına dair bir beyanda da bulunmuştur. Böylece, Sözleşme'de yer alan raporlara dayalı denetimin yanında, şikâyetlere dayalı denetim mekanizmasının da Türkiye açısından uygulanma olanağı doğmuştur. Ayrıca, Sözleşme'ye ek seçmeli protokolün (OPCAT) 2006 yılında yürürlüğe girmesinin ardından, ziyaretlere dayalı bir denetim modeli de sisteme dâhil olmuştur. Türkiye, seçmeli protokolü 14.09.2005 tarihinde imzalamış, 23.02.2011 tarihinde onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanunu<sup>12</sup> kabul etmiş ve 15.06.2011 tarihinde de onaylamıştır<sup>13</sup>. Böylece, ülkemizdeki ceza infaz kurumlarının Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan İşkencenin Önlenmesi Komitesi tarafından ziyarete dayalı olarak denetlenmesi de mümkün hale gelmiştir.

<sup>8</sup> RG. 27.02.1988, Sayı 19738. Sözleşmenin Türkçe metni için ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 44-56.

<sup>9</sup> Komitenin oluşumu ve çalışma yöntemi, görev ve yetkileri ile denetim yöntemleri hakkında bkz. Abdurrahman Eren, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması-Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.632 vd; Mehmet Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s.356 vd.

<sup>10</sup> RG. 10.08.1988, Sayı 19895. Bu sözleşmenin Türkçe metni için ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s. 44-56.

<sup>11</sup> Komitenin oluşumu ve çalışma yöntemi, görev ve yetkileri ile denetim yöntemleri hakkında bkz. Abdurrahman Eren, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması*, s. 362 vd; Mehmet Semih Gemalmaz, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, s.320 vd.

<sup>12</sup> 6167 sayılı ve 23.02.2011 tarihli kanun. RG. 12.03.2011, Sayı 27872.

<sup>13</sup> RG. 05.07.2011, Sayı 27985 (Mükerrer).

### C. Bağımsız Denetim Yolları

Yukarıda belirtilenlerin dışında, ceza infaz kurumlarının “ulusal insan hakları kurumları” olarak nitelendirilen yapılanmalar tarafından da denetlenmesi mümkündür. Değişik ülkelerde farklı örgütlenme modelleri ve çalışma yöntemleri ile ortaya çıkan ulusal insan hakları kurumları için genel geçerliliğe sahip bir tanım yapmak güç olmakla beraber, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Merkezi tarafından hazırlanan Ulusal İnsan Hakları Kurumları El Kitabı’nda, ulusal kurum kavramı, “devlet tarafından anayasa, yasa ya da diğer bir düzenleyici işlemle kurulmuş ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması alanında görevleri açıkça tanımlanmış bir organ” olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20.12.1993 tarih ve 48/134 sayılı İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Ulusal Kurumlar Kararı (Paris İlkeleri)<sup>15</sup> dikkate alındığında, daha kapsayıcı bir tanım yapmak da mümkündür: “Ulusal insan hakları kurumları, devlet tarafından, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla; anayasa, yasa veya diğer bir düzenleyici işlemle ve çoğulcu bir yapıda kurulan; kuruluş yasasında görev ve yetkilerinin açıkça tanımlandığı; görev ve yetkilerini kullanırken bağımsız ve tarafsız olan; görevine giren konularda ulusal veya uluslararası makamlara tavsiye ve önerilerde bulunan ulusal kurumlardır”<sup>16</sup>. Paris İlkeleri, insan hakları ulusal kurumlarının statüsüne ilişkin ilkeleri yetki ve sorumluluklar; oluşum, bağımsızlık ve çoğulculuk güvenceleri; çalışma yöntemleri; yarı yargısal yetkilerle donatılmış komisyonların statüsüne ilişkin ek ilkeler başlıklarında toplamaktadır<sup>17</sup>. Bu bağlamda, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları’nın Paris İlkeleri’ne uygunluk açısından test edilmesi ve konunun uluslararası standartlara uygunluk açısından değerlendirilmesi mümkündür. İzleme kurullarının Paris İlkeleri açısından değerlendirilmesine, aşağıda ilgili bölümlerde yeri geldikçe değinilecektir.

<sup>14</sup> National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No 4, United Nations, New York and Geneva, 1995, s.6. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training4en.pdf>, Erişim Tarihi:14.02.2014.

<sup>15</sup> Paris İlkeleri’nin Türkçe metni için bkz. <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Metinler/Paris%20Ilkeleri.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014

<sup>16</sup> Abdurrahman Eren, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, s. 799.

<sup>17</sup> Abdurrahman Eren, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, s. 827 vd.



Ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin uluslararası standartları belirleyen ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul gören Paris İlkeleri'ne uyumlu oldukları tartışmalı olmakla beraber, ülkemizde de ulusal insan hakları kurumlarına benzer yapılanmalara yer verilmektedir<sup>18</sup>. Bu bağlamda 4363 sayılı kanunun 17/A maddesi uyarınca kurulan İnsan Hakları Başkanlığı'nın insan hakları ihlal iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek ve alınabilecek önlemlere ilişkin çalışmaları koordine etmek görevi de bulunmaktadır. Bu görev kapsamında olmak üzere, ceza infaz kurumlarının Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı tarafından denetlenmesi söz konusu olabilir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, insan hakları ihlal iddialarına ilişkin olarak elde ettiği istatistikî bilgileri kamuoyuyla paylaşmaktadır<sup>19</sup>.

4636 sayılı kanunun 4. maddesiyle oluşturulan bir başka birim de İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetleridir. Buna göre, insan hakları ihlali iddialarını yerinde incelemek ve araştırmak üzere, başbakanın görevlendireceği bir devlet bakanına bağlı olarak heyetler oluşturulabilmektedir. Heyetler; Başbakanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı temsilcileri ile insan hakları alanında çalışmalar yapan kişi ve meslek kuruluşları arasından, inceleme ve araştırma yeri ve konusuna göre, Başbakanın görevlendireceği bir Devlet Bakanınca beş kişiden az olmamak üzere belirlenir. Ceza infaz kurumlarının bu heyetler tarafından da denetlenmesi mümkündür.

İnsan haklarının korunması alanında işlevde bulunması öngörülen İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, *İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik*<sup>20</sup> ile 81 il ve 850 ilçede faaliyete geçirilmiştir. Ardından, anılan yönetmelik yürürlükten kaldırılarak, *İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik*<sup>21</sup> yürürlüğe konulmuştur ve kurullar gü-

<sup>18</sup> Ulusal insan hakları kurumları ve Türkiye'deki uygulaması hakkında bkz. Hakan Sabri Çelikyay, "Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye", *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları* (Editör Selda Çağlar), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 447-508.

<sup>19</sup> Bu konudaki ayrıntılı veriler hakkında bkz. İnsan Hakları Bilgi Dosyası, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara, 2007, s. 81-157.

<sup>20</sup> RG. 02.11.2000, Sayı 24218.

<sup>21</sup> RG. 23.11.2003, Sayı 25298. Yönetmelik 3. maddesinde, hukuki dayanağını 3056

nümüzde bu yönetmelik çerçevesinde faaliyet göstermektedirler. Ülkemizdeki ulusal insan hakları kurumları arasında yer alan il ve ilçe insan hakları kurullarını, nispeten Paris İlkeleri'ne yakın örgütlenmeler olarak görmek mümkündür. Nitekim kurullara ilişkin yönetmelikte, Paris İlkeleri'ne benzer başlıklara yer verilmektedir. Uygulamada bu kurullar tarafından da ceza infaz kurumları ziyaret edilebilmekte ve denetlenmektedir.

*Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun*<sup>22</sup> kabul edilmesiyle birlikte ülkemizdeki ulusal insan hakları kurumları alanında yeni bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu kanun gereğince, ceza infaz kurumları, Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun da denetimine açılmış olmaktadır.

Ülkemizde, ceza ve tutukevlerinin denetlenmesi hususunda çalışmalar yürüten sivil toplum kuruluşları da bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı farklı örgütlerin oluşturdukları gruplar<sup>23</sup> şeklinde faaliyet gösterirken, bir kısmı da bu alanda faaliyet göstermek üzere oluşturulan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır<sup>24</sup>. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan *İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'ye Ek Seçmeli Protokol*

---

sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un ek 6.maddesinden aldığını belirtmektedir. Başbakanlık tarafından hazırlanan bir yayında da aynı yönde bir açıklamada bulunulmuştur (İnsan Hakları Bilgi Dosyası, s. 49). Oysa, anılan kanun hükmü, devlet başkanlığına bağlı olarak oluşturulan İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetleri'ni düzenlemekte olup, merkez teşkilatı içinde bir oluşuma yer vermemektedir. Bu nedenle, il ve ilçe insan hakları kurullarının oluşumuna ilişkin yönetmeliğin yasal dayanağı tartışmaya açıktır. Aynı yönde bkz. Kerem Altıparmak, Bürokrasi ve İnsan Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2007, s. 66.

<sup>22</sup> 21.06.2012 tarih ve 6332 sayılı kanun. RG. 30.06.2012, Sayı 28339. Kanunun değerlendirilmesi için bkz. Kerem Altıparmak, Köprüden Önce Son Çıkış: Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanun Tasarısı'nın Eleştirel Değerlendirmesi, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Kopruden%20son%20cikis.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014.

<sup>23</sup> Örneğin, İzmir'de 2003 yılında kurulan İzmir Ceza ve Tutukevleri Bağımsız İzleme Grubu isimli yapılanmada, İzmir Barosu, İzmir Tabip Odası, Türkiye Mimar ve Mühendisler Odası Birliği İzmir İl Koordinasyon Kurulu, İnsan Hakları Derneği İzmir Şubesi, Türkiye İnsan Hakları Vakfı İzmir Temsilciliği ve Çağdaş Hukukçular Derneği İzmir Şubesi yer almakta olup, 2006 yılında İzmir Tabip Odası gruptan çekilmiştir. Bahsi geçen grubun çalışmaları hakkında bkz. <http://www.bianet.org/konu/izmir-ceza-ve-tutukevleri-bagimsiz-izleme-grubu>

<sup>24</sup> Bu yapılanmaya örnek olarak Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği gösterilebilir. Dernek ve çalışmaları hakkında bkz. <http://cezaevindestk.org>

uyarınca, işkencenin önlenmesinde sivil toplum kuruluşlarıyla ulusal önleyici mekanizmalar arasındaki etkileşimin önem taşıdığı da vurgulanmalıdır. Ayrıca, sivil toplum örgütlerinin, ulusal önleyici mekanizmaların çalışmalarını ve bu çalışmalara devletin verdiği tepkileri izlemelerinin altı çizilmelidir. Seçmeli protokole taraf olan devletlerin protokolden kaynaklanan yükümlülüklerini gerçekleştirmek için ulusal önleyici mekanizmalarla diyaloga girme yükümlülüğünün, sivil toplum örgütleri tarafından izlenmesi de öngörülmektedir. Ayrıca, sivil toplum örgütleri, devlet görevlilerinin ulusal önleme mekanizmalarının yetkisini ve etkinliğini zedeleyecek ya da sivil toplum örgütlerinin alıkonma yerlerini izlemeye devam etmesini engelleyecek davranışlarda bulunmaması için duyarlılık göstermelidir<sup>25</sup>. *İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'ye Ek Seçmeli Protokol*'ün 20. maddesinde, İşkenceye Karşı Komite'nin bir görüş oluşturabilmek için daha fazla unsur elde etmek amacıyla, hükümet dışı kuruluşlardan da bilgi isteyebileceği belirtilmiştir<sup>26</sup>. Böylece, sivil toplum örgütlerinin, insan haklarının korunmasıyla yakından bağlantılı olan ceza infaz sisteminin izlenmesiyle ilgili olarak önemli hizmetler üstlenmesi beklenmektedir<sup>27</sup>.

*Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları* tarafından gerçekleştirilen denetimlerin de bir tür sivil denetim örneği oluşturduğunu söylemek mümkündür. Ancak, bu kurulların oluşturulmasının sivil toplum kuruluşlarının infaz kurumlarına erişimini kısıtlamak gibi bir etkisi olmamalıdır. Diğer taraftan, ülkemizde oluşturulan izleme kurullarının kuruluş, görev ve yükümlülükleri ile çalışma esas ve usullerine ilişkin aşağıda incelenecek olan bazı hukuksal düzenlemeler, denetimin "sivil" olmasını tartışmaya açık hale getirmektedir.

<sup>25</sup> İşkenceye Karşı Sözleşme'nin Seçmeli Protokolü Kapsamında Sivil Toplum ve Ulusal Önleme Mekanizmaları, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Sivil%20Toplum%20ve%20Ulusal%20Izleme%20Mekanizmalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014. Bu çalışmada sivil toplum örgütleri ile ulusal önleyici mekanizmalar arasındaki ilişkinin geliştirilmesi bağlamında farklı devletlerden örneklere de yer verilmektedir.

<sup>26</sup> İşkenceye Karşı Komite, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Bilgi Belgeleri No 17, <http://www.ihop.org.tr/dosya/BB/torture-tr.pdf>, s.3. Hükümet dışı kuruluşların ve ulusal insan hakları kuruluşlarının İşkenceye Karşı Komite'ye rapor sunma süreçlerine katılımı için ayrıca bkz. [http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=560:hoptan-yeni-ceviriler&catid=33:ceviriler&Itemid=114](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=560:hoptan-yeni-ceviriler&catid=33:ceviriler&Itemid=114)

<sup>27</sup> Turgut Tarhanlı, "Cezaların İnfazında Sivil Toplum", *Sesleniş, Aylık Haber Kültür ve Aktüalite Dergisi*, Yıl 2, Sayı 9, Nisan 2008, s. 20.

Yukarıda belirtilenler dışında, ceza infaz kurumlarının denetlenmesi amacıyla, barolar tarafından oluşturulan özel komisyonlar vb. örgütlenmeler de bulunmaktadır.

## II. CEZA İNFAZ KURUMLARI VE TUTUKEVLERİ İZLEME KURULLARI

### A. Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İzleme Kurulları

2006 yılında yürürlüğe giren *Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Seçmeli Protokolü (OPCAT)* tutukevleri ve cezaevlerindeki alıkoymaların bağımsız izleme kurulları tarafından sistemli olarak ziyaret edilerek denetlenmesini öngörmektedir. Buna göre, taraf devletler protokolü onayladıkları tarihten itibaren 1 yıl içinde bir veya daha fazla ulusal önleyici mekanizma kurmak zorundadırlar (md.17). Protokol, herhangi bir modele yer vermemiş, bunun belirlenmesini taraf devletlere bırakmıştır. Bu bağlamda, insan hakları komisyonlarından, ombudsmandan, meclis komisyonlarından ya da sivil toplum örgütlerinden yararlanmak mümkündür. Protokolde taraf devletlerin yetkili makamlarının ulusal önleyici mekanizmaların önerilerini inceleyecekleri ve uygulanabilecek önlemlerin alınması konusunda önleyici mekanizmalarla diyaloga geçecekleri de hüküm altına alınmaktadır (md.22). Türkiye, ulusal önleyici mekanizma olarak yukarıda değinilen Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nu belirlemiştir<sup>28</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye'nin de taraf olduğu *Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi*, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tutuldukları yerlerin denetlenmesini ve bu denetimi sağlamak için Avrupa Konseyi bünyesinde bir denetim mekanizması (Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi) oluşturulmasını öngörmektedir (md.1). Sözleşmenin denetim organı olan, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (CPT)'nin genel raporunda, her bir cezaevi kurumunda, mahkûmların şikâyetlerini dinleme (ve gerekirse bu konuda harekete geçme) ve kurumun tesislerini denetleme yetkisine sahip bağımsız bir makam (örneğin denetçiler kurulu veya denetçi hâkim) tarafından düzenli

<sup>28</sup> RG. 29.01.2014, Sayı 28896.

aralıklarla ziyaret yapılmasına özellikle önem verilmektedir<sup>29</sup>. Komite, bu tavsiyelerini ziyaret raporlarında da tekrarlamaktadır. Komite, ziyaretleri gerçekleştirecek ulusal makamların bağımsız olmasını vurguladığı gibi, etkili ziyaret ölçütlerine de değinmektedir. Buna göre, etkili ziyaretten söz edilebilmesi için ziyaretin “düzenli” ve “habersiz” olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak, ziyaretlerin düzenli olması, bunların rastgele aralıklarla yapılmasına engel değildir. Komite, ulusal makamların yetkileri ve ziyaret yöntemi üzerinde de durmaktadır. Bu bağlamda, ulusal makamların tüm tesisleri ziyaret etme, alıkonulan kişilerle özel görüşme, onların şikâyetlerini alma ve gerekirse bununla ilgili olarak harekete geçme ve tavsiyede bulunma yetkileri olmalıdır<sup>30</sup>. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi’nin 2000 yılında ülkemize yaptığı ziyaretler sonrasında yayınladığı raporda da, cezaevi otoritelerinden bağımsız sivil toplum izleme kurullarının oluşturulması önerilmektedir<sup>31</sup>.

Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan cezaevleri ile ilgili tavsiye kararları içeren *Avrupa Cezaevi Kuralları*’nda, mahpusların kişisel haklarının korunmasının, özellikle özgürlükten yoksunluk tedbirlerinin infazının yasallığının adli bir makam veya mahpusları ziyaretle yetkili ve cezaevi idaresine ait olmayan şekilde oluşturulmuş bir organ tarafından ulusal kurallara uygun olarak yapılacak denetimlerle sağlanabileceği vurgulanmıştır (Bölüm I, md.5)<sup>32</sup>. *Avrupa Cezaevi Kuralları* madde 93(1)’de hapsedilme koşulları ve mahpuslara uygulanan iyileştirme faaliyetlerinin, raporları alenen açıklanacak bağımsız bir kurul veya kurullar tarafından denetlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, madde 93(2)’de bu tür bağımsız izleme kurullarının hukuken cezaevlerini denetleme konusunda yetkili olan uluslararası kuruluşlarla işbirliğine teşvik edilmesi de istenmektedir. Avrupa İşkenceyi

<sup>29</sup> CPT Standartları, CPT Genel Raporu, 2002, Temel Bölümler, II. Hapis, s.19, par.54.

<sup>30</sup> Alıkoyma Yerlerine Ulusal Seviyede Ziyaretler: Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin Seçmeli Protokol Işığında Tavsiyeleri, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/CPT%20ve%20secmeli%20protokol.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014.

<sup>31</sup> CPT-45 rumuzlu ve 16-24 Temmuz 2000 tarihli raporu hakkında bkz. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2007 Yılı Faaliyet Raporu, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007, s. 3 (Bu ve bundan sonraki yıllara ait raporlar, yıl belirtilmek suretiyle, aşağıda kısaca “Faaliyet Raporu” olarak anılacaktır).

<sup>32</sup> Avrupa Cezaevi Kuralları, R 87-3, 1987. Bu kurulların Türkçe metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İşkence Yasasına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s. 230-249.

Önleme Komitesi de mahpusların şikâyetlerini dinlemek, gerekirse bu şikâyetler üzerine işlem yapmak ve ceza infaz kurumlarının tesislerini denetlemekle yetkili bağımsız bir organla çalışılmasını tavsiye etmekte, bu organların ceza infaz kurumu yönetimi ve personeli ile mahpuslar arasında olumlu bağların kurulması konusunda önemli katkıları olduğuna inanmaktadır (Inf (92) 3, bent 54)<sup>33</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletler Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararına Ek Kararın 1. Bölümün "Temel İlkeler" başlıklı 9. bendinde bütün ceza infaz kurumlarının, düzenli olarak, resmi denetimin yanında bağımsız izlemeye tabi tutulmaları önerilmektedir<sup>34</sup>.

Avrupa Birliği organlarından olan Konsey'in insan hakları ilke kuralları bağlamında kabul ettiği işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezalar hakkında ilke kurallarda, yeterli donanımına sahip olan sivil toplum temsilcilerinin, özgürlüğünden mahrum edilmiş kişilerin tutulduğu yerleri ziyaret etmesinin sağlanmasından, bağımsız ulusal insan hakları kurumlarının oluşturulmasından ve desteklenmesinden söz edilmektedir<sup>35</sup>.

APT (Association for the Prevention of Torture) tarafından hazırlanan "Ulusal Önleme Mekanizmalarının Kurulması ve Yetkilendirilmesi İçin Rehber" başlıklı raporda, yukarıda değinilen Paris İlkeleri'ne uygun biçimde, ulusal önleme mekanizmalarının temel gerekleri için şu hususlar sıralanmıştır: Önleyici ziyaret gerçekleştirme yetkisi, tüm ziyaret programını gerçekleştirmek için gerekli kaynak, tüm alıkonulma yerlerine erişim, ilgili tüm bilgiye erişim, özel görüşmeler yapma hakkı, bağımsızlık, uzmanlık, tavsiyelerde bulunma ve tavsiyelerin dikkate alındığını gösteren cevaplar alma hakkı, rapor yayınlama hakkı, gerekli ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar, güvenilirlik<sup>36</sup>. APT

<sup>33</sup> Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi El Kitabı, Avrupa Konseyi - Avrupa Komisyonu Ortak Programı: Türkiye'de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi, Ankara, 2011, s. 144.

<sup>34</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları, Ankara, 2011, s. 30.

<sup>35</sup> Avrupa Birliği İnsan Hakları İlke Kuralları, Türkiye: Avrupa Konseyi - Avrupa Komisyonu Ortak Projesi, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara, Kasım 2007, s. 29-30.

<sup>36</sup> İşkenceye Karşı Sözleşme Seçmeli Protokol Işığında Ulusal Önleyici Mekanizmalar Olarak Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ve Kamu Denetçiliği (Ombudsman) Kurumları/Kamu Denetçileri, s.3 vd, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfi>

tarafından hazırlanan “İşkenceye Karşı Sözleşme’nin Seçmeli Protokolü Kapsamında Sivil Toplum ve Ulusal Önleyici Mekanizmalar” adlı raporda da Seçmeli Protokolün onaylanmasının boş bir formaliteden ibaret olmamasının sağlanması için, uygulamayı belirleyen sadece devlet olmaması ve başta insan hakları savunucuları olmak üzere, diğer ulusal aktörlerin de sürece katılımlarının önemi vurgulanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ulusal kurumlar oluşturulurken olabildiğince geniş bir çevre ile istişare edilmeli, özellikle sivil toplum kuruluşları ile gerçek bir istişare sağlanarak, oluşturulacak ulusal kurumun meşruluğu ve itibarı arttırılmalıdır<sup>37</sup>.

Bu hukuksal zorunlulukların yanında, tarihsel süreç içinde ülkemizde ceza infaz kurumlarında ortaya çıkan sorunlar<sup>38</sup> ve son olarak da 19 Aralık 2000 tarihinde, tutuklu ve hükümlülerin F Tipi Cezaevlerine nakledilmelerine ilişkin direnişin kırılması ve nakillerin sağlanması için 20 cezaevinde yapılan “hayata dönüş” operasyonunda yaşanan olaylar, izleme kurullarının hayata geçirilmesini gündeme getirmiştir.

İzleme kurullarının, birbirinden az çok farklılık gösteren özelliklerde, birçok Avrupa ülkesinde de oluşturulduğu görülmektedir. Örneğin, Fransa’da Controleur Général adında bağımsız bir kurum yer verilmektedir. Birleşik Krallık’ta çeşitli denetim kurumları bu yetkiyi paylaşmaktadır<sup>39</sup>. Türkiye’de oluşturulan izleme kurulları sisteminin kaynağını da, genel olarak, İngiltere sisteminin oluşturduğu ifade edilmekte, ancak, iki sistem arasında bazı farklılıkların bulunduğu belirtilmektedir<sup>40</sup>. Buna göre;

les/file/Insan%20Haklari%20Komisyonlari%20ve%20Kamu%20Deneticileri.pdf, Erişim Tarihi:14.02.2014

<sup>37</sup> İşkenceye Karşı Sözleşme’nin Seçmeli Protokolü Kapsamında Sivil Toplum ve Ulusal Önleyici Mekanizmalar, s.2, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Sivil%20Toplum%20ve%20Ulusal%20Izleme%20Mekanizmalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi:14.02.2014

<sup>38</sup> Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 7-9; Şenal Sarıhan, “Türkiye’deki Cezaevleri Sorunu ve Tarihsel Gelişimi”, Cezaevleri Sempozyumu, 29-30 Haziran 2002, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s. 29 vd.

<sup>39</sup> Thomas Hammarberg, Avrupa’da İnsan Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 219.

<sup>40</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 5-6. Türkiye ve İngiltere izleme kurulları ile ilgili karşılaştırmalı bir çalışma için ayrıca bkz. Vehbi Kadri Kamer, “Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurullarımız ile İngiliz İzleme Kurullarının Tarihçesi, Kuruluşu ve Çalışma Esasları”, Adalet Dergisi, Sayı 14, Ocak 2003. <http://www.yayin.>

- İngiltere’de izleme kurulu üyeleri bir siyasi otorite olan cezaevi bakanı tarafından atanırken, ülkemizde hâkim ve Cumhuriyet savcılarında oluşan adli yargı adalet komisyonları tarafından seçilmektedir. Ülkemizdeki seçimin “bağımsız” yargıç ve savcılar tarafından yapılmasının daha güvenceli bir model olduğu ve kurulların da bağımsızlığını sağladığını söylenebilir.
- İngiltere’de her ceza infaz kurumuna ait müstakil bir izleme kurulu bulunmakta iken, ülkemizde her adli yargı adalet komisyonunun yetki alanı içindeki infaz kurumlarına bir izleme kurulu atanmaktadır. Ancak, bölgesinde çok sayıda ceza infaz kurumu bulunan komisyonlarda gerektiğinde birden çok izleme kurulu atanması mümkündür. Bu farklılığın nedeni, ülkemizdeki ceza infaz kurumlarının sayısının fazla oluşudur.
- İngiltere’de izleme kurullarının büroları ceza infaz kurumunun içinde yer almaktadır. Ülkemizde ise izleme kurullarının büroları infaz kurumlarında değil, adalet komisyonlarında (adliye binalarının içinde) bulunmaktadır. Böylece, izleme kurullarının denetleyecekleri infaz kurumları ile bütünleşmemeleri ve objektif kalmaları hedeflenmektedir.
- İngiltere’de kurul üyeleri, aralarında iş bölümü yaparak ceza infaz kurumlarını tek başlarına ve sırayla ziyaret etmektedirler. Türkiye’de ise 2007 yılında yapılan değişiklik ile ziyarette bulunması gereken üye sayısı azaltılmış olmakla beraber, tek bir üyenin ziyarette bulunması mümkün değildir.
- İngiltere’de izleme kurulu üyeleri arasında “lay magistrate” olarak isimlendirilen ve sulh hâkimi olarak nitelendirilebilecek, ancak meslekten olmayan kişilerden oluşan iki görevli de bulunmakta iken, ülkemizde kurul üyelerinin tamamı Adalet Bakanlığı’nun bünyesinde görev yapmayan kişilerden seçilmektedir.
- İngiltere’de izleme kurullarının aynı zamanda idari görevleri de bulunmaktadır. Örneğin, hücre cezaları, 72 saatten sonra izleme kurulunun onayı ile 28 güne kadar uzatılabilmektedir. Oysa, ülkemizde izleme kurullarının bir idari görevi bulunmamaktadır.



- İngiltere’de izleme kurullarının sekretaryasının yanında, “Bilgilendirme ve Vak’a Çalışmaları” birimi ve izleme kurulları tarafından seçilen “Ulusal Danışma Konseyi” adlı iki birim daha görev yapmaktadır. Ülkemizde ise izleme kurullarının çalışmalarının değerlendirilmesi ve takibi Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde çalışan bir şube (İzleme Kurulları ve İnfaz Hâkimlikleri Şubesi) tarafından yapılmaktadır. Bu açıdan, Türkiye’de izleme kurullarının çalışmaları Adalet Bakanlığı tarafından değerlendirme konusu yapılırken, İngiltere bu alanda daha bağımsız oluşumlara yer vermektedir.
- Son olarak, İngiltere’de izleme kurulu üyeliğine seçilmek için eğitim, meslek, alt ve üst yaş sınırı, hizmet süresi gibi nitelikler aranmayıp, genel olarak, iyi karar verme, tarafsız olma, kurul çalışmalarına yetecek bilgiye sahip olma ve bu işe ayıracak zamanı bulma gibi bireysel özellikler dikkate alınmaktadır. Ülkemizdeki kanuni düzenlemeye göre ise, kurul üyeliğine seçilebilmek için 657 sayılı *Devlet Memurları Kanunu*’nda sayılan şartların yanında, yaş, eğitim, en az 10 yıllık mesleki deneyim gibi objektif niteliklerin ve bazı ek şartlar bulunmaktadır.

İzleme kurullarının oluşturulmasında hangi model benimsenirse benimsenirse, mekanizmanın tamamen bağımsız olması ve istisnasız bütün gözaltı yerlerini habersiz ziyarette bulunması birincil önem taşımaktadır. Keza, izleme kurullarının bağımsızlığını güvence altına alacak biçimde kadro yapısına ve mali olanaklara sahip olması da zorunludur<sup>41</sup>.

## B. İzleme Kurullarının Kuruluşu, Görev ve Yükümlülükleri ile Çalışma Esas ve Usulleri

Yukarıda kısaca değinilen gelişmeler uyarınca ülkemizde *Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu* kabul edilerek yürürlüğe girmiştir<sup>42</sup>. Kurulların, idari bir işlemle değil, kanunla ku-

<sup>41</sup> Thomas Hammarberg, Avrupa’da İnsan Hakları, s.219; M. Yılmaz Sağlam, “İnsan Hakları Işığında İnfaz Hukuku Oluşturma”, Elli Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye’de ve Dünyada İnsan Hakları, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefi Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2004, s. 344.

<sup>42</sup> 4681 sayılı ve 14.06.2001 tarihli kanun, RG. 21.06.2001, Sayı 24439. Ayrıca, kanu-

rulmuş olması, yukarıda değinilen Paris İlkeleri'nde sözü geçen "hukusal güvenceye bağlanmış olmak" ölçütü açısından önemlidir. Ancak, toplam 12 maddeden ibaret olan kanunun yeterli bir hukusal düzenlemeye yer verdiği söylenemez.

Kanun 1. maddesinde, ulusal mevzuat yanında, uluslararası mevzuata da değinmekte, böylece uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin de yerine getirilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Ancak, aynı maddede "askeri ceza infaz kurumları ve tutukevlerine ilişkin hükümler saklıdır" ibaresine yer verilmek suretiyle, bu kurumların kanun kapsamı dışında tutulması, kanunun genel amacının gerçekleşmesini sınırlamış olmaktadır ve bu yönü ile eleştiriye açıktır. Ayrıca, kurulların görev alanlarının tanımlanması sırasında getirilen bu istisna, yukarıda değinilen Paris İlkeleri'nde yer alan "yeterli yetkilerle donatılmış olma" ölçütüyle uyumlu olmadığı gibi, uluslararası sözleşmelerle de uyumlu değildir. Gerçekten de, askeri ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin, askeri ceza ve infaz hukukundan kaynaklanan özel durumlarının bulunduğu kabul edilse bile, bu husus, anılan kurumların kanunun kapsamından tamamen çıkarılmasının haklı bir nedeni olamaz. Bu düzenleme, askeri ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki işkence, kötü muamele vb. iddiaların izleme kurullarının denetimi dışında bırakılmasına neden olacaktır. Ayrıca, kanunda, hastanelerde ve adliyelerde bulunan ve "mahkûm koğuşu" olarak adlandırılan, tutuklu ve hükümlülerin bulunduğu alanların kanun kapsamında olduğunu dair açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu eksiklik de kurulların yeterli yetkiyle donatılmış olmaları ilkesi açısından sakıncalıdır ve yukarıda değinilen uluslararası sözleşmelerle uyumlu değildir. Anılan koğuşlar ceza infaz kurumları binalarının dışında olmakla beraber, tutuklu ve hükümlülerin buldukları alanlar olduklarından, kanun kapsamında olduklarının kabulü hatalı bir yaklaşım olmayacaktır. Esasen, Kanun'un 1. maddesinde istisna olarak sadece askeri ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin sayılması da bu kabulü desteklemektedir. Keza, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Ceza İnfaz Kurumları ve

---

nun uygulanmasına ilişkin olarak Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği hazırlanarak kanundan kısa bir süre sonra yürürlüğe girmiştir. RG. 07.08.2001, Sayı 24486.

Tutukevleri İzleme Kurulları 2007 Yılı Faaliyet Raporu'nda<sup>43</sup>, ziyaret edilen kurumlar arasında hastanelerdeki mahkûm koşullarından ve adliyelerdeki hükümlü ve tutuklu nezarethanelerinden söz edilmiş olması, uygulamada, anılan alıkonma yerlerinin de izleme kurullarının denetimi kapsamında görüldüğünü ortaya koymaktadır. 2007 yılında, *Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu*'nda yapılan değişiklik<sup>44</sup> sırasında da bu konunun netleştirilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması eleştiriye açıktır.

Kanun, bulunduğu yargı çevresinde ceza infaz kurumu ya da tutukevi olan her adli yargı adalet komisyonu tarafından bir izleme kurulu oluşturulmasını hükme bağlamaktadır (md.2). Kanunda izleme kurullarının başkan dâhil beş üyeden oluşması öngörülmekte iken (md.2/1), 5712 sayılı kanunun 1. maddesi ile yapılan değişiklikle, kurulun başkan dâhil baş asıl ve üç yedek üyeden oluşacağı belirtilmiştir. Bu değişiklik, kurulların toplanması hususunda uygulamada karşılaşılan bazı aksaklıkları gidermeyi amaçlamakta olup, isabetlidir. Gerçekten de, Türkiye'deki tüm kurulların üye yapısı incelendiğinde, üyelerin genellikle çalışan kişiler oldukları, hatta önemli bir bölümünün de kamu görevi yaptığı görülmektedir. Üyelerin, asli görevleri nedeniyle kurul toplantılarına ve infaz kurumlarının periyodik ziyaretlerine katılmakta sıkıntı yaşamaları, kurulların çalışmasında aksaklıklara yol açabilmektedir. Aynı maddede yapılan bir diğer değişiklik ile de kurulun asıl üyelerinden en az birinin kadınlardan seçilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu değişiklik de olumlu karşılanmalıdır. Özellikle, ziyaret edilen kurumlardaki kadın tutuklu ve hükümlüler ile yapılan görüşmelerde kadın üyenin bulunması iletişimi ve dolayısı ile sorunların çözümünü kolaylaştıracak niteliktedir. Üyeler dört yıl için seçilmekte olup, süresi dolanların yeniden seçilmesi mümkündür. İzleme kurullarının yetki alanı, adalet komisyonunun bulunduğu yargı çevresi ile sınırlıdır. Ancak, yargı çevresinde, müdürlük teşkilatı olan birden fazla ceza infaz kurumu bulunması halinde, buna uygun sayıda izleme kurulu kurulabilir. Bu durumda, her bir izleme kurulunun yetki alanı, adalet komisyonu tarafından belirlenir. Bu düzenleme

<sup>43</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 31.

<sup>44</sup> 5712 sayılı ve 20.11.2007 tarihli kanun, RG. 04.12.2007, Sayı 26720. Kanunda yapılan değişiklikler dikkate alınarak, yukarıdaki değinilen yönetmeliğin de gözden geçirilmesi gerekmektedir.

uyarınca, 31.12.2012 itibariyle, ülkemizde 129 merkezde izleme kurulu görev yapmakta ve bu kurullarda toplam 680 kişi yer almaktadır<sup>45</sup>.

İzleme kurulları üyelerinde aranacak nitelikler Kanun'un 3. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre, izleme kuruluna üye seçilebilmek için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen genel şartlara ek olarak, otuz beş yaşını doldurmuş olmak; tıp, eczacılık, hukuk, kamu yönetimi, sosyoloji, psikoloji, sosyal hizmetler, eğitim bilimleri ve benzeri alanlarda en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğrenim kurumlarından mezun olmak ve mesleği ile ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarında ya da özel sektörde en az on yıl çalışmış bulunmak; kişisel nitelikleri ile çevresinde dürüst, güvenilir ve ahlaklı olarak tanınmış olmak; herhangi bir siyasi partinin merkez, il veya ilçe teşkilatında görevli bulunmamak şartları aranmaktadır. Kimlerin izleme kurullarına seçilemeyeceği ise Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiş olup, bu maddede üyelerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik yasaklara yer verilmektedir<sup>46</sup>. Kurul üyelerinde aranacak niteliklerin yer aldığı maddede sayılan meslek gruplarının geniş tutulması olumlu bir düzenlemedir. İlk bakışta, infaz uygulamalarının değerlendirildiği bu kurullarda sadece hukuk eğitimi alanların görev yapması düşünülebilir ise de, infaz kurumlarındaki sorunların çok boyutlu olması, farklı meslek gruplarının da kurullarda yer alabilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda özellikle, tıp, psikoloji, eğitim bilimleri gibi alanlarda eğitim almış kişilerin kurullarda yer alması, tutuklu ve hükümlülerin sorunlarının farklı açılardan değerlendirilmesine olanak sağlayacaktır. Nitekim, yukarıda değinilen Paris İlkeleri'nde de kurulların oluşumunda çoğulculuğun esas alınması vurgulanmaktadır. Bu bağlamda kurullarda yer alan üyelerin önemli bir bölümünün kamu görevlisi olması çoğulculuk açısından sorun yaratabilir. Bu nedenle,

<sup>45</sup> 2012Faaliyet Raporu, s. 5.

<sup>46</sup> Ancak madde yer alan, kurul üyeliğine seçilebilmek için ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ya da hükümlülerden biri ile evlilik, vesayet veya ikinci derece dahil hısımlık ilişkisi bulunmamasına ilişkin hüküm, tutuklu ve hükümlülerin haklarını korumada en hassas kişileri dışladığı için eleştirilebilir. Mustafa Eren, "Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi El Kitabı Üzerinden Bir Değerlendirme: Hapishaneler İlişkin Avrupa Kriterlerinin ve Türkiye Pratiğinin Bir Belge Üzerinden Okunması", <http://www.cezaevindestk.org/duyuru-22-ceza+infaz+kurumu+yonetimi+el+kitabi+uzerinde+bir+degerlendirme>

izleme kurullarındaki sivil toplum örgütü temsilcilerinin sayılarının fazla olması önemlidir. Aşağıda yer alan izleme kurullarıyla ilgili sayısal verilerden, üyelerin hangi oranda kamu görevlisi kaynaklı olduğu anlaşılacakla beraber, bir kısmının sivil toplum örgütlerine ya da meslek örgütlerine üye olduğu görülmektedir. Ancak, sivil toplum örgütlerine üye olan izleme kurulu üyelerinin sayısının istenilen seviyede olmadığını ifade etmek gerekir.

Uygulamada, 2007 yılı sonu itibariyle, kurullarda yer alan kişilerin meslek, yaş ve cinsiyet yönünden değerlendirilmesinde şu hususlar dikkat çekmektedir<sup>47</sup>. İlk olarak, 2007 yılı sonu itibariyle, 130 ağır ceza merkezinde faaliyet gösteren izleme kurullarında 114 ayrı meslek grubundan toplam 647 üye görev yapmıştır. Üyelerin 57'si aynı zamanda farklı sivil toplum kuruluşları ile meslek birliklerinin de üyesidir. Bu üyelerin faaliyet gösterdiği sivil toplum kuruluşu veya meslek örgütünün sayısı ise 53'tür. İzleme kurulu üyelerinin farklı meslek gruplarından seçilmiş olduğu görülmektedir. Sayısal olarak bakıldığında, kurullarda, 134 avukat, 114 doktor, 96 öğretmen, 49 öğretim elemanı, 45 eczacı, 19 sosyal hizmet uzmanı, 17 psikolog, 17 mühendis, 8 emekli hâkim, 6 emekli Cumhuriyet savcısı ve diğer meslek gruplarından da 142 kişi bulunmaktadır. 2007 yılı sonu itibariyle kurullarda 590 erkek, 57 kadın üye bulunmaktadır. 2008 yılı sonu itibariyle ise kurullarda yer alan 647 üye 111 ayrı meslek grubundan gelmektedir. Bunlar arasında 130 avukat, 94 doktor, 83 öğretmen, 44 eczacı, 39 öğretim elemanı, 16 sosyal hizmet uzmanı, 13 psikolog, 14 mühendis, 8 emekli hâkim, 5 emekli Cumhuriyet savcısı bulunurken, 201 üye de diğer meslekler gruplarından. 2008 yılı sonu itibariyle, üyelerin 56'sının sivil toplum kuruluşlarının ya da meslek birliklerinin üyesi olduğu, üyelerin faaliyet gösterdiği sivil toplum kuruluşu ve meslek örgütü sayısının 52 olduğu ifade edilmektedir. Aynı tarihte kurullarda 566'sı erkek, 81'i kadın üye bulunduğu da belirtilmektedir<sup>48</sup>. 2009 yılı sonu itibariyle izleme kurullarında 645 asıl üye bulunmakta olup, bunlar 111 farklı meslek grubundandır. Bunlar içinde 129 avukat, 83 doktor, 106 öğretmen, 34 eczacı, 41 öğretim elemanı, 20 sosyal hizmet uzmanı, 14 psikolog, 11 mühendis, 8 emekli hâkim, 5 emekli Cumhuriyet savcısı ve 129 da

<sup>47</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 25-27.

<sup>48</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 16-17.

diğer meslek mensubu bulunmaktadır. Üyelerin 46'sının sivil toplum kuruluşlarının ya da meslek birliklerinin üyesi olduğu, üyelerin faaliyet gösterdiği sivil toplum kuruluşu ve meslek örgütü sayısının da 43 olduğu ifade edilmektedir. 2009 yılı sonu itibariyle erkek üye sayısı 526 iken, kadın üye sayısı 119'a ulaşmıştır. 5712 sayılı kanunla 4681 sayılı kanunun 2. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, her kurulda en az bir kadın üye bulunması zorunluluğu, kadın üye sayısının artışına neden olmuştur. Ancak, kadın üyelerin sayısının, yapılacak yeni bir yasal değişiklikle ya da seçimlerde kadın adaylara ağırlık verilmesi ile daha da artırılması, cinsiyetlerin eşit temsili açısından yararlı olacaktır. 2010 yılı sonu itibariyle, 83 ayrı meslek grubuna mensup 636 asıl üyenin izleme kurullarında görev yaptığı belirtilmektedir. Üyelerin 46'sı aynı zamanda değişik sivil toplum kuruluşları ile meslek birliklerinin de üyesidir. Bu üyelerin faaliyet gösterdiği sivil toplum kuruluşları veya meslek örgütlerinin sayısı 42'dir. Tüm üyeler içinde 128 avukat, 87 doktor, 121 öğretmen, 34 eczacı, 37 öğretim görevlisi, 21 sosyal hizmet uzmanı, 15 psikolog, 16 mühendis, 8 emekli hakim, 1 emekli Cumhuriyet savcısı ve 168 diğer meslek guruplarından kişiler yer almaktadır<sup>49</sup>. 2010 yılı sonu itibariyle, kurullardaki erkek üye sayısı 512, kadın üye sayısı 124'tür<sup>50</sup>. 2011 yılı sonu itibariyle, izleme kurullarında 646 asıl üye görev yapmakta olup, bunların 129'u avukat, 84'ü doktor, 118'i öğretmen, 32'si eczacı, 52'si öğretim görevlisi, 23'ü sosyal hizmet uzmanı, 16'sı psikolog, 18'i mühendis, 8'i emekli hakim, 4'ü emekli Cumhuriyet savcısı ve 162'si de diğer meslek mensuplarıdır. Üyelerin 523'ü erkek, 123'ü ise kadındır<sup>51</sup>. En son yayınlanan 2012 Yılı Faaliyet Raporu'na göre 2012 yılı sonu itibariyle kurullarda 105 ayrı meslek gurubundan 680 asıl üye görev yapmakta olup, bunların 135'i avukat, 83'ü doktor, 33'ü öğretmen, 146'si eczacı, 43'ü öğretim görevlisi, 18'i sosyal hizmet uzmanı, 12'si psikolog, 5'i mühendis, 9'u emekli hakim, 6'sı emekli Cumhuriyet savcısı, 190'ı diğer meslek grubundandır ve üyelerin 545'i erkek, 135'i kadındır<sup>52</sup>.

2007-2012 verileri dikkate alındığında, izleme kurullarında ağırlıklı olarak hukukçular, sağlık görevlileri ve eğitimciler yer almakta-

<sup>49</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 21.

<sup>50</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 22.

<sup>51</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 17,18.

<sup>52</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 15, 17.

dır. İzleme kurullarına emekli hâkim ve Cumhuriyet savcılarının da seçilmeleri, zaman zaman eleştirilere neden olmaktadır. Bu bağlamda, kurul üyelerini seçen adli yargı adalet komisyonlarının hâkim ve savcılardan oluşmasının, kurul üyelerinin de bu meslek gruplarının emeklilerinden oluşmasını kolaylaştıracağı ve bu durumun da denetimin niteliğini sorgulatacağı ileri sürülmektedir. Özellikle, ceza infaz sistemi ile ilgilenen sivil toplum kuruluşlarından gelen eleştirilerde, kurul üyelerinin seçiminde meslek odaları, barolar ve demokratik kitle örgütlerinin adaylarının kurullara alınmaması, eleştiri konusu yapılmaktadır<sup>53</sup>. Bu konudaki hassasiyet anlaşılır olmakla beraber, uygulamada, kurullarda emekli hâkim ve savcı olarak çok az sayıda üyenin bulunması, ortada ciddi bir sorunun bulunduğunu söylemeyi güçleştirmektedir. Keza, kurullarda yer alan üyelerin önemli bir bölümünün hukukçular, sağlık ve eğitim personeli oldukları ve bunların meslek örgütlerine bağlı çalıştıkları da dikkate alındığında, eleştirilerdeki haklılık payının sorgulanması gerektiği düşünülebilir. Yine de, adli yargı adalet komisyonları tarafından yapılacak seçimlerde bu hassasiyetin dikkate alınması halinde eleştirilerin giderek azalması sağlanabilir.

2007 yılı sonu itibarıyla, izleme kurullarında görev yapan 40 üye 30 ila 39, 273 üye 40 ila 49, 216 üye 50 ila 59, 92 üye 60 ila 69, 26 üye ise 70 ila 79 yaş gruplarında yer almaktadır<sup>54</sup>. 2008 yılı sonunda üyelerin 30'unun 30 ila 39, 285'inin 40 ila 49, 211'inin 50 ila 59, 94'ünün 60 ila 69, 26'sının 70 ila 79 ve 1 üyenin de 80 ila 89 yaş grubunda olduğu belirtilmektedir<sup>55</sup>. 2009 yılı sonunda ise üyelerin 74'ünün 35 ila 39, 290'ının 40 ila 49, 170'ünün 50 ila 59, 84'ünün 60 ila 69, 26'sının 70 ila 79 ve 1 üyenin de 80 ila 89 yaş aralığında bulunduğu görülmektedir<sup>56</sup>. Son yayınlanan 2012 yılı raporunda da benzer veriler yer almaktadır<sup>57</sup>. Bu verilere göre, üyelerin büyük bölümünün orta yaş grubunda yer aldığını söylemek mümkündür.

<sup>53</sup> İzmir Ceza ve Tutukevleri Bağımsız İzleme Grubu Yıllık Raporu (Ekim 2003-Ekim 2004), s. 1-2. Rapor için bkz. <http://www.bianet.org/archives/go?id=1>, Erişim Tarihi 14.02.2014. Ayrıca bkz. <http://www.gunisigihukuk.com/izmircezavetutukevleri.html>, Erişim Tarihi, 14.02.2014.

<sup>54</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 26.

<sup>55</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 17.

<sup>56</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 22.

<sup>57</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 16.

İzleme kurul üyelerini, yukarıda belirtilen seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından adli yargı adalet komisyonu oy birliği ile seçmektedir. Adli yargı adalet komisyonu, izleme kurulu üyelerini re'sen seçebileceği gibi, o yerdeki ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşünü alarak ya da o yerin en büyük mülki amirinin yardımıyla belirlenecek olanlar ile doğrudan başvurular arasından da seçebilir. Bu şekilde seçilen izleme kurulu üyeleri adalet komisyonu önünde, kanunda belirlenen şekilde ant içerek göreve başlarlar (md.5). Kurul üyelerinin adli yargı adalet komisyonu tarafından seçilmesi, kurulun bağımsızlığı açısından eleştiri konusu yapılabilmektedir. Ancak, kurul üyelerinin tümüyle sivil toplum kuruluşları tarafından oluşması kabul edilse bile, bu kez sınırlı üyeye sahip bu kurullarda sivil toplum kuruluşlarının ne şekilde temsil edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Ayrıca, tümüyle sivil toplum kuruluşları tarafından seçilen kurullar biçiminde örgütlenmeler ülkemizdeki insan hakları kurumları açısından yaygın bir uygulama da değildir. Mevcut düzenlemeye göre kurul üyelerinin bağımsız hâkim ya da savcı statüsünden bulunan görevliler tarafından atanması, kurulun herhangi bir idari makam tarafından atanmasına nazaran daha güvenceli bir yapılanma sayılmalıdır. Özellikle, kurula seçilebilmenin isteğe bağlı olması da bu kurulları, benzer nitelikteki diğer kurullardan ayırmakta ve bağımsızlığını güçlendirmektedir. Bu bağlamda, insan hakları ihlallerine ilişkin iddiaları inceleme görevi de bulunan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları'nın üyelerinin, kurumları tarafından görevlendirilmeleri<sup>58</sup> bu kurulların etkin çalışması açısından sorun yaratacak niteliktedir.

İzleme kurullarının görev ve yükümlülükleri ise kanunun 5712 sayılı yasa ile değişik 6. maddesinde şu şekilde sıralanmaktadır: Ceza infaz kurumları ve tutuk evlerindeki infaz ve ıslah uygulamalarına ilişkin işlem ve faaliyetleri yerinde görmek, incelemek, yönetici ve görevlilerden bilgi almak, hükümlü ve tutukluları dinlemek; ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde infaz ve ıslah, hükümlü ve tutukluların

<sup>58</sup> İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik md.5, md.6. RG. 23.11.2003, Sayı 25298. Bu kurullardaki üyelerin belirlenmesinde daha önce kamu kuruluşları ağırlıklı bir yapılanma esas alınmışken (İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 02.11.2000, Sayı 24218), yeni yönetmelikte nispeten "sivil" bir oluşuma yer verilmiştir.



sağlık ve yaşam koşulları, iç güvenlik, sevk ve nakil işlemleri ile ilgili olarak gördükleri aksaklık ve eksiklikleri yetkili mercilere bildirmek; ceza infaz kurumları ve tutukevleri ile tespitleri ve aldıkları bilgileri değerlendirerek en az dört ayda bir rapor düzenlemek, raporun bir örneğini Adalet Bakanlığı'na, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Başkanlığı'na, izleme kurullarının bulunduğu yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılığına ve görev alanına giren bir şikâyet konusu bulunduğu takdirde infaz hâkimliğine göndermek; kanunların verdiği diğer görevleri yapmak. Maddedeki değişiklikten önce, rapor düzenleme periyodu üç ay iken, değişiklik ile dört ay olarak belirlenmiştir. Keza, değişiklikten önce raporların gönderildiği merciler arasında TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu bulunmazken, bu komisyon da raporların gönderileceği merciler arasına dâhil edilmiştir. Her iki değişikliği de olumlu karşılamak gerekir. İlk olarak, raporların hazırlanma döneminin uzatılması kurullara çalışmalarında esneklik sağlayacaktır. Esasen, kanunda raporların "en az" dört ayda bir hazırlanmasından söz edildiğine göre, kurulların daha kısa dönemlerde de rapor düzenlenmesi mümkündür. Özellikle, acil durumlarda infaz kurumlarının derhal ziyaret edilmesi gerektiğinde hazırlanacak raporun dört aylık dönemden kısa bir süreyi kapsamaması söz konusu olacaktır. Diğer taraftan, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ile kurulların görev alanları dikkate alındığında, kurullar tarafından hazırlanan raporların bu komisyona da gönderilmesi, siyasi denetimin işletilmesi ve ona bağlı olarak da kamuoyu denetimi açısından fayda sağlayabilecektir.

Bu bağlamda, maddede yapılan bir diğer değişiklik uyarınca, Adalet Bakanlığı, cezaevi güvenliğine ilişkin hususlar müstesna olmak üzere, her yıl bir önceki yıla ait izleme kurullarınca düzenlenen raporların sayısını, konularını, yerine getirilen ve getirilemeyen önerileri ve gerekçelerini bir rapor ile kamuoyuna açıklamakla yükümlü kılınmıştır. Ceza infaz kurumlarının kamuoyu denetimine açılması açısından izleme kurulları raporlarının, genel olarak da olsa, alenileştirilmesine olanak sağlanması da olumlu bir gelişme olarak karşılanabilir. Ancak, Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan yıllık raporlarda, kanundaki sınırlamaya uygun olarak sadece sayısal verilere ve çok kısa biçimde kurullardan gelen önerilere yer verilmesi, raporlara konu olan olayların gelişim şeklini ortaya koymaktan uzak bir yaklaşımdır. Diğer

tarafından, kanunun 6. maddesinde yer alan, kurul üyelerinin görevleri sırasında edindikleri bilgileri ve düzenlenen raporları yetkili mercilerin izni olmadan açıklamalarını engelleyen hüküm, varlığını korumaktadır. Bu yasak nedeni ile kurulların raporlarını alenileştirerek kamuoyuna duyurması ve denetimi etkinleştirilmesi yetkili mercilerin<sup>59</sup> iznine bırakılmış olmaktadır. Oysa, uluslararası hukuk belgelerinde, denetim sonrasında gerekli iyileştirmelerin sağlanmaması halinde, raporların alenileştirilmesi, önemli bir yaptırım mekanizması olarak kullanılabilir. Ceza infaz sistemiyle ilgili faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerinin raporlarında da bu yasak eleştirilmekte ve izleme kurullarının, bu düzenleme nedeniyle sivil denetim yapamayacağı ifade edilmektedir<sup>60</sup>. Gerçekten de sivil denetimin en önemli unsuru, şeffaflığın sağlanması olup, bunun en etkili yolu elde edilen bilgi ve bulguların kamuoyu ile paylaşılmasıdır.

*Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu'nun* 7. maddesi, kurulların çalışma esas ve usullerini düzenlemektedir. Buna göre, izleme kurulları yapacağı ilk toplantıda üyeleri arasından iki yıl için bir başkan, bir başkan yardımcısı ve bir raportör seçer<sup>61</sup>. Süresi dolan üyelerin yeniden seçilmeleri mümkündür. *Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği'nin* 15. maddesine göre, kurul üyeleri göreve başlamalarından itibaren üç ay içinde 12 saatten az olmamak üzere bir eğitim programına tabi tutulurlar.

Kanun'un 7. maddesinde 2007 yılında yapılan değişikliğin ardından, izleme kurullarının toplantı dönemi en az iki aydan, üç aya çıkarılmıştır. Dikkat edileceği üzere, burada ifade edilen minimum süre olup, kurullar daha kısa dönemler halinde de toplanabilirler. Esasen, aynı maddeye göre, başkan re'sen ya da üye tam sayısının salt çoğunluğunun görüşülecek konuyu da belirten yazılı istemi üzerine kuru-

<sup>59</sup> Yetkili merciler, Yönetmeliği 11. maddesinde, konunun özelliğine göre Adalet Bakanlığı veya ilgili Cumhuriyet başsavcılığı olarak belirtilmektedir.

<sup>60</sup> İzmir Ceza ve Tutukevleri Bağımsız İzleme Grubu Yıllık Raporu (Ekim 2003-Ekim 2004), s. 2. Anılan grup, 13.08.2004 tarihinde Adalet Bakanlığı'na başvurarak İzmir ilindeki tüm izleme kurullarının raporlarının birer örneğini istemiş ise de Bakanlık 4681 sayılı yasanın 6. ve ilgili Yönetmeliği 11. maddesini gerekçe göstererek talebi reddetmiş, ayrıca Bilgi Edinme Kanunu'nun 16. maddesini de destek olarak kullanmıştır (s. 2-4).

<sup>61</sup> İzleme kurulu başkanı, raportörü ve büronun görevleri Yönetmeliğin 12-14. maddelerinde sıralanmaktadır.

lu olağanüstü toplantıya çağırabilmektedir. Toplantı döneminin uzatılmış olması da kurulun esnek çalışmasını sağlayacağından, olumlu bir değişikliktir. Kanun'un 7. maddesinde yapılan bir diğer değişiklik gereğince, kurul asıl üyelerin salt çoğunluğu (3 kişi) ile toplanır ve raporlar katılan üyelerin salt çoğunluğu (2 kişi) ile kabul edilir. Oysa, ilk düzenlemede kurul salt çoğunluğun bir fazlası (4 kişi) ile toplanabilmekte ve katılan üyelerin salt çoğunluğu (3 kişi) ile raporları kabul edebilmekteydi. Bu değişiklik ile de toplanma ve karar alma kolaylığı sağlanmış olmaktadır. Yine bu maddeye göre izleme kurulları, ilgili olduğu ceza infaz kurumu ve tutukevini en az iki ayda bir olmak üzere, gerekli gördüğü her zaman ziyaret edebilir; bu ziyaretlere katılan üyelerin sayısı, toplantı yeter sayısından az olamaz.

İzleme kurullarının toplantı dönemlerini kendilerinin belirleyebilmesi ve kurulların idareden bağımsız biçimde toplanabilmesi, kurulların etkinliği açısından önem taşımaktadır. Ayrıca, kurulların çalışmalarını kolaylaştırıcı bazı düzenlemelere *Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği*'nde de yer verilmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre, kurulun çalışmaları için ilgili adalet komisyonun bulunduğu binada bir yer ayrılır ve kurulun sekreteryaya hizmetleri adalet komisyonunun bürosu tarafından yürütülür. Keza, adliye personeli arasından yeterli sayıda memur, izleme kurulu büro hizmetlerini yürütmek üzere gerektiğinde komisyonca görevlendirilebilir. Uygulamada, genellikle, adliye binalarındaki sınırlı kapasite nedeniyle izleme kurullarına bağımsız bir oda verilemediği gibi, idari personelin yetersizliği nedeniyle personel yardımından da yararlanılamamaktadır. Kısacası, kurulların kendi personelini seçebilmeleri söz konusu olmadığı gibi, kendi mali kaynakları da yoktur. Bu husus, Paris İlkeleri'nde yer alan "verimlilik-faaliyetlerde etkinlik" ilkesi ile uyumlu değildir.

Yönetmeliğin 8/II. maddesi gereğince, kurulların gerçekleştireceği ziyaretler için gereken ulaşım aracı, olanaklar ölçüsünde Cumhuriyet başsavcılığınca sağlanır ve ziyaretler sırasında kurul üyelerinin güvenliklerinin sağlanması için Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından gerekli tedbirler alınır. Keza, infaz kurumları idareleri de izleme kurullarının ziyaretlerinde gerekli yardım ve kolaylığı sağlamakla yükümlüdür. Bütün bu düzenlemeler dikkate alındığında, kurulların kanunda belirtilen dönemleri geçmemek kaydıyla dilediği zaman, di-

lediği gündemle toplanabileceğini ve adalet komisyonlarından destek alabileceklerini söylemek mümkündür. Oysa, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları illerde vali ya da bir vali yardımcısının; ilçelerde kaymakamın başkanlığında ve bunların ya da yönetmelikte sayılan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının belirleyeceği gündemle toplanmaktadır<sup>62</sup>. İl ve İlçe İnsan hakları Kurullarında yer alan üyelerin sayısının izleme kurullarından daha fazla olması da toplantılarda mülki amirin etkinliğini ön plana çıkarmaktadır. Bu açılardan konuya yaklaşıldığında, izleme kurullarının çalışma esas ve usulleri, diğer insan hakları kurumlarına kıyasla, “bağımsızlık” açısından nispeten daha olumludur.

*Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu*’nun 8. maddesi, izleme kurulu üyeliğinin sona ermesini gerektiren nedenleri saymakta ve sayılan nedenlerin gerçekleşmesi halinde sona ermenin adli yargı adalet komisyonu kararı ile olacağını ifade etmektedir. Kanun’un 9. maddesi, izleme kurulu üyelerine karşı işlenen suçlar ve kurul üyelerinin cezai sorumluluğu açısından kurul üyelerini devlet memuru olarak saymakta ve yargılanmaları söz konusu olduğunda, soruşturma izninin adli yargı adalet komisyonu başkanı tarafından verileceğini hükme bağlamaktadır.

Kanun’un 10. maddesi, kurul başkan ve üyelerine her toplantı için 2000 gösterge rakamının devlet memurlarına uygulanan aylık katsayıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarda huzur ücreti ödeneceğini, ancak bir ayda en çok iki toplantı için ödeme yapılabileceğini ve başkanlar kurulunun gösterge rakamını iki katına kadar arttırmaya yetkili olduğunu belirtmektedir. Kurulda gönüllük esasına göre çalışılması, ücret ödenmesine engel olmamıştır. Böylece, kurul üyelerinin emekleri için, sınırlı da olsa, bir bedel ödenmiş olmaktadır. Ayrıca, aynı maddeye göre, kurul üyelerine harcırah ödenmesi mümkün olup, kurulların görevleri ile ilgili her türlü harcamalar Adalet Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanmaktadır.

### **C. İzleme Kurullarının İnceleme Konuları ve Raporları**

İzleme kurullarının inceleme konuları, kanunun amacının belirtildiği 1. maddesi ile kurulun görev ve yükümlülüklerinin belirtildiği

<sup>62</sup> İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, md.9, md.14.

6. maddesi ışığında aşağıda ele alınacak başlıklar altında toplanabilir. Kurullar, inceleme konularını<sup>63</sup> infaz kurumlarına gerçekleştirdikleri ziyaretler sırasında dikkate almakta ve değerlendirmelerini raporlar haline getirerek ilgili mercilere sunmaktadırlar. İzleme kurulları, ziyaretler sırasında yaptıkları incelemelerdeki bulgularını bir rapor halinde getirerek kanunda belirtilen mercilere iletmekle kalmamakta, bunun yanında Cumhuriyet başsavcılıkları, infaz kurumları idaresi, yerel yönetim kuruluşları ve sivil toplum örgütleri ile işbirliği içinde çözüm olanakları da aramaktadırlar.

Raporlar, uygulamada ara dönem raporları ve yıllık raporlar olmak üzere iki başlık altında toplanmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere, kanunun 6/3. maddesine göre, ara dönem raporları 4 ayda bir düzenlenmektedir. Yıllık raporlarda ise bir yıl içinde yapılan ziyaretlerin sonuçları değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, infaz kurumlarının kaç kez ziyaret edildiği, hangi önerilerin yapıldığı, yerine getirilen ve getirilemeyen önerilerin neler olduğu, izleme kurullarına başvuran hükümlü ve tutukluların sayıları, başvuru konuları ve başvuruların nasıl sonuçlandırıldığı gibi hususların yıllık raporda yer alması öngörülmektedir. Böylece, izleme kurullarının gerçekleştirdiği denetimin ana eksenini “raporlama” faaliyeti oluşturmaktadır<sup>64</sup>. Bu raporların doğrudan bağlayıcılık taşımamasının yarattığı olumsuzluk, raporları değerlendirmekle görevli birimlerin gerekli hassasiyeti göstermesi halinde azalacaktır.

## 1. İnfaz Uygulamaları

İzleme kurullarının inceleme konularından ilkinin, kurumlardaki infaz uygulamaları oluşturmaktadır. Bu konuda temel olarak infaz rejimini düzenleyen mevzuat hükümleri (*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*<sup>65</sup>, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tü-*

<sup>63</sup> İnceleme konuları başlığı altında dikkate alınacak hususlar ile ilgili olarak bkz. 2007 Faaliyet Raporu, s. 11-17.

<sup>64</sup> Uluslararası insan hakları hukukunda, koruma mekanizması olarak kullanılan denetim yöntemleri arasında raporlara dayalı denetim önemli bir yer tutmaktadır. Bu konuda bkz. Abdurrahman Eren, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması*, s. 194-198.

<sup>65</sup> 5275 sayılı ve 13.12.2004 tarihli kanun. RG. 29.12.2004, Sayı 25685.

*zük*<sup>66</sup>) dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, ana hatları ile ifade etmek gerekirse; hükümlü ve tutukluların infaz kurumlarına kabul işlemleri, hükümlülerin sınıflandırılması ve cezaların infazı, hükümlülerin yükümlülükleri, uygulanan disiplin tedbir ve cezaları, hükümlü ve tutukluların hakları, güvenceleri ve kısıtlamaları, kurumun kapasitesi ve mevcudu gibi konuların değerlendirmesi beklenmektedir. Kısacası, cezanın infazının insan onuruna yakışır şekilde yapılıp yapılmadığı, bu başlık altında incelenmektedir.

## 2. Islah (Eğitim ve İyileştirme) Çalışmaları

İzleme kurulları, islah çalışmaları başlığı altında; hükümlü ve tutukluların eğitim ve iyileştirme faaliyetlerini incelemektedirler. Bu bağlamda, okuma-yazma eğitimi, değişik branşlarda açılan kurs ve mesleki eğitim faaliyetleri, kütüphane-kitaplık çalışmaları, seminer, anma günleri gibi sosyal ve kültürel etkinlikler üzerinde durulması gerekmektedir.

## 3. Sağlık Hizmetleri

Sağlık hizmetleri kapsamında; kurumlardaki tutuklu ve hükümlülerin sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, kurum tabibinin çalışmaları, hastaneye sevk işlemleri, muayene, tetkik, kontrol ve tedavi hizmetleri, iaşenin kalitesi, miktarı ve dağıtım şekli, hükümlü ve tutuklular ile personelin temizliği, kullanılan eşyaların temizliği, kurumlardaki su, ısıtma ve aydınlatma tesislerinin yeterliliği, beden eğitimi ve sportif faaliyetler, vb. konularda inceleme ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

## 4. Yaşam ve Hijyen Şartları

Bu başlık altında; hükümlü ve tutukluların genel hijyen koşullarının gerektirdiği biçimde mevsim ve bölgenin koşullarına göre uygun ısıda banyo ve duş imkanlarının sağlanması, çamaşırların yıkanması, traş olanakları, tuvalet, banyo ve mutfağın hijyen koşullarına uygunluğu, yatak ve yatak takımlarının temizliği, hükümlü ve tutuklulara gerekli miktar ve kalitede yiyecek verilmesi gibi konular üzerinde durulmaktadır.

<sup>66</sup> RG. 06.04.2006, Sayı 26131.

## 5. İç Güvenlik Hizmetleri

İç güvenlik hizmetleri başlığında; genel olarak, kurumların iç güvenliğinin sağlanması hususunda mevzuatta öngörülen düzenlemelere uyulup uyulmadığı, sayım ve aramaların düzenli olarak yapılıp yapılmadığı, özellikle *Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik*<sup>67</sup> hükümlerinin dikkate alınıp alınmadığı irdelenmektedir.

## 6. Sevk ve Nakil Uygulamaları

Bu başlık altında ise, hükümlü ve tutukluların ne şekilde ve hangi koşullarda sevk ve nakillerinin sağlandığı, nakil araçlarının asgari koşulları taşıyıp taşımadığı, adliye ve sağlık kuruluşlarındaki mahkûm koşullarının koşullarının uygun olup olmadığı konularında incelemeler yapılmaktadır.

## 7. Fiziki Yapı

Kurumların fiziksel durumlarının kendilerinden beklenen işlevleri gereği gibi yerine getirmeye uygun olup olmadığı, kurumların fiziksel yapısının tutuklu ve hükümlülere sunulan hizmetin kalitesine etkisi, bu başlık altında değerlendirmeye tabi tutulan konular arasında yer almaktadır.

## 8. Personel Durumu

İzleme kurulları gerçekleştirdikleri ziyaretler sırasında sadece hükümlü ve tutukluların sorunlarını değil, infaz kurumları personelinin sorunlarını da dikkate almaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, personelin çalışma koşulları, kurumlardaki hizmetin kalitesini yakından etkilemektedir.

## 9. Hükümlü ve Tutuklular ile Yapılan Görüşmeler

İzleme kurullarının ziyaretleri sırasında gerçekleştirdikleri önemli faaliyetlerden birini de hükümlü ve tutuklular ile yapılan görüşmeler oluşturmaktadır. Bu noktada, izleme kurulları ile hükümlü ve

<sup>67</sup> RG. 17.06.2005, Sayı 25848.

tutuklular arasında güvene dayanan yapıcı bir diyalog ortamının geliştirilmesi önem taşıdığı gibi, kurullar, hükümlü ve tutuklular ile idare arasında köprü görevi görebilmektedirler. Özellikle, bazı hükümlü ve tutukluların sorunlarını kurum dışından olan izleme kurullarına iletmeleri söz konusu olabilmektedir. *Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Yönetmeliği*'nin 8/IV. maddesi uyarınca, görüşmelerin hükümlü ve tutuklular ile yalnız yapılabilmesi mümkün olduğu gibi, kurulun istemesi halinde infaz kurumu görevlileri de görüşmede hazır bulunabilmektedir. Ayrıca, izleme kurulları hükümlü ve tutuklular ile yaptıkları görüşme konuları hakkında infaz kurumundan veya Cumhuriyet savcılığından bilgi talep edebilmektedirler.

## D. Raporların Değerlendirilmesi

### 1. Genel Olarak

İzleme kurulları tarafından hazırlanan raporlar esas olarak Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki İzleme Kurulları ve İnfaz Hâkimlikleri Şubesi tarafından değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, raporların gönderildiği diğer mercilerden biri olan TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun da raporları değerlendirmesi, TBMM'nin yasama ve denetleme faaliyetlerinde dikkate alması mümkündür. Keza, Cumhuriyet başsavcılıklarının raporlardaki önerileri kurum idareleri ile görüşerek çözüme bağlamaları mümkün olduğu gibi, görev alanlarına giren konular olması halinde, infaz hâkimlikleri de raporlardan yararlanabilmektedir. Böylece, izleme kurullarının raporları farklı kurumlar tarafından dikkate alınabilmekte, bu surette etkinliklerinin artması hedeflenmektedir. Bu bağlamda, raporların bağlayıcı bir gücü bulunmaması, sadece önerilerden ibaret olması, raporların etkinliğini zayıflatsa da uygulamada raporlardaki önerilerin dikkate alındığı, bir kısmının ise zaman içinde çözüme bağlandığı görülmektedir. Bu durum, raporların etkisinin ilk bakışta düşünüldüğünden daha fazla olduğunu göstermektedir. Gerçekten, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından kamuoyuna açıklanan aşağıda incelenecek olan izleme kurullarının yıllık faaliyet raporlarının önemli bir kısmının, izleme kurullarının raporlarında yer alan önerilerin değerlendirilmesine ayrılması dikkat çekicidir.



## 2. İzleme Kurullarının Faaliyet Raporları

İlk kez 2007 yılı için yayınlanan Faaliyet Raporu'nda belirtildiğine göre, 2007 yılı içinde ülke genelindeki toplam 130 izleme kurulu, 420 ceza infaz kurumunu toplam olarak 1337 kez ziyaret etmiş ve bu ziyaretler sonucunda 506 adet rapor düzenlenmiş, raporlarda 2149 adet öneride bulunulmuştur<sup>68</sup>. 2008 Yılı Faaliyet Raporu'nda ise yıl içinde toplam 130 izleme kurulu tarafından 387 infaz kurumu ziyaret edilmiş, bu ziyaretlerle ilgili 515 rapor düzenlenmiş ve raporlarda 2552 öneride bulunulmuştur<sup>69</sup>. 2009 Yılı Faaliyet Raporu'nda 130 izleme kurulu tarafından 372 infaz kurumunun 902 kez ziyaret edildiği, bu ziyaretler sonucunda 346 rapor düzenlendiği ve raporlarda 2205 öneride bulunulduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. 2010 Yılı Faaliyet Raporunda, 130 izleme kurulu tarafından 370 ceza infaz kurumunun 1198 kez ziyaret edildiği ve bu ziyaretlerin sonunda 412 rapor düzenlendiği, raporlarda 1918 öneride bulunulduğu belirtilmektedir<sup>71</sup>. 2011 Yılı Faaliyet Raporu'nda 131 izleme kurulu tarafından 373 ceza infaz kurumunun 1192 kez ziyaret edildiği, bu ziyaretler sonucunda 456 rapor düzenlendiği ve raporlarda 2221 öneride bulunulduğu ifade edilmektedir<sup>72</sup>. 2012 Yılı Faaliyet Raporunda 136 izleme kurulu tarafından, 369 ceza infaz kurumunun 1366 kez ziyaret edildiği, bu ziyaretler sonucunda 507 rapor düzenlendiği ve raporlarda 1345 öneride bulunulduğu belirtilmektedir<sup>73</sup>. Bu veriler ışığında, kurullar tarafından her yıl 2000 civarında öneride bulunulduğu söylenebilir.

### a. İzleme Kurulu Önerilerinin Yerine Getirilme Durumu

İzleme kurullarının inceleme konuları, yukarıda başlıklar altında sıralanmıştır. Kurullar tarafından hazırlanan raporlarda da genel olarak bu başlıklar altında toplanabilecek önerilere yer verildiği görülmektedir.

<sup>68</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 31.

<sup>69</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 19.

<sup>70</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 25.

<sup>71</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 25.

<sup>72</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 21.

<sup>73</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 20.

Bu bağlamda, 2007 yılına ilişkin raporlarda yer alan ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin fiziki yapısı ile ilgili toplam 394 öneriden 230'u yerine getirilmiş, 164'ü ise yerine getirilememiştir. Bu başlık altındaki önerilerin yerine getirilme oranı %58,4 olarak ifade edilmiştir. İslah çalışmaları ile ilgili 200 öneride bulunulmuş, bunların 190'ı yerine getirilirken, 10'u yerine getirilememiş, böylece, yerine getirilme oranı %95 olarak belirlenmiştir. İç güvenlik hizmetleri ile ilgili bulunulan 64 öneriden 47'si gerçekleştirilmiş, 17'si gerçekleştirilememiş, bu başlık altında önerilerin yerine getirilme oranı %73,4 olarak ifade edilmiştir. İnfaz uygulamaları ile ilgili öneri sayısı 79 olup, bunların 60'ı yerine getirilirken, 19'u yerine getirilmemiş, bunun oranı da %75,9 olarak saptanmıştır. Personel ile ilgili öneri sayısı 426 olup, bunların 302'si yerine getirilmiş, 124'ü ise yerine getirilmemiş, gerçekleştirme oranı %70,9 olmuştur. Sağlık hizmetleri ile ilgili öneri sayısı 133 olup, bunlardan yerine getirilenlerin sayısı 125, yerine getirilemeyenlerin sayısı ise 8 olmuş, yerine getirilme oranı %94 olarak gerçekleşmiştir. Sevk ve nakil işlemleri ile ilgili toplam 135 öneriden 75'i yerine getirilirken, 60'ı yerine getirilmemiş, önerilerin yerine getirilme oranı bu başlıkta %55,6 olarak hesaplanmıştır. Son olarak, yaşam şartları ile ilgili 718 öneriden 521'i yerine getirilmiş, 197'si ise yerine getirilememiş ve %72,6 oranına ulaşılmıştır. Böylece, genel toplamda 2149 öneriden 1550'si yerine getirilirken, 599'u yerine getirilememiş, yüzdeler olarak ifade etmek gerekirse önerilerin genel olarak %72,1'i yerine getirilebilmiş, %27,9'u ise yerine getirilememiştir<sup>74</sup>.

2008 yılına ilişkin raporlarda yer alan ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin fiziki yapısı ile ilgili toplam 285 öneriden 69'u yerine getirilmiş, 215'i ise yerine getirilememiştir. Bu başlık altındaki önerilerin yerine getirilme oranı %24,5 olarak ifade edilmiştir. İslah çalışmaları ile ilgili 190 öneride bulunulmuş, bunların 142'si yerine getirilirken, 48'i yerine getirilememiş, böylece, yerine getirilme oranı %74,7 olarak belirlenmiştir. İç güvenlik hizmetleri ile ilgili bulunulan 68 öneriden 42'si gerçekleştirilmiş, 26'sı gerçekleştirilememiş, bu başlık altında önerilerin yerine getirilme oranı %61,7 olarak ifade edilmiştir. İnfaz uygulamaları ile ilgili öneri sayısı 128 olup, bunların 97'si yerine ge-

<sup>74</sup> Bu veriler için bkz. 2007 Faaliyet Raporu, s. 31-32'de yer alan tablo.

tirilirken, 31'i yerine getirilmemiş, bunun oranı da %75,7 olarak saptanmıştır. Personel ile ilgili öneri sayısı 514 olup, bunların 326'sı yerine getirilmiş, 188'i ise yerine getirilmemiş, gerçekleştirme oranı %63,4 olmuştur. Sağlık hizmetleri ile ilgili öneri sayısı 141 olup, bunlardan yerine getirilenlerin sayısı 123, yerine getirilemeyenlerin sayısı ise 18 olmuş, yerine getirilme oranı %87,2 olarak gerçekleşmiştir. Sevk ve nakil işlemleri ile ilgili toplam 149 öneriden 64'ü yerine getirilirken, 85'i yerine getirilmemiş, önerilerin yerine getirilme oranı bu başlıkta %42,9 olarak hesaplanmıştır. Son olarak, yaşam şartları ile ilgili 1077 öneriden 622'si yerine getirilmiş, 456'sı ise yerine getirilmemiş ve %57,69 oranına ulaşılmıştır. Böylece, genel toplamda 2552 öneriden 1485'i yerine getirilirken, 1067'si yerine getirilmemiş, yüzdeler olarak ifade etmek gerekirse, önerilerin genel olarak %58,1'i yerine getirilebilmiş, %41,9'u ise yerine getirilememiştir<sup>75</sup>.

2009 yılına ilişkin raporlarda yer alan ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin fiziki yapısı ile ilgili toplam 297 öneriden 47'si yerine getirilmiş, 250'si ise yerine getirilememiştir. Bu başlık altındaki önerilerin yerine getirilme oranı %15,8 olarak ifade edilmiştir. İslah çalışmaları ile ilgili 143 öneride bulunulmuş, bunların 118'i yerine getirilirken, 25'i yerine getirilememiş, böylece, yerine getirilme oranı %82,5 olarak belirlenmiştir. İç güvenlik hizmetleri ile ilgili bulunulan 53 öneriden 31'i gerçekleştirilmiş, 22'si gerçekleştirilememiş, bu başlık altında önerilerin yerine getirilme oranı %58,5 olarak ifade edilmiştir. İnfaz uygulamaları ile ilgili öneri sayısı 66 olup, bunların 48'i yerine getirilirken, 18'i yerine getirilmemiş, bunun oranı da %72,7 olarak saptanmıştır. Personel ile ilgili öneri sayısı 440 olup, bunların 220'si yerine getirilmiş, 220 ise yerine getirilmemiş, gerçekleştirme oranı %50 olmuştur. Sağlık hizmetleri ile ilgili öneri sayısı 133 olup, bunlardan yerine getirilenlerin sayısı 111, yerine getirilemeyenlerin sayısı ise 22 olmuş, yerine getirilme oranı %83,5 olarak gerçekleşmiştir. Sevk ve nakil işlemleri ile ilgili toplam 94 öneriden 42'si yerine getirilirken, 52'si yerine getirilmemiş, önerilerin yerine getirilme oranı bu başlıkta %44,7 olarak hesaplanmıştır. Son olarak, yaşam şartları ile ilgili 979 öneriden 530'u yerine getirilmiş, 449'u ise yerine getirilememiş ve %54,1 oranına ulaşılmıştır. Böylece, genel toplamda 2205 öneriden 1147'si yerine

<sup>75</sup> Bu veriler için bkz. 2008 Faaliyet Raporu, s. 19-20'de yer alan tablo.

getirilirken, 1058'i yerine getirilememiş, yüzdeler olarak ifade etmek gerekirse, önerilerin genel olarak %57,7'si yerine getirilebilmiş, %42,3'ü ise yerine getirilememiştir<sup>76</sup>.

2010 yılına ilişkin raporlarda yer alan yaşam şartlarına ilişkin 792 öneriden 614'ünün (%77,5), sağlıkla ilgili 77 öneriden 63'ünün (%81,8), personel ile ilgili 329 öneriden 169'unun (%51,4), sevk ve nakil işlemleri ile ilgili 124 öneriden 88'inin (%71,0), infaz uygulamaları ile ilgili 36 öneriden 26'sının (%72,2), iç güvenlikle ilgili 57 öneriden 47'sinin (%82,5), ıslah çalışmaları ile ilgili 168 öneriden 150'sinin (%89,3), fiziki yapı ile ilgili 306 öneriden 194'ünün (%63,4) ve ödenek ile ilgili 29 önerinin de 23'ü (%79,3) yerine getirilmiştir. Buna göre, genel toplamda 1918 öneriden 1374'ü (%74,3) yerine getirilmiş, 544'ü yerine getirilememiştir<sup>77</sup>.

2011 yılına ilişkin raporlarda yer alan infaz uygulamaları ile ilgili 75 öneriden 65'inin (%86,66), ıslah çalışmaları ile ilgili toplam 246 öneriden 221'nin (%89,84), sağlık ile ilgili toplam 107 öneriden 100'ünün (%93,45), yaşam şartları ile ilgili toplam 828 öneriden 699'unun (%84,42), iç güvenlik ile ilgili toplam 68 öneriden 55'inin (%80,88), sevk ve nakil işlemleri ile ilgili toplam 157 öneriden 113'ünün (%71,98), fiziki yapı ile ilgili toplam 351 öneriden 144'ünün (%41,02), personel ile ilgili 291 öneriden 201'inin (%69,10) ve ödenek ile ilgili 98 öneriden 97'sinin (%98,97) yerine getirildiği ifade edilmiştir. Böylece, genel toplamda 2221 öneriden 1695'i yerine getirilmiş olup, bunun oranı %76,32'dir<sup>78</sup>.

2012 yılına ilişkin raporlarda yer alan infaz uygulamaları ile ilgili 120 öneriden 75'inin (%63), ıslah çalışmaları ile ilgili 138 öneriden 128'inin (%93), sağlıkla ilgili 60 öneriden 49'unun (%82), yaşam şartları ile ilgili 423 öneriden 346'sının (%82), iç güvenlikle ilgili 43 öneriden 27'sinin (%63), sevk ve nakil işlemleri ile ilgili 97 öneriden 65'inin (%67), fiziki yapı ile ilgili 248 öneriden 137'sinin (%55), personel ile ilgili 187 öneriden 112'sinin (%60) ve ödenek talepleri ile ilgili 29 öneriden 25'inin (%86) yerine getirilmiş, böylece toplam 1345 öneriden 964'ü yerine getirilmiş olup, bunun oranı %71,67'dir.

<sup>76</sup> Bu veriler için bkz. 2009 Faaliyet Raporu, s. 25'de yer alan tablo.

<sup>77</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 25.

<sup>78</sup> Bu veriler için bkz. 2011 Faaliyet Raporu, s. 21'de yer alan tablo.

Yukarıdaki veriler ışığında, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 ve 2012 yıllarındaki toplam öneriler dikkate alındığında, 6 yıl ard arda en çok önerinin, yaşam şartları, personel ve fiziki yapı ile ilgili 3 başlık altında toplandığı görülmektedir. Buradan çıkartılabilecek sonuç, infaz kurumlarında en çok sorun yaratan konuların yaşam şartları, personel durumu ve kurumların fiziksel yapısı ile ilgili olduğudur. Aslında, bu üç başlığın da birbiriyle bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, yaşam koşulları ile ilgili sorunların önemli bir bölümü, kurumların fiziksel yapılarından kaynaklanmaktadır. Özellikle, bazı binaların oldukça eski olmaları ve onarımların yeterli iyileştirmeyi sağlayamaması, başka amaçlar için inşa edilmiş olmaları gibi nedenler, tutuklu ve hükümlülerin yaşam koşullarının kalitesini doğrudan etkilemektedir. Kısacası, sorunların önemli bir bölümünün mevcut ceza infaz kurumlarının mekânsal kurgusundan kaynaklandığı söylenebilir<sup>79</sup>. Diğer taraftan, yaşam koşulları ile ilgili bazı önerilerin gerçekleşmesinin yeterli sayıda personel olması ile yakından bağlantısı bulunmaktadır. Buna karşılık, yaşam şartları, personel ve fiziki yapı ile ilgili önerilerin yerine getirilme oranı, diğer önerilere oranla daha düşüktür. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, en çok öneri yapılan alanlarda, yüksek bir gerçekleştirme oranına ulaşamamıştır. Bu olumsuzluğun başlıca nedenlerini şu şekilde ortaya koymak mümkündür. Bahsi geçen alanlarda sorunların çözülmesi için önemli miktarlarda kaynak ayrılması gerekmektedir. Özellikle, fiziksel yapının iyileştirmesinde bu saptama daha da ön plana çıkmaktadır. Mevcut infaz kurumlarının önemli bir bölümü eski binalardan oluşmakta, tamirat ve tadilatlar da yeterli iyileştirmeyi sağlayamamaktadır. 2007 yılı Türkiye bütçesi 204.988.545.000,00 YTL iken, bütçeden Adalet Bakanlığı'na ayrılan pay, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün bütçesi hariç, 1.564.803.810,00 YTL<sup>80</sup> (%1,37)'dir. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Bütçesi ise 1.259.203.190,00 YTL'dir ve Adalet Bakanlığı bütçesinin %44,59'unu oluşturmaktadır. 2008 yılında Türkiye bütçesi 222.553.216.800 TL iken, bütçeden Adalet Bakanlığı'na ayrılan

<sup>79</sup> Ceza infaz kurumlarının mekân kurgusuyla ilgili sorun ve öneriler için bkz. Hasan Kıvırcık, "Cezaevleri Mekân Kurgusu, Güncel Sorunlar ve Öneriler", Cezaevleri Sempozyumu, 29-30 Haziran 2002, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2002, s. 13 vd.

<sup>80</sup> Cari ve sermaye transferleri olan 338.000.000,00 YTL verilen rakamın dışında tutulmuştur.

pay (cari ve sermaye transferleri hariç) 2.847.927.000 TL (%1,28), Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün bütçesi ise 1.286.411.700 TL'dir ve Adalet Bakanlığı Bütçesi'nin %44,59'unu oluşturmaktadır. 2009 yılı Türkiye bütçesi 273.026.827.836 TL, Adalet Bakanlığı'nın payı (cari ve sermaye transferleri hariç) 3.413.306.305 TL (%1,25), Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün bütçesi ise 1.235.297.550 TL'dir ve Adalet Bakanlığı bütçesinin %36,2'sini teşkil etmektedir<sup>81</sup>. 2010 yılı Türkiye bütçesi 281.907.405.110 TL, Adalet Bakanlığı bütçesi 3.783.866.000 TL (%1,34), Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün bütçesi ise 1.532.394,150 TL'dir<sup>82</sup>. 2011 yılı Türkiye bütçesi 306.648.678.330 TL iken, Adalet Bakanlığı bütçesi 4.887.725.500 TL, Ceza ve Tevkifevlerinin bütçesi ise 1.879.898.850 TL'dir<sup>83</sup>. 2012 yılı Türkiye bütçesi 344.521.858.921 TL, Adalet Bakanlığı bütçesi 5.277.312.000 TL, Ceza ve Tevkifevleri bütçesi ise 1.427.955.850 TL'dir<sup>84</sup>. Anlaşılacağı üzere, bütçeden Adalet Bakanlığı'na ayrılan pay oldukça düşük bir orandadır. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı bütçesinden Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'ne ayrılan pay oransal olarak hiç de az olmamakla beraber, yeni infaz kurumu inşası için yetersiz kalmaktadır.

Ayrıca, infaz kurumlarının sayısı da fiziksel yapı ve yaşam koşulları açısından önem taşımakta; tutuklu ve hükümlü sayısı arttıkça, mevcut infaz kurumu binalarının sayısı yetersiz kalabilmektedir. Değerlendirmeye konu olan yıllar itibariyle ceza infaz kurumlarının toplam kapasitesi ne kadar olduğuna yönelik bir veri raporlarda yer almamıştır. Ancak, 2007 yılı başında infaz kurumlarında 28.313 tutuklu, 46.086 hükümlü olmak üzere toplam 74.399 kişi bulunurken, 2007 yılı sonunda tutuklu sayısı 37.608, hükümlü sayısı ise 53.229 olmuştur. Hem tutuklu, hem de hükümlü sayısında bir yıl içinde önemli ölçüde artış olmuş ve bunların toplam sayısı 16.438 kişi artarak, 90.837'ye ulaşmıştır<sup>85</sup>. 2007 Faaliyet raporunda tutuklu ve hükümlülerin yüzdesine ilişkin bir oran belirtilmemiş ise de, yukarıda verilen sayılar dikkate alındığında 2007 yılı başında infaz kurumlarında bulunanların %38,06'sının tutuklu, %61,94'ünün hükümlü; 2007 yılının sonunda

<sup>81</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>82</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>83</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 20.

<sup>84</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 19.

<sup>85</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 28.

ise %41,40'nın tutuklu, %58,60'nın hükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, 2007 yılı başı ile sonu karşılaştırıldığında, tutuklu-hükümlü oranının tutuklular lehine arttığı dikkat çekmektedir. 2008 yılı sonu itibariyle, tutuklu sayısı 58.028 (%56,21), hükümlü sayısı ise 45.207 (%43,82) olmak üzere toplam 103.235'dir<sup>86</sup>. 2009 yılı sonunda ise infaz kurumlarında 59.759 (%51,37) tutuklu, 56.581 (%48,63) hükümlü olmak üzere toplam 116.340 kişi bulunmaktadır<sup>87</sup>. 2010 yılı sonu itibariyle infaz kurumlarında 55.758 tutuklu (%46,08), 65.236 hükümlü (%53,92) olmak üzere toplam 120.994 kişi bulunmaktadır<sup>88</sup>. 2011 yılı sonu itibariyle infaz kurumlarında tutuklu sayısı 35.987 (%27,98), hükümlü sayısı ise 92.617 (%72,02) olmak üzere toplam 128.604 kişi bulunmaktadır<sup>89</sup>. 2012 yılı sonu itibariyle ise tutuklu sayısı 31.707 (%23,31)'ye inmiş, hükümlü sayısı ise 104.313 (%76,69)'e çıkmış, toplam sayı 136.020 kişiye ulaşmıştır<sup>90</sup>.

Bu verilerden anlaşılacağı üzere, infaz kurumlarındaki toplam tutuklu ve hükümlü sayısı 2007, 2008, 2009, 2010 ve 2011 yıllarında giderek artmış, sadece 2012 yılında bir önceki yıla göre azalma olmuştur. 2008 ve 2009 yıllarında tutukluların sayısı hükümlülerden fazla iken, sonraki yıllarda giderek azalmış ve 2012 yılında hükümlü sayısının tutuklu sayısından bariz biçimde fazla olduğu görülmüştür. Özellikle, ilk yıllarda dikkat çeken tutuklu oranın yüksekliği, tutuklamanın *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nda düzenlenen bir "koruma tedbiri" olma özelliğinin ne şekilde uygulandığının<sup>91</sup> ve aynı kanunda düzenlenen bir diğer koruma tedbiri olan "adli kontrol" kurumuna yeterince başvurulup başvurulmadığının da sorgulanmasını gerektirmektedir.

Ülkemizde 2007 yılı sonu itibariyle toplam 391 ceza infaz kurumu bulunmaktadır. Bunların 343'ü kapalı (32'sinin bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), 13'ü yüksek güvenlikli kapalı,

<sup>86</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 19.

<sup>87</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>88</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>89</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 20.

<sup>90</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 19.

<sup>91</sup> Türkiye'de tutukluluğun çok sık başvuru alan bir tedbir olması ve aşırı uzun tutukluk süreleri uluslararası raporlarda da eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in 10-14 Ekim 2011 Tarihleri Arasındaki Türkiye Ziyaretini Müteakiben Hazırladığı Rapor, s. 9. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/raporlar/2012turkrapor.pdf>

26'sı açık, 3'ü kadın kapalı, 3'ü çocuk eğitim evi, 2'si çocuk kapalı ve 1'i de kadın açık ceza infaz kurumudur. 2008 yılı sonunda toplam sayı 387 olup, bunların 333'ü kapalı (37'sinin bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), 13'ü yüksek güvenlikli kapalı, 31'i açık, 3'ü kadın, 3 çocuk eğitim evi, 3'ü çocuk kapalı, 1'i kadın açık ceza infaz kurumudur, 1'i kadın açık ceza infaz kurumudur<sup>92</sup>. 2009 yılı sonu itibariyle toplam ceza infaz kurumu sayısı 372 olup, bunların 313'ü kapalı (37'sinin bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), 16'si yüksek güvenlikli kapalı, 32'si açık, 4'ü kadın kapalı, 3'ü çocuk eğitim evi, 3'ü çocuk ve 1'i de kadın açık ceza infaz kurumudur<sup>93</sup>. 2010 yılı sonunda toplam ceza infaz kurumu sayısı 370 olup, bunların 310'u kapalı (43'ünün bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), 16'si yüksek güvenlikli kapalı, 33'ü açık, 4'ü kadın kapalı, 3'ü çocuk eğitim evi, 3'ü çocuk kapalı ve 1'i de kadın açık ceza infaz kurumudur<sup>94</sup>. 2011 yılı sonu itibariyle toplam ceza infaz kurumu sayısı 373'dir. Bunun 324'ü kapalı (43'ünün bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), 37'si açık, 5'i kadın kapalı, 3'ü çocuk kapalı ve 1'i de kadın açık ceza infaz kurumudur<sup>95</sup>. 2012 yılı sonu itibariyle ise toplam ceza infaz kurumu sayısı 369 olup, kapalı 317 (56'sının bünyesinde açık ceza infaz kurumu bulunmaktadır), açık 41, kadın kapalı 5, çocuk eğitim evi 2, çocuk kapalı 3 ve kadın kapalı 1 ceza infaz kurumu bulunmaktadır<sup>96</sup>.

Bu verilerde dikkat çeken husus, ceza infaz kurumu sayısının giderek azalmasıdır. Bu azalma, fiziksel koşullarındaki olumsuzluklar nedeniyle, eğitim ve ıslah çalışmalarına yeterince yer verilemeyen özellikle küçük ceza infaz kurumlarının kapatılmasından kaynaklanmaktadır<sup>97</sup>. Gerçekten de, 2007 yılı sonu itibariyle, infaz kurumlarının 209'unun kapasitesi 60 kişinin altında olduğu ifade edilmektedir. Bu durum, kurumlardaki hizmetin kalitesini etkilemektedir. Örneğin, bir kısmında yemeklerin hazırlanması kurum tarafından değil, tutuklu ve hükümlüler tarafından olumsuz koşullarda yapılmaktadır. Keza, zaten az sayıda olan personelin küçük kurumlarda dağınık olarak görev

<sup>92</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 18.

<sup>93</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>94</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 24.

<sup>95</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 20.

<sup>96</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 19.

<sup>97</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 18; 2009 Faaliyet Raporu, s. 24.



yapmak zorunda olması, hem personel açısından çalışma saatlerinin uzamasına neden olmakta, hem de tutuklu ve hükümlülere sunulan hizmetin kalitesi açısından sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca, bunların işletme maliyetleri de diğerlerine oranla daha yüksektir. Oysa, yaklaşık olarak ülkemiz ile aynı nüfusa sahip İngiltere’de infaz kurumu sayısı 139, Fransa’da ise 182’dir. Keza, Romanya’da 34, Polonya’da 210, Macaristan’da 32, Çek Cumhuriyeti’nde 29, Bulgaristan’da 34, Arnavutluk’ta 7 infaz kurumu bulunmaktadır<sup>98</sup>. Kısacası, yaşanan sorunların başlıca kaynaklardan birini, ülkemizdeki infaz kurumu sayısının fazla; buna karşılık kapasitelerinin sınırlı olması oluşturmaktadır. Büyük bölümü ilçelerde bulunan kapasitesi 60’ın altında olan bu infaz kurumlarının kapatılması ve bölge ceza infaz kurumu modeline geçilmesi sorunun çözümü için önemli bir katkı sağlayacak niteliktedir. Nitekim, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün 2008-2013 Yatırım Planı’nda, anılan yıllar arasında inşa edilecek infaz kurumlarının ardından, bazı infaz kurumlarının kapatılmasının planlandığı ve 2013 yılı sonunda kurum sayısının 250 civarında olmasının hedeflendiği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

İzleme kurulları raporlarında yer alan önerilerden önemli bir bölümünü oluşturan personel durumu ile ilgili olarak ise şu verilere yer vermek mümkündür. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün tüm unvanlardaki personel kadrosu 2007 yılı sonu itibarıyla 35.143’tür. Bunun 26.982’si (%77) dolu, 8.161’i (%23) ise boştur<sup>100</sup>. 2008 yılı sonu itibarıyla tüm unvanlardaki personel kadrosu 35.142 olup, bunların 27.196’sı (%77) dolu, 7.946’sı (%23) boştur<sup>101</sup>. 2009 yılı sonunda tüm unvanlardaki personel kadrosu 35.142 olup, bunların 27.041’i (%77) dolu, 8.101’i (%23) boştur<sup>102</sup>. 2010 yılı sonunda tüm unvanlardaki personel kadrosu 35.142 olup, bunların 27.217’si (%77) dolu, 7.925’i (%23) boştur<sup>103</sup>. 2011 yılı sonunda tüm unvanlardaki personel kadrosu 45.184 olup, bunun 36.891’i (%82) dolu, 8.293’ü (%18) boştur<sup>104</sup>. Son olarak 2012 yılı sonu itibarıyla

<sup>98</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 28-29.

<sup>99</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 28-29; 2008 Faaliyet Raporu, s.18; 2009 Faaliyet Raporu, s. 24; 2011 Faaliyet Raporu, s. 20.

<sup>100</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 27.

<sup>101</sup> 2008 Faaliyet Raporu, s. 17-18.

<sup>102</sup> 2009 Faaliyet Raporu, s. 23.

<sup>103</sup> 2010 Faaliyet Raporu, s. 23.

<sup>104</sup> 2011 Faaliyet Raporu, s. 19.

le, tüm unvanlardaki personel kadrosu 52.043'e ulaşmış olup, bunun 42.279'u (%81) dolu, 15.806'sı (%19) ise boştur<sup>105</sup>.

Buradan çıkan ana sonuç, kadro sayısı sınırlı olması ve mevcut kadroların önemli bir kısmının da boş bulunmasıdır. Örnek vermek gerekirse, 1100 olan kurum müdürü kadrosunun 2007 yılında 241'i (%21,9); 2008 yılında 261'i (%23,7); 2009 yılında 253'ü (%23), 2010 yılında 220'si (%20), 2011 yılında 230'u (%21), 2012 yılında ise 187'si (%17) boştur. İnfaz kurumlarının en yüksek idarecisi konumunda olan müdür kadrolarının dahi yaklaşık 1/5'i son yıllarda boş kalmaktadır.

Bu sayılarda dikkate çeken diğer bir husus, personel sayısının 2007, 2008 ve 2009 yıllarında hiç artmadığı ve mevcut kadroların yaklaşık olarak 1/4'ünün boş olduğudur. 2011 ve 2012 yıllarında ise personel sayısı ve doluluk oranı artmıştır. Ülkemizde yaşanan işsizlik sorununa rağmen, kadrolardaki doluluk oranının çok düşük olması, özellikle uzman personelin ceza infaz kurumlarında çalışmaktan kaçındığını göstermektedir. Bu sorunun çözümünde ceza infaz kurumunda çalışan personelin özlük haklarının iyileştirmesi şüphesiz yararlı olacaktır. Personel açısından yaşanan bu sorunların giderilmesinde, Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlığı arasında 31.10.2003 tarihinde imzalanan bir protokol<sup>106</sup> çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı personelinin infaz kurumlarında görevlendirilmesi mümkün ise de, sağlık personeli sayısındaki azlık, uygulamada bu imkândan etkin biçimde yararlanılmasını güçleştirmektedir.

## b. Önerilerin Konulara Göre Dağılımı

İzleme kurulları tarafından verilen raporlardaki önerilerin yerine getirilme durumuna yukarıda yer verilmişti. Bu başlık altında ise bahsi geçen önerilerin konulara göre dağılımı ile ilgili veriler üzerinde durulacak, böylece, önerilerin hangi konularda yoğunlaştığı somut örneklerle ortaya konulacaktır<sup>107</sup>. Bu bağlamda, aşağıda, raporlara yansı-

<sup>105</sup> 2012 Faaliyet Raporu, s. 18.

<sup>106</sup> Protokolün ilgili hükümleri ve infaz kurumlarının öğretmen ihtiyacının karşılanması için Adalet Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan benzer nitelikte bir diğer protokol için bkz. 2007 Faaliyet Raporu, s. 29-31.

<sup>107</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 33-101; 2008 Faaliyet Raporu, s. 21-116; 2009 Faaliyet Raporu, s. 27- 133; 2010 Faaliyet Raporu, s. 27-86; 2011 Yılı Faaliyet Raporu, s. 44-214; 2012 Yılı Faaliyet Raporu, s. 33-95.

yan sorunların daha ayrıntılı görülebilmesi için, 2007 yılı esas alınarak çözüme bağlanan önerilere değinileceği gibi, çözülemeyen önerilere, bunların gerekçelerine ve gerekçelerin değerlendirilmesine de değinilecektir<sup>108</sup>.

İzleme kurullarınının 2007 yılı raporlarında fiziki yapı ile ilgili olarak 394 adet öneride bulunulmuş, bunların 230'u yerine getirilirken, 164'ü yerine getirilememiştir. Yerine getirilen öneriler arasında, kurumun fiziki şartlarınının düzeltilmesi (70 öneri), ceza infaz kurumunun onarımdan geçirilmesi (13 öneri) ve çatının onarılması (11 öneri) ilk üç sırayı almaktadır. Tek bir başlık altında toplanacak bu önerilerin sayısının çokluğu, kurumlardaki fiziksel yapıdan kaynaklanan sorunları somut biçimde ortaya koymaktadır. Fiziki yapı ile ilgili olarak yerine getirilemeyen öneriler arasında ilk üç sırayı ise mevcut ceza infaz kurumunun kapatılarak, bölge ceza infaz kurumu açılması (37 öneri), ceza infaz kurumunun kapatılması (31 öneri) ve ceza infaz kurumunun onarımdan geçirilmesi (18 öneri) oluşturmaktadır. Fiziksel yapı ile ilgili gerçekleştirilemeyen önerilerin önemli bir bölümünü mevcut kurum binalarınının kapatılarak yeni binalar açılması teşkil etmektedir ki, bu durum, fiziksel yapı ile ilgili olarak gerçekleştirilen önerilerin yeterli olmadığını, binaların istenilen seviyeye gelmediğini göstermektedir. Bu başlık altında gerçekleştirilemeyen öneriler olarak sıralanan hususların gerçekleştirilememe nedenlerini, büyük ölçüde bütçe imkânsızlıkları oluşturmaktadır. Ayrıca, fiziksel yapı ile ilgili bir kısım öneri acil bulunmadığı için, bir kısım öneri ise öneriye konu olan kurum binalarınının kapatılması planlandığı için sonuçlandırılmamıştır. Bu durumda, özellikle eski ve küçük binalarda barındırılan tutuklu ve hükümlülerin, yeni binaların yapımına kadar geçen sürede olumsuz koşullarda yaşamaya devam etmek zorunda bırakıldıklarını söylemek mümkündür. Bu olumsuz koşulları gidermeye yönelik önerilerin, haklı mazeretlere dayanılarak da olsa, çözüme bağlanmamış olması, varılan sonucu değiştirmemektedir.

<sup>108</sup> Aşağıda değerlendirme konusu yapılan ve 2007 Yılı Faaliyet Raporu'nda yer alan sayısal veriler daha sonraki yıllık raporlardan sadece 2008 yılı raporunda yer almış, diğer raporlarda bu ayrıntılara yer verilmemiştir. Bu nedenle, sadece 2007 yılı sayısal verileri değerlendirilmiştir. Ancak, değerlendirme konusu yapılan 2007 Yılı Faaliyet Raporu açıklanan ilk rapor olduğundan, genel bir fikir oluşturacak niteliktedir.

2007 yılına ilişkin raporlarda yer alan ıslah çalışmaları ile ilgili 200 öneriden 190'ı yerine getirilmiş, 10'u ise yerine getirilememiştir. Yerine getirilen öneriler arasında ilk üç sırayı meslek kurslarının açılması (51 öneri), sosyal ve kültürel faaliyetlerin arttırılması (27 öneri) ve kütüphanedeki kitapların güncelleştirilmesi (17 öneri) oluşturmaktadır. Yerine getirilemeyen öneriler ise; bilgisayar alınması (4 öneri), iş yurdu açılması (3 öneri), bilgisayar kursu açılması (1 öneri), hükümlü ve tutuklulara spor aleti temin edilmesi (1 öneri) ve kütüphane kurulması (1 öneri) bulunmaktadır. Islah çalışmaları ile ilgili önerilerin daha ziyade kitap ve meslek kursları alanlarında yoğunlaştığı ve bunların büyük ölçüde gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunların nispeten daha az maddi kaynakla yerine getirilebilmesi, oranın yüksekliğini açıklamaktadır. Ancak, özellikle ilçelerde bulunan infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlü sayısının az olması ve bu kurumların fiziksel durumu, mesleki kursların açılmasını, sosyal ve kültürel faaliyetlerin geliştirilmesini güçleştirmektedir. Ayrıca, azımsanmayacak sayıdaki tutuklu, kısa bir süre için infaz kurumunda bulduklarını düşündüğünden, bu tür faaliyetlere katılmayı yeterince arzulamamaktadır. Dolayısıyla, bölge cezaevi modeline geçilmesinin bu sorunların çözümüne de katkı sağlayacağı ifade edilebilir.

2007 yılına ilişkin raporlarda iç güvenlik hizmetleri ile ilgili önerilerin sayısı 64 olup, bunların 47'si yerine getirilmiş, 17'si ise yerine getirilememiştir. Personelin yaka kartlarını takmasının sağlanması (8 öneri), yangın tüpü alınması (8 öneri) ve bayan ziyaretçilerin aranması ile görevlendirilen bayan görevlilerin zamanında hazır edilmesi (7 öneri) ilk üç sırayı oluşturmaktadır. Yerine getirilemeyen öneriler ise X-Ray cihazı alınması (10 öneri), kurum içindeki karakolun başka yere taşınması (3 öneri), dış güvenliğin Adalet Bakanlığı'na devredilmesi (1 öneri), farklı çete gruplarının aynı ceza infaz kurumunda barındırılmaması (1 öneri), odalarda daha fazla eşya bulundurulmasına izin verilmesi (1 öneri) ve personele savunma araçları verilmesi (1 öneri) başlıklarında toplanmaktadır. Bunlar içinde özellikle yangın tüpü ve X-Ray cihazı temin edilmesi gibi önerilerin iç güvenlik hizmetleri açısından büyük önem taşıdığı ortadadır. Daha az maliyetli olan yangın tüplerinin temin edilirken, maliyeti yüksek X-Ray cihazının temin edilememesi, yukarıda değinilen kaynak sorununun, iç güvenlik hizmetlerini etkileyecek boyutlara ulaştığını göstermektedir.

Gerçekleştirilemeyen öneriler arasında yer alan, dış güvenliğin Adalet Bakanlığı'na devredilmesi ve kurum içindeki jandarma karakolunun başka yere taşınmasına ilişkin hususların da üzerinden hassasiyetle durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere ceza infaz kurumlarının dış güvenlik hizmetleri İçişleri Bakanlığı'na bağlı jandarma kuvvetleri tarafından yerine getirilmektedir. Öncelikle, cezaların infazının sağlandığı kurumlar Adalet Bakanlığı'na bağlı ve kurumların iç güvenliği kendi personeli tarafından sağlanıyor iken; bu kurumların dış güvenliğinin jandarmaya bırakılmasını olumlu biçimde değerlendirmek güç görünmektedir. Üstelik, dış güvenliği sağlamakla görevli jandarma birlikleri genellikle kurum binasının dışında, ancak duvarlarla çevrili bahçenin içinde yer almakta, böylece kurumla iç içe faaliyette bulunmaktadır. Bu durum, kurum idaresi açısından sorunlara neden olmakta, örneğin, ziyaretçilerin kurum alınmasında, kuruma sokulacak iye maddelerinin belirlenmesinde zaman zaman anlaşmazlıklar doğurmaktadır. Daha da önemlisi, hastalanan bir tutuklu ve hükümlünün acilen hastaneye sevkinin gerektiği durumlarda, nöbetteki jandarma kuvvetlerinin sayısının azlığı ve araç teminindeki güçlük nedeni ile sevk işlemi kısa zamanda gerçekleştirilememektedir. Bu ve benzeri başka sakıncalar nedeni ile kamuoyunda da tartışılan, dış güvenlik hizmetlerinin jandarmadan alınması hususunun değerlendirilmesi yararlı olacaktır<sup>109</sup>.

2007 yılına ilişkin raporlarda infaz uygulamaları ile ilgili olarak ise 79 öneride bulunulmuş, bunlardan 60'ı yerine getirilmiş, 19'u yerine getirilememiştir. Yerine getirilen öneriler arasında; genelgelerin hükümlü ve tutuklulara dağıtılmasını (5 öneri), adli ve terör suçların hükümlülerinin ayrı barındırılması (4 öneri), hükümlü ve tutukluların dilekçelerine zamanında cevap verilmesi (4 öneri) ve hükümlü ve tutukluların uyacakları kurallar konusunda bilgilendirilmeleri (4 öneri) ilk sıralarda yer almaktadır. Gerçekleştirilen bu önerilerin önemli bir bölümü tutuklu ve hükümlülerin bilgilendirilmesi ile ilgili olup, bunların infaz kurumunda uymaları gereken kuralları bilmeleri açısından önemlidir. Esasen, bu yöndeki bilgilendirme, mevzuata uygun biçim-

<sup>109</sup> Nitekim TBMM Başkanlığına sevk edilen "Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetleri Kanun Tasarısı", dış güvenlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığı'na devredilmesini öngörmektedir. Bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belge/faaliyet/donem23/ceza\\_infaz\\_kanun\\_tasarisi.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belge/faaliyet/donem23/ceza_infaz_kanun_tasarisi.pdf)

de kurumu yönetmekle görevli olan kurum idaresinin işini kolaylaştıracaktır. Yerine getirilemeyen önerilerde ilk üç sırayı ise; ziyaretçilerin görüşme sürelerinin uzatılması (4 öneri), moral izni verilmesi (4 öneri) ve hükümlü ve tutuklulara özel izin veya iş arama izinlerinin kullandırılması (3 öneri) konuları oluşturmaktadır. Ziyaretçilerin görüşme süresi *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*'un 83. maddesi gereğince, yarım saatten az ve bir saten fazla olmayacak şekilde belirlenmekte olduğundan, bu öneriler yerine getirilememiştir. Ancak, bazı kurumlarda personel sayısındaki azlık ve fiziksel yetersizlikler nedeni ile minimum süreye göre ziyaret yaptırılmaktadır. Bu yetersizliklerin giderilmesi halinde, ziyaret sürelerinin gözden geçirilmesi düşünülebilir. İzin talepleri ise *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*'un 89. maddesi gereğince değerlendirilmekte olup, bu hükme uymayan ve hükümde yer alamayan "moral izni"<sup>110</sup> gibi öneriler kanuna aykırı bulunduğundan yerine getirilememiştir.

Bu noktada izleme kurulları tarafından iletilen önerilerin, mevzuat gerekçe gösterilerek dikkate alınmamasının kabulünün mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Adalet Bakanlığı, izleme kurullarından gelen önerileri mevzuat çerçevesinde değerlendirmekle yükümlü olmakla beraber, yapılacak mevzuat değişikliklerinde önerilerin dikkate alınması mümkün, hatta yararlı olacaktır. Esasen, 4681 sayılı kanunun izleme kurullarının görev ve yükümlülüklerinin düzenlendiği 6. maddesinde, görülen aksaklık ve eksikliklerin yetkili mercilere bildirilmesinden bahsedilirken, bu bildirimlerin mevzuat değişikliği önerisi şeklinde yapılmasına engel bir ibareye yer verilmemiştir. Aksine, anılan kanun maddesinde 5172 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle, kurulların raporlarını göndereceği merciler arasına TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı'nın da ilave edilmesi, kurullardan gelecek önerilerin TBMM'nin denetleme görevi yanında, yasama görevinde de dikkate alınabileceğini göstermektedir. Sadece kanun seviyesinde değil, tüzük ve yönetmelik seviyesinde yapılacak değişikliklerde de raporlarda yer alan önerilerden yararlanılması mümkündür. Nitekim, uygulamada, izleme kurullarından gelen öne-

<sup>110</sup> *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*'un "ödüllendirme" başlıklı 51. maddesinde 24.01.2013 tarih ve 6411 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile hükümlülere "mahrem görüşme" hakkı tanınmıştır. Bkz. RG. 31.01.2013, Sayı 28545.

riler dikkate alınarak mevzuat değişikliğine gidildiği görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, *Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük*'ün, telefonla görüşme hakkını düzenleyen 88/2,p hükmünde yapılan değişiklikte<sup>111</sup>, izleme kurullardan gelen önerilerin etkili olduğu ifade edilebilir. Maddenin değişiklikten önceki halinde telefon görüşmelerinin Türkçe yapılacağı, ancak hükümlünün Türkçe bilmemesi veya görüşeceğini bildirdiği yakının mahallinde yapılan araştırmada Türkçe bilmediğinin saptanması durumunda, başka dilde konuşma yapılmasına izin verileceği ve konuşmanın kayda alınacağı belirtilmekte, kayıtların incelenmesi sonucunda konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, bir daha hükümlünün aynı yakını ile Türkçeden başka dille konuşmasına izin verilmeyeceği belirtilmekteydi. Bu düzenleme, eleştiri konusu yapılmakta<sup>112</sup> ve anılan hükmün değiştirilmesine yönelik öneriler bazı izleme kurullarının raporlarında yer almaktaydı. Özellikle, hükümlülerin yakınları ile daha iyi iletişim kuracakları bir dille konuşmak istemeleri, hükümlünün yakınının Türkçe bilmediğinin araştırılması sürecinin sağlıklı işlemediği, sınırlı Türkçe bilgisi olan hükümlü yakınlarının da Türkçe bildiği yönünde tespitler yapıldığı, ancak, telefon görüşmelerinde sınırlı Türkçe bilgisi nedeni ile iletişimin zorlaştığı, bu nedenle başka dille konuşmaya başlanınca görüşmenin idare tarafından sona erdirildiği hususları üzerinde durulmaktaydı. Diğer taraftan, yurtdışında yaşayan hükümlü yakınları açısından Türkçe bilmediklerinin saptanması uzunca bir süre almaktaydı. Neticede, bahsi geçen tüzük hükmünde değişikliğe gidilmiş ve hükmün ilgili bölümü şu şekilde düzenlenmiştir: "...Ancak hükümlünün, kendisinin veya görüşeceğini bildirdiği kişinin Türkçe bilmediğini beyan etmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, hükümlünün bir daha aynı kişiyle Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez".

<sup>111</sup> Değişiklik Bakanlar Kurulu'nun 15.06.2009 tarih ve 2009/15092 numaralı kararname ile yapılmış olup, 20.06.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG. 20.06.2009, Sayı 27264.

<sup>112</sup> İzmir Ceza ve Tutukevleri Bağımsız İzleme Grubu Yıllık Raporu (Ekim 2003-Ekim 2004), s. 8.

Bu değişiklikle Türkçe bilmeyen hükümlünün ya da yakınının telefon görüşmelerinin başka dilde yapılmasına olanak sağlanmış, bunun gerçekleşmesi için de hükümlünün, kendisinin ya da yakınının Türkçe bilmediğini beyan etmesi yeterli sayılmış, uygulamada sıkıntı yaratan, Türkçe bilip bilmediğinin araştırılması sürecine son verilmiştir. Tüzükte bu yönde bir değişikliğe gidilmesi olumlu olduğu gibi, değişiklikte izleme kurullarının etkisinin olması da ayrıca dikkat çekicidir. Böylece, izleme kurulları önerilerinin mevzuat değişikliğini de içermesinin pratik sonucu ortaya çıkmış olmaktadır. Ancak, değişiklikte eleştiriye açık yönler de bulunmaktadır. Değişiklikten sonraki düzenlemeye göre, telefon görüşmesi kayıtlarının incelenmesi neticesinde, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanılması halinde, hükümlünün bir daha aynı kişiyle Türkçeden başka dille konuşmasına izin verilmeyecektir. Öncelikle, hükümde yer alan “suç teşkil etme ihtimali” ibaresi belirsizlik taşımaktadır. Bu ibareyle, makul bir şüphenin bulunmasından daha hafif bir durumun kastedildiğini söylemek mümkün olup, bu durum idarenin takdir yetkisini oldukça genişletmektedir. Ancak, infaz hâkimliğinin bu konu üzerindeki hassas denetimleri ile idareye tanınan geniş takdir yetkisinin kısmen de olsa denetlenmesi mümkün olabilir. Diğer taraftan, Tüzüğün 148. maddesi, hükümlülerin hangi hallerde haberleşme ve iletişim hakların yoksun bırakılacağına yönelik bir disiplin cezasına yer vermektedir. Bu maddedeki gönderme uyarınca, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un* 42/2. maddesinde sayılan durumlarda bahsi geçen disiplin cezası uygulanabilmektedir. Buna göre, telefon görüşmeleri bir disiplin cezası olarak ve belirli bir süre (1 aydan 3 aya kadar) için yasaklanabilmektedir. Böylece, Türkçe konuşan bir hükümlü disiplin cezası olarak haberleşme ve iletişim haklarından yoksun bırakılma cezası aldığı anda, cezanın bitiminde yeniden telefon görüşmesi yapabilecektir. Oysa, “suç teşkil etme ihtimali” olan bir telefon görüşmesini başka dilde yapan hükümlü, aynı kişiyle bir daha Türkçeden başka dille konuşamayacaktır. Bunun pratik sonucu olarak, hükümlü veya yakını Türkçe bilmiyorlarsa bir daha telefon görüşmesi yapamayacaklardır. Başka bir açıdan ifade etmek gerekirse, “suç teşkil etme ihtimali” olan telefon görüşmesini Türkçe yapan hükümlü ile Türkçe yapmayan hükümlü arasında eşitsizlik yaratılmış olmaktadır. Kanaatimizce, telefon görüşmesinin suç teşkil etme ihtimali taşıması



ile hangi dilde yapıldığı arasında doğrudan bir bağlantı yoktur. Esasen, konuşma kayda alındığına göre, her zaman disiplin soruşturmasına ya da adli soruşturmaya konu yapılabilir.

2007 yılına dair raporlardaki önerilerden, personele ilişkin olanların sayısı 426 olup, bunların 302'si yerine getirilmiş, 124'ü ise olumlu biçimde sonuçlandırılmamıştır. Gerçekleştirilen önerilerden ilk üç başlığı; tabip atanması (93 öneri), infaz ve koruma personeli eksikliğinin giderilmesi (72 öneri) ve psikolog atanması (44 öneri) oluşturmaktadır. Gerçekleştirilemeyen önerilerin ilk sıralarında ise şunlar yer almaktadır: İnfaz ve koruma personeli atanması (60 öneri), aşçı atanması (21 öneri), sağlık memuru atanması (9 öneri), personelin özlük haklarının iyileştirilmesi (9 öneri).

2007 yılı raporlarında sağlık konularında 133 öneride bulunulmuş, bunların 125'i yerine getirilmiş, 8'i ise yerine getirilememiştir. Yerine getirilen önerilerin ilk sıralarında; haşerele karşı ilaçlama (20 öneri), hükümlü ve tutukluların ilaçlarının zamanında temin edilmesi (19 öneri) başlıkları bulunmaktadır. Yerine getirilemeyen öneriler ise; dış ünitesi kurulması (5 öneri), ileri derecede sağlık problemi olan hükümlü ve tutukluların şartları daha iyi olan ceza infaz kurumlarına nakillerinin yapılması (1 öneri), psikolojik rahatsızlığı olan hükümlü ve tutukluların tedavilerinin sağlanması için başka ceza infaz kurumlarına nakledilmesi (1 öneri), sağlık ve ulaşım hizmetlerinin özel sektörden hizmet satın alma yoluyla karşılanması (1 öneri) konularında toplanmaktadır.

Sevk ve nakil işlemleri ile ilgili olarak 2007 yılı raporlarında yapılan 135 öneriden 75'i yerine getirilmiş, 60'ı ise yerine getirilememiştir. Ring aracı alınması (23 öneri), hükümlü ve tutukluların duruşma ve hastaneye sevklerinde kelepçenin mevzuata uygun olarak takılmasının sağlanması (5 öneri), hükümlülerin nakillerindeki gecikmelerin giderilmesi (4 öneri) gerçekleştirilen önerilerin ilk üç sırasını oluşturmaktadır. Bu alanda gerçekleştirilemeyen ilk üç öneri ise şunlardır: Ring aracı alınması (41 öneri), ambulans alınması (9 öneri) ve il dışı hasta sevklerinde Bakanlık onayı alınması uygulamasının kaldırılması (5 öneri).

Yaşam şartlarına ilişkin olarak sunulan 718 öneriden 521'i yerine getirilirken, 197'si yerine getirilememiştir. Yerine getirilen önerilerden

ilk üç sırada; yatak ve nevresim takımı alınması (133 öneri), ödeneklerin zamanında gönderilmesi (86 öneri), boya ve badana yaptırılması (30 öneri) yer alırken; yerine getirilemeyen önerilerin ilk sıralarında; kalabalık olması nedeni ile kurum mevcudunun azaltılması (129 öneri), günlük iâşe bedelinin arttırılması (33 öneri), bulaşık makinesi alınması (6 öneri), buzdolabı alınması (6 öneri), çamaşır makinesi alınması (6 öneri) yer almaktadır. Gerçekleştirilemeyen önerilerin ilk sırasında, kurumlarda çok sayıda, hatta kapasitelerinin üzerinde tutuklu ve hükümlü barındırılması başlığı bulunmaktadır. Gerçekten de, tutuklu ve hükümlü sayısı, yukarıda belirtildiği üzere son yıllarda giderek artmaktadır. Bu nedenle, bazı kurumlarda kapasitenin üzerinde tutuklu ve hükümlü barındırılmakta; bunun çözümü için de “odalardaki ranza sayısının arttırılması”, “ranzalar arasına hamak kurulması”, “yere yatak serilmesi”, “dönüşümlü uyunması” gibi yöntemlere başvurulmaktadır. Kapasitesi az sayıda olan kurumların kapatılması, ciddi bir sorunun çözümü için önemli bir adım olacaktır. İkinci sırada yer alan günlük iâşe bedellerinin arttırılmasına ilişkin önerinin bütçe imkânları nedeni ile gerçekleştirilmediği ifade edilmektedir. 2007 yılı için sorun olan günlük iâşe bedeli miktarının düşük olması, günümüzde de sorun olmaya devam etmektedir. Günlük iâşe bedeli ile bir kişinin üç öğünlük iâşesinin tam olarak karşılanmasını beklemenin fazla bir iyimserlik olduğu söylenebilir. Bütçe imkânlarındaki yetersizlik gerekçesiyle tutuklu ve hükümlülerin sağlıklı beslenememelerini kabul etmek mümkün olmasa gerektir. Tutuklu ve hükümlülerin, kantinden alışveriş yaparak kendi imkânlarıyla beslenmelerine takviye yapabilecekleri düşünülebilirse de, kantindeki ürünlerin niteliği, yemeklerin yerini tutmamaktadır. Ayrıca, maddi durumu iyi olmayan tutuklu ve hükümlüler kantinden yeterince yararlanamamaktadırlar.

İzleme kurulları tarafından düzenlenen raporlardaki öneriler, sadece yukarıda değinilen başlıklar altında toplanan hususlardan ibaret değildir. İzleme kurullarının temel var oluş nedenini oluşturan tutuklu ve hükümlülerin maddi ve manevi varlıklarının güvence altına alınması bağlamında, 2007 yılı içinde yapılan ziyaretler sırasında 5 kez insan hakkı ihlali (kötü muamele, yaralama, vb.) iddiası rapor edilmiştir. Bunlardan bir tanesinde ceza infaz kurumu görevlileri hakkında kamu davası açılmış, diğerlerinde ise kamu davası açılmadığı gibi,

görevliler hakkında bir disiplin cezası da uygulanmamıştır<sup>113</sup>. 2007 yılı boyunca sadece 5 kötü muamele, vb. iddianın rapor edilmesi dikkat çekicidir. Gerçekten de, bir yıllık dönemde sadece 5 ihlal vakası iddiasında bulunulması, eğer tüm iddialar rapor konusu yapılıyorsa, infaz kurumlarındaki kötü muamele iddiaları açısından, olumlu bir gelişme olarak görülebilir. Şüphesiz, bu iddiaların daha da azaltılması, hatta ideal olarak, son bulması gerekmektedir. Diğer bir bakış açısı ile konuya yaklaşıldığında ise; kötü muamele iddialarının izleme kurullarına yeterince yansıtılmadığı ya da kurullara yansıtılanların değerlendirilmesinde ve gerektiğinde rapor edilmesinde çekingen davranıldığı söylenebilir.

## SONUÇ

Ceza infaz kurumları ve tutukevleri ulusal düzeyde geleneksel olarak nitelendirilebilecek idari, siyasi ve yargısal denetime tabi tutuldukları gibi, uluslararası denetim mekanizmalarına da tabi tutulmaktadır. Ancak, uluslararası hukuk belgelerinde bu kurumların sivil ve bağımsız denetime tabi olmaları da devletlerden beklenen yükümlülükler arasında yer almaktadır.

Bu bağlamda Türkiye’de 2001 yılında yapılan bir yasal düzenleme ile oluşturulan Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları önemli bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Ulusal insan hakları kurumu olarak da nitelendirilebilecek bu kurulların yasal statüsünde uluslararası standartlar arasında yer alan “bağımsızlık” ilkesi açısından bazı sorunlar bulunmakla beraber, ülkemizde ulusal insan hakları kurumu olarak değerlendirilebilecek diğer kurumlara kıyasla daha “bağımsız” olduklarını söylemek mümkündür. Yasal düzenlemedeki eksikliklerin bir kısmı uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak düzeltilmiş ise de, gerçek bir bağımsız denetim için yeni bir yasal düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Diğer taraftan, yapılan yasal değişiklik ile izleme kurullarının raporlarının Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından 2007 yılından itibaren değerlendirme konusu yapılması ve açıklanması olumlu bir gelişmedir. Ancak, Bakanlık tarafından

<sup>113</sup> 2007 Faaliyet Raporu, s. 102-103.

hazırlanan yıllık raporlarda sadece izleme kurullarının raporlarında yer alan önerilerine yer verilmesi, izleme kurullarının raporlarının alenileştirilmesi açısından yeterli değildir. Esasen, yetkili mercilerin izni olmadan izleme kurullarının raporlarının bizzat izleme kurulları tarafından kamuoyuna açıklanmasını yasaklayan hükümler varlığını sürdürmekte olup, bu yasaklama nedeniyle ceza infaz kurumları üzerindeki kamuoyu denetimi etkisiz kalmaktadır.

İzleme kurullarının esas faaliyetini alanını kurumlara yapılacak ziyaretler ve bu ziyaretler sonrasında hazırladıkları raporlar oluşturmaktadır. Uygulamada izleme kurulları ziyaretler sırasında infaz uygulamalarını, ıslah (eğitim ve iyileştirme) çalışmalarını, sağlık hizmetlerini, yaşam şartlarını, iç güvenlik hizmetlerini, sevk ve nakil işlemlerini, kurumların fiziki yapısını ve personel durumunu değerlendirmekte, ayrıca tutuklu ve hükümlüler ile özel görüşmelerde yapabilmekte, daha sonra bunları rapor halinde getirmekte ve önerilerde bulunabilmektedir. İzleme kurulları raporlarında yer alan önerilerin gerçekleştirilmesindeki temel sorumlu, bu raporları yasal olarak değerlendirmekle görevli olan Adalet Bakanlığıdır. Bakanlık izleme kurullarının raporlarında yer alan önerilerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunda ilgili izleme kuruluna bilgi verdiği gibi, 2007 yılından itibaren Türkiye genelindeki tüm izleme kurulları raporlarında yer alan önerilerin yıllık değerlendirmesini yapmakta ve önerilerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ile ilgili kısa açıklamalar yanında, sayısal bilgilere de yer vermektedir. Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan yıllık raporlardaki bu genel bilgiler, izleme kurulları tarafından gerçekleştirilen denetimin neticesinde infaz kurumlarının dışarıdan bir gözle çekilen fotoğrafı konusunda, ana hatlarıyla da olsa, bir değerlendirme yapma olanağı sağlamaktadır.

Buna göre, izleme kurullarının 2007-2012 yılları arasındaki raporlarından, en çok önerinin yaşam şartları, kurumların fiziki yapısı ve personel durumu ile ilgili olduğu, ancak bunların önemli bir bölümünün değişik nedenlerle gerçekleştirilemediği anlaşılmaktadır. Yaşam şartları ile ilgili önerilerin nitelikleri (yemeklerin kalitesi, yatak sayısı, vs) infaz kurumlarında yaşanan sorunların çok boyutlu olduğunu ortaya koymaktadır. Kurumların fiziki yapısı ile ilgili önerilerin yaşam şartları ile de yakından bağlantısı bulunmaktadır. Bu bağlamda, ülkemizde nispeten çok sayıda ceza infaz kurumu bulunmasının, bunların

bir kısmının oldukça eski binalar olmasının, bir kısmın da ilçelerde bulunan sınırlı kapasiteli binalar olmasının fiziki yapı ile ilgili sorunların giderilmesini güçleştirdiği raporlardan anlaşılmaktadır. Ancak, son yıllarda yeni ceza infaz kurumu binalarının inşa edilerek eski ve özellikle de sınırlı kapasiteli binaların kapatılmasının zaman içinde fiziki koşullarda iyileştirme yaratması beklenebilir. Ayrıca, bazı kurum binalarında dönem dönem kapasitelerinin üzerinde tutuklu ve hükümlü barındırılması da önemli bir sorun olarak raporlarda yer almaktadır. Bu bağlamda, ülkemizdeki ceza infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlü sayısında artış meydana gelmesi hem yaşam koşullarını güçleştirmekte, hem de fiziki koşullardan kaynaklanan sorunların etkisini arttırmaktadır. Özellikle, kurumlardaki tutuklu sayısının bazı yıllarda hükümlülere oranla ciddi miktara ulaşması dikkat çekmektedir.

Hükümlü ve tutuklulara sağlanan hizmetler açısından kurumlarda bulunan personelin sayısı ve nitelikleri de önem taşımakta olup, raporlardan anlaşılacağı üzere, kadro sayısı yetersiz olduğu gibi, mevcut kadroların doldurulmasında da sorunlar yaşanmaktadır. Her üç öneri konusunda iyileştirme yapılması maddi olanaklarla bağlantılı olup, Adalet Bakanlığı'nın ve Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün bütçesinin yeterli seviyede olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, sorunların sadece maddi kaynakların yetersizliğinden kaynaklandığını söylemek mümkün olmayıp, cezaevleri konusunun kamuoyunda yeterli ilginin yaratılamamış olması da önemli bir eksikliklerdir.

Genel olarak bakıldığında, izleme kurullarının raporlarında yer alan önerilerden bir bölümünün somut ve daha çok bireysel sorunlara yönelik çözüm önerileri olduğu, bir bölümünün sistemseller değişiklikleri içerdiği, bir bölümünün de mevzuat değişikliğini gerektirdiği görülmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından bu önerilerden bireysel ve somut nitelikteki önerilerin mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmeye çalışıldığı, sistemseller önerilerin zaman içinde bütçe olanakları dikkate alınarak değerlendirileceğinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Mevzuat değişikliği ile ilgili önerilerin de dikkate alındığı ve infaz mevzuatında yapılan bazı değişikliklerin izleme kurullarının raporlarında yer alan öneriler ile örtüştüğü görülmektedir.

Yukarıda yer alan ve sonuç bölümünde genel olarak belirtilen değerlendirmeler ışığında, 2001 yılında faaliyete geçen ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının, ceza infaz sistemine ciddi katkılarda bulunduğu, ancak uluslararası standartlar açısından mevcut eksikliklerin yapılacak yasal düzenlemelerde dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler:

- Eren Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Çelikiyay Hakan Sabri, “Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye”, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları (Editör Selda Çağlar), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 447508.
- Kıvırcık Hasan, “Cezaevleri Mekan Kurgusu, Güncel Sorunlar ve Öneriler”, Cezaevleri Sempozyumu, 2930 Haziran 2002, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s. 1227.
- Altıparmak Kerem, Bürokrasi ve İnsan Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2007.
- Altıparmak Kerem, “Köprüden Önce Son Çıkış: Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanun Tasarısının Eleştirel Değerlendirmesi”, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Kopruden%20son%20cikis.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014.
- Poll Kees, “Independent Monitoring Boards: What’s the Use? – The Dutch Model (Bağımsız İzleme Kurulları: İşlevleri Hollanda Modeli)”, Türkiye’de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Ceza Evi Reformunun Desteklenmesi, Avrupa BirliğiAvrupa Konseyi Ortak Programı, İstanbul, 89 Mart 2012.
- Gemalmaz Mehmet Semih, İşkence Yasağına İlişkin Uluslararası Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002.

- Gemalmaz Mehmet Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994.
- Eren Mustafa, "Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi El Kitabı Üzerinden Bir Değerlendirme: Hapishaneler İlişkin Avrupa Kriterlerinin ve Türkiye Pratiğinin Bir Belge Üzerinden Okunması", <http://www.cezaevindestk.org/duyuru22ceza+infaz+kurumu+yonetimi+el+kitabi+uzerinde+bir+degerlendirme>
- Sağlam M. Yılmaz, "İnsan Hakları Işığında İnfaz Hukuku Oluşturma", Elli Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları, Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2004, s.336345.
- Sarıhan Şenal, "Türkiye'deki Cezaevleri Sorunu ve Tarihsel Gelişimi", Cezaevleri Sempozyumu, 2930 Haziran 2002, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s. 2937.
- Hammarberg Thomas, Avrupa'da İnsan Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Tarhanlı Turgut, "Cezaların İnfazında Sivil Toplum", Sesleniş Aylık Haber Kültür ve Aktüalite Dergisi, Yıl 2, Sayı 9, Nisan 2008, s. 20.
- Kamer Vehbi Kadri, "Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurullarımız ile İngiliz İzleme kurullarının Tarihçesi, Kuruluşu ve Çalışma Esasları", *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Ocak 2003, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/14.sayi/07vehbi\\_kadri\\_kamercik\\_ve\\_tutukevleri\\_izleme\\_kurullarimiz\\_ile\\_ingiliz\\_izleme\\_kurullarinin\\_tarihcesi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/14.sayi/07vehbi_kadri_kamercik_ve_tutukevleri_izleme_kurullarimiz_ile_ingiliz_izleme_kurullarinin_tarihcesi.htm)

### **Kurumsal Raporlar ve Belgeler:**

- Alıkoyma Yerlerine Ulusal Seviyede Ziyaretler: Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin Seçmeli Protokol Işığında Tavsiyeleri, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/CPT%20ve%20secmeli%20protokol.pdf>,
- Erişim Tarihi 14.02.2014.
- Avrupa Birliği İnsan Hakları İlke Kuralları, Türkiye: Avrupa Konseyi Avrupa Komisyonu Ortak Projesi, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara, Kasım 2007.
- Avrupa İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in 1014 Ekim 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/raporlar/2012turkrapor.pdf>
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları, Avrupa Konseyi Avrupa Komisyonu Ortak Programı: Türkiye'de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi, Ankara, 2011.

- Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetleri Kanun Tasarısı, [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belge/faaliyet/donem23/ceza\\_infaz\\_kanun\\_tasari-si.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belge/faaliyet/donem23/ceza_infaz_kanun_tasari-si.pdf)
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2007 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2008 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2009 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2009.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2010 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2010.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2011 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları 2012 Faaliyet Raporu, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2012.
- Ceza İnfaz Kurumu Yönetimi El Kitabı, Avrupa Konseyi Avrupa Komisyonu Ortak Program: Türkiye’de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi, Ankara, 2011.
- CPT Standartları, CPT Genel Raporlarının Temel Bölümleri, Avrupa Konseyi, 2002.
- İnsan Hakları Bilgi Dosyası, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara, 2007.
- İşkenceye Karşı Sözleşme’nin Seçmeli Protokolü Kapsamında Sivil Toplum ve Ulusal Önleme Mekanizmaları, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Sivil%20Toplum%20ve%20Ulusal%20Izleme%20Mekanizmalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014.
- İşkenceye Karşı Komite, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Bilgi Belgeleri No 17, <http://www.ihop.org.tr/dosya/BB/torturetr.pdf>
- İşkenceye Karşı Sözleşme Seçmeli Protokol Işığında Ulusal Önleyici Mekanizmalar Olarak Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ve Kamu Denetçiliği (Ombudsman) Kurumları/Kamu Denetçileri, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Insan%20Haklari%20Komisyonlari%20ve%20Kamu%20Denetçileri.pdf>, Erişim Tarihi:14.02.2014
- İşkenceye Karşı Sözleşme’nin Seçmeli Protokolü Kapsamında Sivil Toplum ve Ulusal Önleyici Mekanizmalar, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Sivil%20Toplum%20ve%20Ulusal%20Izleme%20Mekanizmalar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi:14.02.2014
- İzmir Ceza ve Tutukevleri Bağımsız İzleme Grubu Yıllık Raporu (Ekim 2003-Ekim



2004), <http://www.bianet.org/archives/go?id=1>, Erişim Tarihi 14.02.2014.

National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No 4, United Nations, New York and Geneva, 1995, s.6. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training4en.pdf>, Erişim Tarihi:14.02.2014.

<http://www.bianet.org/konu/izmircezavetutukevleribagimsizizlemegrubu>

<http://cezaevindestk.org>

<http://www.gunisigihukuk.com/izmircezavetutukevleri.html>, Erişim Tarihi, 14.02.2014.

<http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Metinler/Paris%20Ilkeleri.pdf>, Erişim Tarihi 14.02.2014.

[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=560:hoptanyeniceviriler&catid=33:ceviriler&Itemid=114](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=560:hoptanyeniceviriler&catid=33:ceviriler&Itemid=114)

#### **Mahkeme Kararları:**

Anayasa Mahkemesi'nin 2006/140 Esas, 2008/185 Karar, Karar Tarihi 25.12.2008. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/Kararlar/Iptalıtiraz/K2009/K.2008185.htm>

# ASKERÎ CEZA HUKUKUNDA AST'A MÜESSİR FİİL SUÇU (AsCK m.117)

THE OFFENCE OF BODILY HARM AGAINST SUBORDINATE  
IN MILITARY CRIMINAL LAW  
(Military Criminal Code : 117th article)

Gökhan Yaşar DURAN\*

**Özet:** Askerî disiplinin tesisinde astlık üstlük ilişkileri önem taşımaktadır. Bu nedenle kanun koyucu bu ilişkinin tesisi açısından genel ceza kanununda yer alan bazı suç tiplerinin Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nda özel olarak düzenlenmesi yoluna gitmiştir.<sup>1</sup> İncelememizde bu özel düzenlemelerden biri olan ve Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 86'ncı maddesine ('*Kasten Yaralama*') karşılık gelen Askerî Ceza Kanunu'nun (AsCK) 117'nci ('*madununa müessir fiilde bulunanların cezaları*') maddesi ile yine bu madde ile bağlantılı olarak AsCK'nun 118 ('*Müessir fiillerle madununun vücudunda tahribat yapan veya ölümüne sebep olan mafevka verilecek ceza*') ve AsCK'nun 119'ncü ('*Mafevkin cürüm sayılmayacak olan fiilleri*') maddeleri birlikte incelenecektir. Ayrıca maddenin diğer suç tipleri ile karıştırılmaması bakımından, TCK'da ve askerî mevzuat içerisinde yer verilen bazı suç tipleri ile mukayesesi yapılacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Yaralama, Öldürme, Kötü Muamele

**Abstract.** Subordinate – Superior relationship is important in the establishment of military discipline. In terms of establishing this relationship, the legislator has chosen the way that some types of offences which are originally in the general criminal law are regulated specifically in the Military Criminal Code. In this study, Article 117

\* Yrd.Doç.Dr.Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu 13'ncü maddesinde; "Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler(in) alın(ması)" hükmolunmuştur. Nitekim 'Askerî disiplinin sağlanması hususunda, genel hukuk kurallarının yanında, sadece belirli statüdeki kişilere uygulanabilen askeri hukuk kuralları gibi ayrı kuralların konulması bir zorunluluktur. Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, askeri disiplini sağlamanın en iyi yolu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle genel ceza kanununda bulunmayan suç tiplerinin ve cezaları içeren müeyyidelerin bulunması bütün Ülkeler tarafından benimsenmiştir.' (Gökhan Yaşar, Duran; Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2012, s.4)

of Military Criminal Code, which is one of these specifical regulations and originally corresponding to Article 86 of Turkish Criminal Code, will be examined together with the Articles 118 and 119 of Military Criminal Code relevant to this Article. Furthermore, in terms of not confusing this article with other types of some offences, a comparison will be made between the crime types in the Turkish Criminal Code and Military Legislation.

**Keywords:** Bodily injury, Murder, Ill-treatment

## I. MADDENİN DÜZENLENİŞİNE İLİŞKİN GENEL HUSUSLAR

Askerî yargının varlık nedenine dayalı olarak<sup>2</sup> askerî mevzuat içindeki hükümlerde kanun koyucu emir vermeye yetkili her üste, disipline aykırı gördüğü her duruma müdahale etme görevi yüklemiştir.<sup>3</sup> Buna aykırı davranışlar ise kanun koyucu nazarında, amir veya üstün makam ve memuriyet görevine aykırı davranışlar kategorisinde özel olarak cezalandırılmayı gerektiren suç tiplerinin düzenlenmesine yol açmıştır.

Nitekim bu nedenle bir kişinin diğer kişiyi yaralaması halinde, tarafların sivil şahıs olması durumunda genel ceza kanununa göre kasten yaralama suçundan dolayı adli işlem yapılacakken tarafların asker şahıs olması halinde, aralarındaki astlık üstlük ilişkisine göre özel bir kanun olan askerî ceza kanununa göre uygulama yapılarak suç vasfı belirlenecektir. Asker kişileri arasında böyle bir astlık üstlük ilişkisinin

<sup>2</sup> "Bir ordunun varlığı başlıca iki yükümlülüğü de birlikte getirir: Bunlardan birincisi "hazır bulunmak", ikincisi de "emre itaat etmek" tir... Çünkü bu iki yükümlülük yerine getirilmeksizin, hiç bir ordu kendisinden beklenen görevi ifa edemez ve disiplini asıl bozan fiiller de bu iki yükümlülüğünden birinin ihlalini ifade eder... Şu halde bir ülkeyi dış ve iç düşmanlara karşı koruyacak çapta bir ordunun bulunduğu her yerde, askerî yargının da bulunmasının gerekli, hatta zorunlu olduğunu söylemek, yani askerî yargının varlık sebebini, silahlı kuvvetlerin varlık sebebi ile izah etmek mümkündür." Bu açıklamalar için bkz. Sahir, Erman; "Askerî Yargı", Askerî Adalet Dergisi, Y.22, S.90, Mayıs1994, s.6-7.

<sup>3</sup> Hulusi, Özbakan; Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.403; 'Disiplinin anlam ve özellikleri, ast ve üstlerin uymakla yükümlü oldukları kurallar, disiplinin korunmasında ve ceza uygulamalarında gözetilecek ilkeler, İç Hizmet Kanunu'nun 13 ila18, 24, 32 ve İç Hizmet Yönetmeliği'nin 1 ila 22, 41 ila 49, 54 ila 56 ve 86'ncı maddelerinde, özenle oluşturulmuş, duru ve yalın bir dille vurgulanmıştır.' Bu açıklama için bkz. A.Osman, Kaynak; Disiplin Amirleri İçin Ceza İşlemleri Muhtırası, Donanma K'lığı Basımevi, Kocaeli, 1988, s.1.

bulunmadığı durumlarda diğer bir deyişle eşit rütbedeki asker şahıslar arasındaki kasten yaralama eylemlerinde ise yine genel ceza kanunu hükümlerine göre askerî mahkemelerce yargılama yapılacaktır.<sup>4</sup>

Bir örnekle açıklamak gerekirse; asker kişi olan bir suç failinin, biri rütbece üstü, biri astı, diğeri rütbece eşiti konumunda bulunan üç farklı asker kişiye karşı, aynı anda işlediği aynı nitelikteki kasten yaralama eylemleri; failin ilk fiili için üste fiilen taarruz' (AsCK m.91) ikinci fiili için birazdan inceleme konumuz olan '*asta müessir fiil*' (AsCK m.117) suçunu oluştururken, failin son eylemi ise genel ceza hükümleri kapsamında '*kasten yaralama*' (TCK m.86) suçundan dolayı uygulama yapılmasını gerektirecektir.<sup>5</sup>

Düzenleme yeri olarak, AsCK'nun 117 ve bu madde ile bağlantılı olarak incelenecek olan 118 ve 119'ncü maddeleri AsCK'nun 'Üçüncü Bap', '*Makam ve Memuriyet Nüfuzunu Suiistimal*' başlıklı '*Altıncı*' faslında düzenlenmiştir.<sup>6</sup>

Konu ile ilgili AsCK 117, 118 ve 119'ncü madde düzenlemelerinin geçmişten günümüze geçirdiği değişiklikler şöyledir:

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkra hükmü kabul edilışinden itibaren herhangi bir değişiklik olmadan günümüze kadar gelmiştir.

Ancak maddenin ikinci fıkrasında (*kısa hapis*) sözcüğünden sonra gelen '*ve efrat hakkında katıksız hapis*' ibaresi, katıksız hapis cezasının 4551 sayılı Kanununun 38'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> As.Yrg.3D., 22.06.1993, 1993/321-319 EK; As.Yrg.Drl.Krl., 15.02.1990, 1990/27-26 EK; As.Yrg., 4D., 13.12.1988, 1988/613-600 EK. (Nakleden:Kemal, Bal; Askeri Ceza Kanunu ile İlgili İçtihatlar, Ankara 2002, s.117-1)

<sup>5</sup> Askeri Yargıtay kararları da benzer doğrultudadır. 'Sanığın astı konumundaki mağdur ere tokat atması, AsCK'nun 117/1'inci maddesinde yazılı "*asta müessir fiil*" suçunu, üstü konumunda bulunan mağdur çavuşu yakasından tutarak aracın içine doğru itirmesi de AsCK'nun 91/1'inci maddesinde yazılı "*üste fiilen taarruz*" suçunu oluştur(ur)'. As.Yar.3D., 14.2.2006, 2006/233-233 EK. (TSK Net)

<sup>6</sup> Bu fasıl başlığında yer alan diğer düzenlemeler şöyledir: 'Madununa suç yapmak için emir verenlerin cezası (m.109); Madunun şikayetnamesini saklayan veya geri alduranların cezası (m.110); Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası (m.111); Askeri mahkemeler üzerinde tesir yapanların cezası (m.112); Askeri şahısları mürettep oldukları yerlerden geriye sevkedenlerin cezası (m.113); Erleri kanuna muhalif olarak hizmetçiliğe verenlerin cezası (m.114); Memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması (m.115); Askerliğe ait vesika, evrak, harita ve şekilleri yakanlar (m.121)'.  
<sup>7</sup> Fahrettin Demirağ, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000,

Madde 31.01.2013 tarih 6413 sayılı Kanununun 45/3 (c) bendi<sup>8</sup> ile tamamen kaldırılmadan önce '*az vahim hallerde kısa hapis verilir*' şeklinde bir disiplin kabahati<sup>9</sup> olarak uzun süre yürürlükte kalmıştır.<sup>10</sup>

Bu hususun üzerinde durulma nedeni TCK 86/2'nci fıkrasında düzenlenen kasten yaralamanın '*basit tıbbi müdahale ile giderilecek ölçüde hafif*' olması halinde bunun AsCK 117'nci maddesi bakımından uygulamasının nasıl olacağına ilişkindir.

TCK 86/2'nci fıkrası mağdurun şikayetine tabi olarak faillerinin daha hafif cezalandırılması gerektirmektedir. AsCK'da askerî suçların takibi şikayete bağlı olmadığından (AsCK 48/A), AsCK 117'deki suç faillerinin '*basit tıbbi müdahale ile giderilecek ölçüde hafif*' eylemleri mağdurun şikayetine tabi olmadan mutlaka cezalandırılacaktır.

AsCK 117/2'nci fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde '*az vahim halin*' hangi durumları kapsadığı tartışma konusu olmuştur.

- 
- s.97.
- <sup>8</sup> 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu 45/3 (c) bendi şöyledir: '22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun; '18 inci maddesi, 19 uncu maddesi, 82 nci maddesinin birinci fıkrası, 84 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 93 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 117 nci maddesinin ikinci fıkrası, 150 nci, 151 inci ve 162 ila 191 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kısa hapis veya" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.'
- <sup>9</sup> AsCK'da, askerî suç türleri olarak, askerî cürüm ve askerî kabahatler (AsCK m.1) ile disiplin tecavüzlerinden (AsCK m.19) bahsedilmeydi. AsCK'nun ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırdığı suçlar, askerî cürümler (AsCK m.1/1), kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir.(AsCK m.1/2) Askerî kabahat oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğu, mülga AsCK 18'nci maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "Bu kanunda yazılı olan bir ceza ancak bir mahkemenin kararıyla infaz olunur. Aşağıdaki hallerde disiplin cezalarıyla mücazat yapılabilir. A: 82, 96 ve 136 nci maddelerin 1 numaralı ve 93, 116, 117 ve 150 nci maddelerin 2 numaralı fıkralarında, B: 68, 83, 86, 108, 130, 137 ve 145 inci maddelerde yazılı kısa hapis cezaları'
- <sup>10</sup> 'AsCK'da, askerî suçlar yanında, askerî disiplin kabahatlerine (bunlardan birçoğu 477 sayılı DMK yürürlüğe girdikten sonra disiplin suçu olarak düzenlenmiş olmakla birlikte disiplin kabahatleri 6413 sayılı Kanunun 45'nci maddesi ile kaldırılmadan önce varlığını uzun süre sürdürmüştür) yer verilme nedeni şöyle açıklanmıştır: "Suçla disiplin cezasını gerektiren fiil arasında bağlantı vardır ve bu bağlantı özellikle suç teşkil eden fiilin, failin mensup olduğu grup bakımından disiplin cezasını da gerektirmesi halinde ortaya çıkar. Bu bağlantı, bazen disiplin cezalarının meslek kanunlarında değil, fakat doğrudan doğruya cezai nitelikte olan kanunlarda yer almalarını bile gerektirir. Mesela Askerî Ceza Kanunumuz, disiplin cezalarını gerektiren fiilleri ve bunlarla ilgili hükümleri ihtiva etmektedir" Bu açıklama için bkz. Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11.Bası, İstanbul, 1994, s.344.

Askerî Yargıtay'ın bir kararında 'az vahim hal' şöyle açıklanmaktadır<sup>11</sup>: 'As.C.K.nun 117 nci maddesinin birinci fıkrasında, Asta Müessir Fiil suçunun maddi unsuruna vücut verebilecek hareketlerin nelerden ibaret olduğu sayılmakta ve bu suçun failinin iki seneye kadar hapsolunacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, az vahim hallerde kısa hapis ve efrat hakkında katıksız hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Asıl olan maddenin birinci fıkrası olup, fiilin az vahim hal teşkil etmesi halinde, hukuka uygun gerekçesi gösterilmek suretiyle ikinci fıkranın tatbikinin de mümkün olduğu, Askerî Ceza Kanununun, bazı suçlar için az vahim hal durumunu kabul ederek, bu ahvalde faile daha az ceza tertip etmiş olmasına rağmen; bu deyim tanımını yapmadığı, hangi durumların varlığında kanunun bu haline ilişkin cezanın uygulanacağı hususunda hakime bir direktif de vermediği, Kanunun "az vahim hal"e işaret ettiği hallerde de suçun unsurları aynı olduğuna göre, bu halin, tamamen şahsa bağlı olan "takdiri indirim" sebebi olmadığı, suçun işlendiği zaman ve mekana, eylemin ika edilme tarzına ve gayesine, yahut suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre "az vahim" halin uygulanıp uygulanmayacağını hakimin takdir edeceği, diğer bir ifade ile, kanunda uygulama koşulları gösterilmemiş bulunan "az vahim hal uygulamasının hakimin genel takdir haklarına ilişkin bir keyfiyet olduğu; bu nedenle bütün takdir haklarının kontrolünde olduğu gibi, bunun da Askerî Yargıtay'ca denetlenebileceği, ancak bu denetlemenin, takdirin objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, makul ve mantıklı olup olmadığına, takdirde herhangi bir zaafa düşülüp düşülmediğine ilişkin olabileceği (As.Yrg.Drl.Krl.nun 29.4.1977 gün ve 1977/44-37 sayılı Kararı) kuşkusuzdur.'

Askeri Yargıtay kararlarında<sup>12</sup> TCK 86/2'nci fıkradaki 'basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüdeki' haller neticenin ağırlığı bakımından AsCK 117/2'nci fıkrasındaki 'az vahim hal' olarak değerlendirilmekle<sup>13</sup>

<sup>11</sup> As.Yar.DK., 13.1.2000, 2000/4-12 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.285-287)

<sup>12</sup> Nitekim Askerî Yargıtay'ın AsCK 117/2'nci fıkrasının yürürlükte olduğu bir dönemde verdiği bir kararında, 'kasten itip kakma, cismen eza verecek veya mağdurun sıhhatini bozacak mahiyette olmasa dahi, bu suretle işlenen asta müessir fiil suçu Askerî mahkemenin görevine gire(ceğine)' karar vermiştir. As.Yrg.2.D.26.10.1967 E.477 K.480 (Nakleden:Özbakan, s.276)

<sup>13</sup> AsCK 117/2'nci fıkrasındaki 'az vahim' hallerde disiplin amiri tarafından kendi yetkisi dahilinde fail cezalandırılıyordu. Ancak bu suça ilişkin olarak AsCK 117/1'den dolayı Askerî mahkemede yapılan yargılamada eylemin AsCK 117/2 kapsamında kaldığının tespiti halinde artık mahkeme soruşturma evrakını disiplin amirine gönderemeyip kendisi bir ceza veriyordu.Özbakan, s.274.

birlikte, '*basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek*' bir eylemin cismen eza vermesi mümkün olduğundan AsCK 117/1'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.<sup>14</sup> AsCK 117/2'nci maddenin yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle artık '*basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek*' bir eylem söz konusu olsa dahi sadece AsCK 117/1'nci maddesi kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsama dahi girmeyen eylemler ise 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu kapsamında değerlendirilecektir.

AsCK 117/2'nci fıkrasının mülga olmasından sonra maddenin yürürlükteki en son hali sadece AsCK 117/1'nci fıkra olarak; "*Madununun kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur*" şeklinde başkaca herhangi bir değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelmiştir.

AsCK'nın 115'nci maddesinde; '*Emir vermek yetkisini veya memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak mevzuatın tayin ettiği ahvalden başka bir suretle herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut astı hakkında keyfi bir işlem yapan yahut yapılmasını emreden amir veya üst, bir aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Bu işlem, siyasi bir amaçla yahut kişisel bir çıkar sağlamak için yapılmış veya yapılması emredilmiş ise, fiil başka bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir*' hükmü yer almaktadır.

AsCK 117/1'deki '*tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi) veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)*' eylemi kanaatimizce AsCK 115'de açıklanan suçun işleniş biçimlerinden biri olup aslında AsCK 115'de ayrı bir fıkrada düzenlenebilir. AsCK 117'nci maddesi kasten yaralama (TCK m.86) suçunu içinde barındırmakla birlikte

<sup>14</sup> '*...Mağdurun nöbet esnasında radyo dinlemesi disiplinsiz bir davranış olmakla birlikte, bu durum sanığın eyleminin az vahim olarak kabul edilmesini gerektirecek bir neden değildir. Aksinin kabulü halinde, astını döven her üst ya da amirin, askerlik mesleğinin şartlarına uygun olarak, mutlaka bir disiplinsizlik nedeni bulacağı ve bu saikle işlenen bütün Asta Müessir Fiil suçlarının az vahim olduğu gibi yanlış bir sonuca ulaşılır ki, bunun yasaya uygun olmayacağı pek tabiidir...*' As. Yar.DK., 13.01.2000, 2000/4-12 EK (Askeri Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.285-287)

aynı zamanda AsCK 115'deki memuriyet nüfuzunun kasten yaralama ile sonuçlanan kötüye kullanılma biçimlerinden biridir.

AsCK 117'nci maddesinin 'netice sebebiyle ağırlaşmış şekli'ni içeren AsCK'nın 118'nci maddesinin; 1, 2 ve 4'ncü fıkraları ile aynı madde içinde suçun nitelikli haline ilişkin bir düzenleme olan 3'ncü fıkrası ise günümüze kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Madde-nin yürürlükteki son hali;

*'1.117'nci maddede yazılan fiiller madunun vücudunda tahribatı mucip olmuş ise amir veya mafevk beş seneye kadar hapsolunur.*

*2. Daha ziyade vahim hallerde amir ve mafevk altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.*

*3. Fiil taammüden yapılmış ise amir veya mafevk on seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.*

*4. Fiil ölümü intaç etmiş ise fail on seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur'* biçiminde düzenlenmiştir.

Son olarak inceleme konumuzu oluşturan 'Mafevkin cürüm sayılmayacak olan fiilleri' başlıklı 119'ncü maddesinin 1 ve 3'ncü fıkraları 27/6/1932 tarih ve 2034 sayılı Kanunun 5'nci maddesi ile değiştirilmiştir.<sup>15</sup> Maddenin yürürlükteki son hali 3 fıkra halinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*'1 - Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için bir mafevk tarafından yapılan müessir fiiller makam ve memuriyet nüfuzunu suistimal telakki edilmez ve suç sayılmaz.*

*2 - Bu hüküm harbde veya eşkıya müsademeleri ve isyan yahut askerlik hareketi ve mücrim takıbatı gibi vazifeler başında mübrem surette elzem bir itaati temin için başka vasıtalar bulunmadığı takdirde bir subayın madunun ısrar ve mukavemetine karşı silah kullanmaya mecbur kalması halinde de caridir.*

<sup>15</sup> Bu maddenin 27/6/1932 tarih ve 2034 sayılı kanunun 5'nci maddesi ile değiştirilmeden önceki 1 ve 3'ncü fıkraları şöyleydi: '1.Madunun fiilen taarruzuna karşı müdafaa etmek, son derece zaruret ve tehlike karşısında madunu emrine itaat ettirmek için mafevkin ölümden gayri yapacağı fiiller cürüm sayılmaz. 2. Meşru müdafaada bulunmak veya harpte ilân olunan hareket muntikasında firar edenleri çevirmek veyahut yağma ve tahribin önünü almak için sair vasıtalar kalmadığı takdirde bir zabitanın silahını kullanması cürüm sayılmaz..'



3 - *Mafevkin, hizmete ve askerliğe dair kusur ve hatalardan dolayı madunu tenkit ve muanaze etmesi hakaret sayılmaz.*'

Maddelerin düzenlenişine ilişkin açıklamalardan sonra burada açıklanması gereken diğer bir husus AsCK 117'nci maddesindeki suçun niteliği konusudur. Askerî Yargıtay İBK (İçtihadı Birleştirme Kurulu) kararlarına göre, AsCK'nın 3'ncü babının 5'nci faslında düzenlenen itaat ve inkiyadı bozan suçlar *sırf askerî suç* olarak nitelendirilirken,<sup>16</sup> 'Makam ve Memuriyet Nüfuzunu Suiistimal' başlığı altında farklı bir bab'ta düzenlenen asta müessir fiil suçu (AsCK m.117) ise *sırf askerî suçlar* kategorisinde sayılmamıştır.<sup>17</sup> ,

*Kangal*, TCK'nda düzenlenmiş kasten yaralama suçunun AsCK'ya aktarılmış türlerinden biri olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun (AsCK m. 91) *sırf askerî suç* sayılmasına karşın, diğer türü olan asta müessir fiil suçunun (AsCK m. 117) askerî suç benzeri kabul edilmesini eleştirerek, Askerî Yargıtay'ın askerî suçları ayırmadaki kriterlerinin yetersiz kaldığını, suçun niteliğinden çok, başka mülahazalarla hareket ettiğini, bu yüzden de kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyduğunu ifade etmektedir.<sup>18</sup>

## II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

AsCK'nın 117'nci maddesinde korunan hukuki menfaatin karma bir nitelik taşıdığı<sup>19</sup> söylenebilir.

Zira kasten yaralama suçunun (TCK m.86) askerî ceza kanununun-

<sup>16</sup> Askerî Yargıtay bir İBK Kararı'nda, unsurları kısmen veya tamamen genel nitelikteki kanunlarda tanımlanan suçlarda yer alsın bile, AsCK'nın 3. babının 5. faslında düzenlenen askerî itaat ve inkiyadı bozan suçları *sırf askerî suç* olarak nitelendirmekte, buna gerekçe olarak da bu suçların yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olmasını göstermektedir. Bkz. As.Yrg., İBK, 20.06.1975, 1975/6-4 EK.(Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, Y.1997, S.11, Özel Sayı, İçtihadı Birleştirme Kurul Kararları, s: 279-281)

<sup>17</sup> 'Unsurlarının ekseriyeti TCK'nun 456 ve müteakip maddelerinde de mevcut olan AsCK 117 inci maddesindeki asta müessir fiil suçu, AsCK 3. Bab 5. Faslında Askerî itaat ve inkiyadı bozucu suçlar arasında yer almaması nedeniyle, *sırf Askerî suç* mahiyetinde sayılmaz.' As.Yrg.Drl.Krl. 21.11.1975 E.62 K.60; As.Yrg. Drl.Krl. 17.10.1975 E.38 K.40.(Nakleden: Özbakan; s.275)

<sup>18</sup> Zeynel T., Kangal, Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012, s.87.

<sup>19</sup> Benzer görüş için bkz.Olgun Değirmenci, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, Kasım 2013, s.337.

daki karşılığı AsCK'nın 117'nci maddesi olup<sup>20</sup> kasten yaralama suçunda korunan hukuki yarar mağdurun beden dokunulmazlığı, beden bütünlüğüdür.<sup>21</sup> Bu hak; gerek iç hukukta 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde ve gerekse İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (3-5 maddeleri), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (2-3-5 maddeleri) gibi uluslararası belgelerde düzenlenmiştir. Ayrıca bu hakka müdahale insan haysiyeti ile de doğrudan ilintilidir.<sup>22</sup>

Asta müessir fiil eylemi ile astın beden bütünlüğü ihlal edilmekle birlikte askerî ceza kanunu konuya mağdurun uğradığı zarardan çok failin işgal ettiği makam ve memuriyet yetki ve görevinin ihlali açısından bakmaktadır. Nitekim bu nedenle bu suçla korunan hukuki yarar, makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanmasının önüne geçilerek<sup>23</sup> askerî disiplinin korunmasıdır. Maddenin düzenleme yerine bakıldığında bu husus açıkça görülmektedir. Zira kasten yaralama suçu (TCK m.86) genel ceza kanununda 'vücut dokunulmazlığına karşı suçlar' başlığı altında düzenlenmiştir. Oysa AsCK 117'de ki bu suçun '*makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanılması*' başlığı altında düzenlenmesi bu suçla korunan hukuki yararın makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanması olduğunun açık bir göstergesidir.

Bu suçla bağlantılı olarak disiplinin korunması maksadıyla, bunu sağlamakla yükümlü olan üst ya da amirin, '*Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için*'(AsCK m.119/1) yaptığı müessir fiillerin ise

<sup>20</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında TCK 86'nci maddesinin mülga 765 sayılı TCK'ndaki eski düzenlemesine atıfta bulunarak; '...sanığa isnat olunan asta müessir fiil suçunun maddi unsuru(nun), TCK'nın 456 ve müteakip maddelerinde düzenlenen kasten müessir fiil suçunun maddi unsuruyla aynı' olduğunu açıklamıştır. (As.Yar.DK., 04.07.2002, 2002/58-61 EK)

<sup>21</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan, Erdem, R.Murat, Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.194.(Makalede bu alıntı Tezcan vd. olarak anılacaktır.) Askerî Yargıtay benzer biçimde bir kararında, 'Müessir fiil suçunda korunan hukuki menfaatin kişilerin vücut tamamıyeti, beden şiddet ifade eden muamelelerden masun bulunmak hususundaki hakları ile bedeni, ruhi ve akli sıhhatlerini korumak hakları olduğu(nu)' ifade etmiştir. As.Yar. DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

<sup>22</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker, Tepe, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012, s.201. (Makalede bu alıntı Özbek vd olarak anılacaktır)

<sup>23</sup> Benzer görüş için bkz.Değirmenci, s.337.

korunan hukuki yararı zedelediği, aksine kanun koyucu nazarında disiplin gibi askerlik mesleğine has daha üstün bir yararı koruduğu için hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.

## II. ASCK VE TCK YER ALAN DİĞER SUÇ TIPLERİ İLE İLİŞKİSİ

### A. ASKERİ SUÇLAR

#### 1. Barış Zamanında Uygulanan 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) Disiplin Kanunu'ndaki<sup>24</sup> Düzenleme (6413 SK.m.19/1 (f), (m))

6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendinde; 'Kötü muamele yapmak' (*'Astına, askerî usul ve kurallar dışında kötü davranmak, eziyet amacıyla hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek veya başkaları tarafından kötü muamelede bulunulmasına müsamaha göstermek'*), ile 19/1 (m) bendinde ki; 'Kavga etmek' (*'Meşru savunmaya ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla, askerî mahâl içerisinde, fiilen birisine vurmak'*) şeklinde tanımlanan eylemlerin faillerinin, disiplin amiri ya da disiplin kurulunca 'Hizmet yerini terk etmeme cezası'<sup>25</sup> ile cezalandırılabilceği hüküm altına alınmıştır.

Özellikle 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendindeki; disiplin eylemine konu astının '*eziyet amacıyla hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek veya başkaları tarafından kötü muamelede bulunulmasına müsamaha göstermek'* cümlesi ile AsCK 117/1'nci fıkrasındaki '*tazip maksadıyla madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)'* cümlesi kanaatimizce aynı maddi unsurları içeren ancak biri

<sup>24</sup> Kanun Numarası: 6413, Kabul Tarihi: 31/1/2013, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 16/2/2013, Sayı : 28561, Yayımlandığı Düstur:Tertip:5 Cilt:53. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.6413&MevzuatIlski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6413> (23.12.2013)

<sup>25</sup> 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 12/(5) fıkrası şöyledir: 'Hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmî daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir. Bu ceza disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre; disiplin kurulları tarafından dört ila on güne kadar verilebilir. Ceza verilen personel için uygun bir yatma yeri tahsis edilir. Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin hâller hariç, günde toplam bir saati geçmemek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.'

adli diğeri disiplin cezasını gerektiren düzenlemelerdir. Bu durumda akla bu eylemlerden ötürü hangi kanuna göre işlem yapılacağı her iki maddenin de aynı zamanda uygulanmasının bir eylemden iki defa cezalandırılma yasağına girip girmeyeceği sorularını getirebilir.

Aslında 6413 sayılı Kanunun 5/1'nci fıkrasında bu sorulara açıklık getirilmektedir<sup>26</sup>. Fıkra şöyledir: *'Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.'*

Böylece sanığın eyleminin kanunun hem AsCK 117/1 hem de 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendi kapsamında bir ihlale konu olması durumunda ayrıca disiplin amiri ya da disiplin kurulunca *'Hizmet yerini terk etmeme cezası'* ile cezalandırılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 131/2'nci fıkrasında *'Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz'* hükmü Askerî disiplin hukukunda da bu konuda özel bir düzenleme olmadığından kanaatimizce geçerlidir.

Ancak burada belirtilmesi gereken bir husus, *"Ceza mahkemesi, fiilin memur tarafından işlenmemiş olduğu gerekçesine dayanarak beraat kararı verirse, bu karar disiplin mercilerini bağlar; bu fiilden dolayı memur hakkında ceza verilemez. Ancak Ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararının, işlendiği sabit olan fiilin kanunda yazılı bir suçu meydana getirmediği gerekçesine dayanıyorsa, disiplin mercileri buna rağmen disiplin cezası verebilir.*

<sup>26</sup> Bu madde ile bağlantılı olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 125/son maddesinde, *"Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez", "Cezaî kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi"* başlıklı 131/1,2. fıkrasında ise, *" Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz"* hükümleri yer almaktadır. TSK Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 14/son fıkrasında yukarıdaki hükümlere benzer bir biçimde, *"Disiplin kovuşturması yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez"* hükümleri yer almaktadır.

*Zira, fiil, ceza kanununda yazılı suçun unsurlarını taşımadığı halde, disiplin suçu” oluşturabilir.*<sup>27</sup>

Ceza kovuşturmasının zamanaşımı ya da genel veya özel afla suçun veya cezanın düşmesi de disiplin kovuşturmasını etkilemez ve disiplin cezası verilmesine engel olmaz.<sup>28</sup>

## **2. Savaş Zamanı Uygulanacak olan 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanundaki (DMK) Düzenleme (477 SK.m.55)**

6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun ‘Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler’ başlıklı 45/(5) fıkrası ile; 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı DMK’nun 1’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Disiplin mahkemesi” ibaresi “Disiplin mahkemesi savaş zamanında” şeklinde değiştirilmiştir.<sup>29</sup> Daha önce barış zamanında sadece asker kişilerin kanunda belirtilen disiplin suçlarından yargılama yapmak üzere kurulan disiplin mahkemeleri artık bu düzenleme ile sadece savaş zamanı kurulacak ve yargılama yapacaktır.

477 sayılı DMK’nın uygulandığı dönemde, 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesinde yer alan ‘Astına sövenler, hakaret edenler veya askerî usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar’ hükmü ile AsCK’nın 117/1’inci fıkrasının birbirine karıştırılması ve bunlar arasında ayırımın ne şekilde

<sup>27</sup> Danıştay 10. Dairesinin 27.10.1987 tarih ve E.1987/2015, K.1987/1721 sayılı kararında, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının, mutlak anlamda bağlayıcı olmayacağı ifade edilmiştir. Bu açıklama ve diğerleri için bkz. Muzaffer, Dilek; “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, s.12-13 <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr> (1.1.2012)

<sup>28</sup> Bkz.Dönmezer-Erman, I, s.345.

<sup>29</sup> ‘Disiplin mahkemesi savaş zamanında; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşidi) kıt’a, karargâh ve askerî kurumlar ile Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilâtında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanının, Jandarma Genel Komutanının, kuvvet komutanlarının ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarının göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığınca, diğer komutanlıklar, karargâhlar veya askerî kurum amirlikleri teşkilâtında da Disiplin mahkemesi kurulabilir. Aynı garnizonda; birden fazla disiplin mahkemesi kurulması gereken kıt’a komutanlığı, karargâh ve askerî kurum amirlikleri bulunursa, Genelkurmay Başkanlığınca yeteri kadar disiplin mahkemesi kurulması ile yetinilebilir.’ (477 SK.m.1)

yapılması gerektiği Askerî Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur.

Nitekim Askerî Yargıtay kararlarına göre; *“araca binme meselesinden çıkan münakaşada sanıklardan Tğm.TM.’nin astı olan diğer sanık Tğm....’in yakasından tutarak araca binenlerin listesini göstermek üzere aracın yanına götürmesi(nin), asta müessir fiil olmayıp, asta kötü muamele suçunu teşkil”*<sup>30</sup> edeceği, *“esas duruşunu düzeltmeyen astına (mülga)AsCK’nun 169’ncü maddesi gereğince tutuklandığını belirttikten sonra arkasından dolu silahını tevcih eden sanığın hareketini(n) TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 254’ncü maddesi hükmü muvacehesinde ‘astına kötü davranmak’ olarak”* nitelendirilmesi gerektiği<sup>31</sup> açıklanmışken bu kararlarının aksine; *“..sanığın astı olan er(i) tokatla dövmesi olayında, eylemin AsCK’nın 117/1 maddesine mümas bulunması ve yargılamanın askerî mahkemede yapılmasının gerekmesine rağmen hükümlünün eyleminin astına kötü davranmak olarak tavsif edilip, disiplin mahkemesinde yargılanıp 477 sayılı Kanununun 55. maddesinden cezalandırılması cihetine gidilmiş olması(nin) kanuna aykırı bulunduğu”*<sup>32</sup>, *“astı olan mağdurun başına sopa ile vurmak ve yere yıkılınca da tekme ile müessir fiille devam etmekten ibaret olan eylemin; AsCK 117/1. maddesine mümas olup, 477 sayılı Kanununun 55. maddesinde yazılı “asta kötü muamele” suçunu teşkil”*<sup>33</sup> etmeyeceğine karar vermiştir.

Askerî Yargıtay’ın yukarıdaki kararlarının, artık savaş zamanı uygulanacak olan 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesi bakımından bir önemi kalmamıştır. Ancak 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesinde yer alan *‘askerî usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar’* hükmü ile 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendindeki *‘askerî usul ve kurallar dışında kötü davranmak’* hükümleri aynıdır. Bu nedenle Askerî

<sup>30</sup> As.Yrg.3.D., 27.5.1986, Es.169 Ka.142. (Nakleden: Hulusi, Özbakan; Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1990. s.50)

<sup>31</sup> As.Yrg.2.D., 20.09.1989, E.450, K.443. (Nakleden: Ali, Koçyiğit; Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askerî Disiplin Suçları ve Cezaları, (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2007, s.108) <http://www.belgeler.com/blg/16br/diisiplin-mahkemeleri-kanununa-gore-Askeri-disiplin-suclari-ve-cezalari-military-discipline-crimes-and-discipline-punishment-according-to-law-of-discipline-crime-court.> (1.1.2012)

<sup>32</sup> As.Yrg.3.D. E.1988/457, K.1988/443, T.5.7.1988 (Ramazan, Yıldırım; “Türk Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, AYİM Dergisi, S.14, Genelkurmay Basımevi, Ankara 2000, s.100)

<sup>33</sup> As.Yrg.3.D. 30.7.1968, 567-581 EK. (Nakleden: Özbakan, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri..., s.150)

Yargıtay'ın bu konuda verdiği eski tarihli kararlarınının 6413 sayılı kanununun 19/1 (f) bendine göre işlem yapacak olan disiplin amirleri bakımından halâ göz önüne alınabileceği değerlendirilmektedir.

### **3.“Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek” (AsCK m.79)/ “Başkasını askerliğe yaramayacak hale getirmek” Suçu (AsCK m.80) <sup>34</sup>**

“Kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası” başlıklı AsCK'nın 79'ncü maddesinde; “(1)Kendisini kasten sakatlayan<sup>35</sup> veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren<sup>36</sup> veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır...” hükmü yer almaktadır.

Bu madde ile kendini sakatlamak suretiyle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya getirterek askerlik hizmetinden kaçan kişilerin cezalandırması amaçlanmaktadır.<sup>37</sup> Bu zorunluluğun bir gereği olarak normal şartlarda bir kişinin kendini yaralaması genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemişken askerî ceza kanununda eğer suç failinin kastı askerlikten kurtulma ise bu eylem artık AsCK 79'da yer alan askerî bir suçtur.

Sakatlama sonucu, mükellefin kısmen askerlikten kurtulmasıyla suç oluşur. Failin beden kabiliyetini tamamen kaybetmesi şart değildir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında; “Nöbet esnasında taşıdığı silah ile kendini sağ el işaret parmağı ve sağ ayak bileğinden kasten sakatlayan”,<sup>38</sup> “Daha evvelce bir kere kıt'asından firar edip babası tarafından birliğine teslim

<sup>34</sup> Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Yaşar Duran, 'Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)', MÜ. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2s.1031-1065.

<sup>35</sup> Askerî Yargıtay kararlarında; “Sakatlamak” eylemi, vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmaktadır. Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.9.2001 tarih 2001/79-76 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.173)

<sup>36</sup> “Askerliğe yaramayacak hale” gelmek, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması olarak kabul edilmektedir. Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.9.2001 tarih 2001/79-76 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.173)

<sup>37</sup> Özbakan, s.184.

<sup>38</sup> As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

edilen, son kez de izindeyken sırf askere gitmemek için balta ile sol el parmaklarını kesen"<sup>39</sup> "namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş eden"<sup>40</sup> suç faillerinin eylemlerini AsCK'nın 79/1'nci maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Hareketin şekline göre, AsCK 79'da ki bu suç ancak failin ya da başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde tarif edilen yöntemlerle işlenebilmektedir.<sup>41</sup>

Asıl konumuzla ilgili olan husus bu suçun, AsCK 79'daki suç failinin rızası ile bir başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde gerçekleştirilmesidir. Nitekim bu durum AsCK 79'u takip eden müteakip AsCK 80'nci maddesinde, "79 uncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılacaktır" hükmü ile açıklanmaktadır.

Burada mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği gibi, failin özel kasıt altında AsCK 79'daki suç failini aralarındaki anlaşmaya dayanarak askerlikten kurtarmak gayesiyle yaptığı kasten yaralama eylemleri, AsCK 117'nci maddesine göre değil özel bir iştirak şekli olarak AsCK 80'nci maddesi kapsamında cezalandırılmayı gerektirecektir.

#### 4. Üste Fiilen Taarruz Suçu(AsCK m.91)

Astlık üstlük münasebetlerinin göz önüne alındığı bir başka suçta, bu kez astların üstlerine karşı işledikleri kasten yaralama eylemlerine ilişkin 'Amire ve mafevka fiilen taarruz edenler' başlıklı AsCK'nın 91'nci maddesidir. Madde metni şöyledir:

'1. Amire veya mafevka fiilen taarruz eden veya fiilen taarruza teşebbüs eden üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolünür.

2. Taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı olarak veya bir hizmet esnasında

<sup>39</sup> As.Yar.2D., 16.02.1988, 130/115 EK. (Nakleden: İsmet, Polatcan, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Ceza Kanunu, 26.Bası, İstanbul 2000, s.347)

<sup>40</sup> As.Yar.2D., 08.10.2008, 2008/2127-2229 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.22, Y.2009, s.38-39)

<sup>41</sup> Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 25.09.2003, 2003/73-67 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.16, Y.2004, s.205-207)



*veya toplu asker karşısında veyahut silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmış ise beş seneden, az vahim hallerde bir seneden aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir.*

*3.Taarruz, amirin veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa on beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eğer ölümü mucip olmuşsa müebbet ağır hapis, az vahim hâllerde yirmi dört seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezası verilir.*

*4.Taarruz veya taarruza teşebbüs seferberlikte yapılmışsa yirmi seneden, az vahim hâllerde on beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eylem amir veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa müebbet ağır hapis, ölümü mucip olmuş ise ölüm cezası verilir.'*

AsCK 117'den farklı olarak, ayrı bir bap başlığı altında düzenlenen AsCK 91'de tanımlanan suçun; bir kalkışma suçu olduğu, teşebbüs halinde dahi suçun **işlenmiş sayıldığı**, yine bu suçun silahlı olarak veya bir hizmet esnasında<sup>42</sup> veya toplu asker karşısında veyahut silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmasının suçun nitelikli halleri arasında kabul edildiği, bu suçun seferberlik halinde işlenmesi halinde ise suç faillerinin cezasının ağırlaştırıldığı anlaşılmaktadır.<sup>43</sup>

AsCK 91/3'ncü fıkrasında, AsCK 118/1, 2 ve 4'ncü fıkrasındaki suçun netice nedeniyle ağırlaşmış hallerine ilişkin benzer bir düzenleme getirilmiş AsCK 118/3'deki taammüd haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

<sup>42</sup> Askerî Yargıtay İBK'nun 12.3.1969 gün ve 1869/4-4 Sayılı kararında; AsCK'nun 91/1'nci maddesine mümas üste fiilen taarruz suçunun aynı maddenin 2'nci fıkrasında gösterilen (hizmet esnasında) işlenmiş olmasının kabulü için '1) Tarafların her ikisinin filhal hizmet halinde bulunmaları, 2) Aralarında hizmet münasebetinin teessüs etmiş olması, 3)Fiilin hizmet gereklerinden doğmuş olması' şartlarının mevcudiyeti aranmaktadır.' (Orhan Çelen, En Son İçtihatlı, Notlu, açıklama, Örneklî İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997, s.337); Askerî Yargıtay bir kararında, "Üste fiilen taarruz suçu, içtima mahalline geç gelen sanığa, nöbetçi onbaşısı olan diğer sanığın vazife dışına taşan bir haksız hareketinden, başka bir deyimle tokat atması olayından meydana geldiğine göre, olayda "hizmet hali"nin unsurları" olmadığına karar vermiştir. As.Yar.3D., 15.04.1988, 1988/276-258 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.7, Y.1990, s.124)

<sup>43</sup> Bunun nedenine ilişkin olarak Askerî Yargıtay'ın bir kararındaki muhalefet gerekçesinde, '... TCK'na göre özel bir ceza yasası niteliğinde olup, askerlik hizmetinin özelliğine nazaran, üstün hukukunu koruyan bir suç ve ceza sistemine sahip ol(duğu)' açıklanmıştır. As.Yar.DK., 04.03.2004, 2004/55-44 EK. (TSK Net)

### 5. 'Büyük Zararlar Veren Emre İtaatsizlikte İsrar' (AsCK m.89)

AsCK 89'ncu maddesine göre; '*Emre itaatsizlik sonucu bir insanın hayatını tehlikeye koyan, memleketin veya bir Askerî birliğin güvenliğini veya savaş hazırlığını veya eğitimini önemli derecede ihlal eden veya büyük bir zarar meydana getiren yahut başkasının malına önemli bir zarar veren asker kişiler, bir seneden on seneye kadar hapis, seferberlikte iki seneden onbeş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır*' hükmü yer almaktadır.

AsCK 89'ncu maddesinde açıklanan suçun oluşumu için failin doğrudan doğruya itaatsizlik teşkil eden fiilinden bir yaralamanın meydana gelmesi gerekmektedir. Failin bu neticeyi isteyip istememesinin bir önemi bulunmamaktadır.<sup>44</sup>

AsCK'nın 89'ncu maddesinde düzenlenen suç "*netice sebebiyle ağırlaşmış suç*" niteliğinde olup, maddede zararın sınırı ve boyutları belirtilmemekle birlikte, bunun "*büyük ve önemli bir zarar*" olması gerekmektedir.<sup>45</sup>Bu suçun oluşabilmesi için, meydana gelen zarar ile itaatsizlik konusu fiil arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmalıdır.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Özbakan, s.227.

<sup>45</sup> '...J.Er V.G.'nin hayatı tehlike geçirmemekle birlikte 15 gün iş ve güçten kalacak biçimde yaralanması olgusu, bir insanın hayatının tehlikeye koyulması mahiyetinde önemli bir sonuçtur. Öte yandan, keşif ve gözetleme yapmak görevini üstlenen 13 kişilik timin 4 elemanının yemek alımı için karakolda olduğu sırada 8 elemanın mayınlı bölgeye girmesi ve ardından vuku bulan yaralanma nedeniyle bu elemanların yaralıları karakola taşımaları ile pusu mevkiinin kontrolsüz kaldığı ve bu suretle karakolun güvenliğinin önemli derecede ihlâl edildiği de kuşkusuz bir biçimde ortaya çıkmış bulunduğu; sanığın, amiri tarafından verilip kendisine tebliğ edilmek suretiyle özelleştirilip somut hâle getirilen ve hizmete ilişkin olduğunda kuşku bulunmayan «mayınlı bölgeye girilmeyeceğine» ilişkin emrin gereğini hiç yapmadığı, karakol komutan yardımcısı olarak bizzat uygulaması gereken hizmetle doğrudan ilgili bu emirlerin gereğini yoğun bir suç kastı ile hareket ederek yerine getirmediği, gerçekleşen itaatsizlik eylemi ile doğrudan doğruya nedensellik bağı içinde büyük ve önemli bir zarar oluştuğu ve bu suretle «büyük zararlar veren emre itaatsizlik» suçunu işlediği sonucuna varılmıştır.'

<sup>46</sup> As.Yar. 1D., 23.1.2008 tarih 2008/241-236 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.22,Y.2009, s.147-151)

<sup>46</sup> As.Yar.3D., 09.05.2000 tarih 2000/296 - 296 EK; As.Yar.DK., 28.09.2000 tarih 2000/141 - 137 EK. (BAL, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.?'den naklen)

## B. TÜRK CEZA KANUNU

### 1. Kasten Yaralama (TCK m.86/1,2)

TCK İkinci Kitap, İkinci Bölüm 'Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar' bahsinde düzenlenen kasten yaralama suçu, TCK 86 (1) fıkrasında<sup>47</sup>; '*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*' biçiminde düzenlenmiştir.

TCK 86'ncı maddesinde suçun maddi unsurunu oluşturan fiiller; genel olarak başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir. Yine bu suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmal suretiyle de işlenebilir. Nitekim TCK 88'nci maddesinde kasten yaralamanın ihmal bir davranışla işlenmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

AsCK 117'nci maddesindeki birazdan incelenecek olan maddi fiiller ise, TCK 86'ya göre benzerlik arz etmektedir.

Nitekim AsCK 117'nin ilk cümlelerinde yer alan '*kasten itip kakma, dövme, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunma*' ile TCK 86'nci maddesindeki '*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden*' olma cümleleri içerik olarak birbiri karşılayacak niteliktedir.<sup>48</sup> Bu nedenle Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları yanında TCK 86'nci maddesine ilişkin doktrinindeki görüş ve açıklamalar ve Yargıtay'ın kararları da AsCK 117'nci maddenin açıklanmasında yol göstericidir.

AsCK 117'nin devam eden, '*tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştirme veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine*

<sup>47</sup> Doktrinindeki bir görüşte, TCK'da benimsenen yaralama teriminin yara açılması gibi gözle görünür bir oluş ifade etmesi oysa psikolojik arazlarında bu suç kapsamında olması nedeniyle içerik olarak madde başlığı ile örtüşmediği bu yönüyle 'müessir fiil ya da etkin (etkili) eylem' terimlerinin daha uygun olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Özbek vd., s.199; TCK 86 maddesine 765 sayılı mülga TCK'nun 271, 456, 457, 458 maddeleri karşılık gelmektedir. (Gürsel, Yalvaç; Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013, s.111)

<sup>48</sup> Askerî Yargıtay eski tarihli bir kararlarında, AsCK 117'nci maddesindeki asta müessir fiil suçunun unsurlarının çoğunluğu itibarıyla TCK'nun 456 ve müteakip maddelerinde de mevcut olduğu açıklamasında bulunulmuştur. As.Yrg.Drl.Krl. 21.11.1975 E.62 K.60; As.Yrg.Drl.Krl. 17.10.1975 E.38 K.40.(Nakleden:Özbakan, s.275)

*veya suumuamele de bulunulmasına müsamaha edilmesi'* cümlesi TCK 86'ya göre suçun işleniş şekli ve faillerin suçtaki amacını ortaya koymak bakımından daha özel nitelikte bir düzenlemedir. Yine bu düzenlemedeki eylemler neticesinde bir kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecekse de kanun koyucu kanaatimizce suçun oluşumu için böyle bir sonuç aramamaktadır.

TCK 86'da yer alan kasten yaralama suçu, suç faillerinin ihmali sonucu da kasten işlenebilen bir suçtur. TCK bu konuda bir ayrıma giderek, 88'nci maddede '*kasten yaralamanın ihmali bir davranışla işlenmesi'* halini ayrı bir madde başlığı altında düzenlenmiştir.

AsCK 117'de işleniş şekli bakımından '*müsamaha etmek'* gibi bir cümleye yer verilmesi suç faillerinin bu suçu ihmal suretiyle de işleyebileceklerini göstermektedir. Ancak AsCK'da, TCK 88'de ki gibi bu konuda ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu ile ilgili açıklamalara yeri geldiğinde tekrar dönülecektir.

Diğer bir husus kovuşturma şartına ilişkindir. TCK 86/2'nci fıkrasında kasten yaralamanın '*basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması'* halinde mağdurun şikayeti üzerine kovuşturma başlatılacakken, AsCK 117'de dahil olmak üzere tüm Askerî suçlar, AsCK 48/A bendi '*Askerî suçların takibi şikayete bağlı değildir'* hükmü gereği resen kovuşturulacaktır. Ancak eşit rütbede yani aralarında herhangi bir astlık üstlük ilişkisi bulunmayan asker şahıslar arasındaki kasten yaralama eylemlerinde dava AsCK 117'nci maddeye göre değil, TCK 86'ya göre açılacağından bu durumda mağdurun şikayeti bir kovuşturma şartı olarak mutlaka aranacaktır.

## 2. Kasten Yaralamanın Nitelikli Halleri

### a. Kasten Yaralamanın TCK 86/3'deki Nitelikli Halleri

*TCK 86/3'ncü fıkrasında; mağdurun sıfatı, kişinin yerine getirdiği kamu görevi ya da kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılması, suçun işlenişinde kullanılan araçlara bağlı olarak şikayet şartı aranmaksızın failin cezalandırılmasını ve cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir.*

TCK 86'ncı maddesinin 3.'ncü fıkrası şöyledir:

*'Kasten yaralama suçunun;*

*a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,*

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

*e) Silahla, işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.'*

AsCK 117'de yukarıda açıklanan TCK 86/3'deki gibi nitelikli hallerle ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte ileride incelenecek olan ve tüm askeri suçlar bakımından şartları varsa uygulanabilecek bir artırım maddesi olan AsCK 51'nci maddesi kapsamında AsCK 117'nci maddesindeki suçun cezası artırılabilir.

AsCK 51'deki *'Cezanın arttırılması icap eden sebepler'*;

*'A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek;*

*B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak;*

*C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek'* olarak sayılmaktadır.

Aslında AsCK 51/1-B bendi, TCK 86/3(d), (e) fıkralarına karşılık gelmektedir. Ancak AsCK 117'deki suçun TCK 86/3 (a),(b) (c) bentlerinde yazılı biçimde işlenmesi haline ilişkin herhangi bir artırım maddesi düzenlenmediğinden bu husus ancak hakim tarafından cezanın verilmesinde bir artırım nedeni olarak göz önüne alınabilir.

Örneğin Askerî mahal nizamiyesinde kapıda görevli olan ve giriş yapan üstüne görevi gereği kimliğini soran görevli astına vuran üstün eylemi TCK 86/3 (c)'deki suçun nitelikli haline uymakla birlikte burada sadece AsCK 117'ye göre işlem yapılacaktır. Aynı eylemin eşidi rütbede bir asker şahıs tarafından işlenmesi halinde ise 765 sayılı TCK döneminde kasten yaralama suçundan değil TCK 271'deki görevli memura müessir fiil suçundan dolayı uygulama yapılıyordu. Askerî Yar-

gıtay kararları da bu yönde idi.<sup>49</sup> 5271 sayılı yeni TCK'nda 271'nci maddede karşılık gelen suç kasten yaralamanın nitelikli hali olarak *'kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle'* (TCK 86/3 (c))- düzenlendiğinden artık bu bende göre işlem yapılması gerekecektir.

Kasten yaralamanın *'kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle'* (TCK 86/3 (d)) işlenmesi halin de bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin sadece kamu görevlisi olması yeterli olmayıp ayrıca kamu görevi gereği sahip olduğu otoriteden sözünü kabul ettirme gücünden yararlanarak suçu işlemesi gerekecektir. Kamu görevlisi aynı zamanda zor kullanma yetkisine de sahipse zor kullanma yetkisinin aşılması halinde TCK 256'ncı madde uygulanacaktır.<sup>50</sup>

Yine zor kullanma yetkisine haiz bir üst ya da amirin bu yetkisini kötüye kullanarak astlarının yaralanmasına neden olması durumunda TCK 256'da kasten yaralama suçuna yapılan atıf ASCK'da özel düzenleme olması nedeniyle ASCK 117'nci maddesi uyarınca uygulama yapılmasını gerektirecektir.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Nitekim Askerî Yargıtay, '1.Koğuş nöbetçiliği amirlik sıfatını gerektiren bir nöbet hizmeti niteliğinde olmamakla birlikte, askerlik hizmetine özgü olarak ihdas edilmiş "amirlik" kavramı ile kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren "kamu görevlisi" kavramı birbirlerinden farklı olduğundan, hukuken korunmaya muhtaç koğuş nöbetçisine "memur" sıfatının tanınması gerekir. Bu nedenle, koğuş nöbetçisine yönelik fiili taarruz eylemi, amire fiilen taarruz değil memura müessir fiil vasfındadır. 2.Asker kişinin terhis olsa dahi, ASCK'nın Ek-6'ncı maddesinde sayılan suçlar nedeniyle askerî mahkemede yargılanması gerek(tiğine)' karar vermiştir.As.Yar.DK., 30.9.2004 tarih 2004/36-119 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.17, Y.2005, s.339)

<sup>50</sup> Tezcan vd., s.207

<sup>51</sup> '...Onbaşı rütbesinde olan sanığın, tutuklu Er Vedat'ın sevki sırasında muhafız olarak görevlendirildiği ve bu görevi gereği tutuklunun kaçmasını önlemek amacı ile zor kullanma yetkisine de sahip olduğu açık ve tartışmasızdır. ASCK'nın 118/4'üncü maddesinde düzenlenen asta müessir fiil sonucu astının ölümüne sebep olmak suçunun oluşabilmesi için; failin müessir fiil kastıyla eylemde bulunması, bu eylem sonucunda istenmemesine rağmen ölümün gerçekleşmesi ve müessir fiil ile ölüm arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Somut olayda; tutuklu muhafızı olarak görevlendirilen sanığın kastının, astı durumundaki Er Vedat'a cismen eza vermek olmadığı, bir başka anlatımla görevi ile ilgili olmayan bir müessir fiilde bulunmadığı açıktır. Görevinin gereği olarak zor kullanma yetkisine sahip olan sanığın, firar girişiminde bulunarak kaçan tutuklu Er Vedat'ın peşinden koşarak yeniden ele geçirilmesi sırasında kaçmasını önlemek ve onu kontrol altına almak isterken, ölenin karşı koyması ve kaçmaya kalkışması üzerine etkili eylemde bulunduğu, herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Askerî Mahkemece; sanığın eyleminin, TCK'nın 256 ve 87/4'üncü maddelerinde düzenlenen "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçunu" oluşturduğu kabul edilerek, bu suçun askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı

### **b.Kasten Yaralamanın TCK'87de Öngörülen ve Netice Sebebiyle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Nitelikli Halleri**

TCK'da '*netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama*' başlıklı TCK 87'nci maddesinin 4 fıkradan oluşan hükümleri şöyledir:

(1) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli za-yıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) *Yüzünde sabit ize,*

d) *Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,*

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel ha-yata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) *Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,*

d) *Yüzünün sürekli değişikliğine,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,*

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıl-dan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) *Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çı-  
kığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.*

---

bulunmaması ve sanığın da terhis edilmekle Askerî Mahkemede yargılanmasını ge-rektiren ilginin kesilmesi nedenleri ile yazılı olduğu şekilde görevsizlik kararı veril-mesinde herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden; Askerî Savcının kabule değer görülmeyen temyiz sebeplerinin reddi ile görevsizlik hükmünün onanmasına karar verilmiştir." As.Yar.1D.,16.06.2010, 2010/1666-1636 EK. (TSK Net)

(4) *Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

AsCK 117/1'nci fıkrasının ölüm dahil netice sebebiyle ağırlaşmış halleri AsCK 118'nci madde 1, 2 ve 4 fıkralarında ise şöyle düzenlenmiştir:

*'1.117 nci maddede yazılan fiiller madunun vücudunda tahribatı mucip olmuş ise amir veya mafevk beş seneye kadar hapsolunur.*

*2. Daha ziyade vahim hallerde amir ve mafevk altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.*

*4. Fiil ölümü intaç etmiş ise fail on seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.'*

Her iki hüküm kıyaslandığında AsCK'nın 118'nci maddesinde müessir fiilin ağır dereceleri gerek 5237 sayılı kanunun 87'nci maddesinde (765 sayılı TCK'nın 456 ncı maddesi), olduğu gibi belirtilmemiş sadece bu fiillerin mağdurun vücudunda "tahribatı mucip olması" ve "daha ziyade vahim hâller" gibi kriterlere yer verilmiştir.<sup>52</sup> Bu kriterlerin ne anlama geldiği ve uygulaması birazdan açıklanacaktır.

### 3. Taksirle Yaralama (TCK m.89)

AsCK 117'nci maddesinin taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle üstün taksirle astının yaralanmasına neden olması halinde aşağıda incelenecek olan AsCK 146'ncı maddesindeki özel düzenleme dışında, TCK'nın taksirle yaralamaya ilişkin 89'ncü maddesine göre işlem yapılması gerektirecektir.

Taksirle yaralamanın TCK 89/1'deki düzenleniş biçimi şöyledir: (1) *Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...'*

Kasten yaralama ile taksirle yaralama arasındaki fark fiilin neti-

<sup>52</sup> Askerî Yargıtay kararlarında benzer açıklamalara yer verilmektedir. Bkz. As.Yar.1D., 19.02.2003, 2003/146-144 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.329-332)



celeri değil sadece suçun işlenişinde failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğine ilişkindir. Suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde, şikayet şartı aranmaksızın (TCK m.89/5), TCK 22/3'ncü fıkra gereği failin cezası ağırlştırılır.

Taksirle yaralamanın nitelikli halleri ağırlatıcı sebepler bakımından kasten yaralama suçuna ilişkin TCK 87/1 ve 2'nci fıkraları ile aynıdır. Ancak Kanun 86/3'ncü fıkrada yer alan ağırlatıcı sebepler ile TCK 87/4'te yer alan ölüm neticesinin gerçekleşmesi ağırlatıcı sebebi ve TCK 86/2'de yer alan hafifletici sebebe taksirle yaralama suçu bakımından yer vermemiştir. Taksirle yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olmasına sonuç bağlanmaması yerinde olmamıştır. Bu halde artık m.89/1'in uygulanması dışında bir seçenek yoktur.<sup>53</sup>

AsCK'da *'Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar'* başlıklı 146'ncı maddesinde taksirle yaralamaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Madde şöyledir: *'Silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir.'*

*'As.C.K.nun 146 ncı maddesinde, görevleri gereği Türk Silahlı Kuvvetlerine ait silah ve cephane ile yakın temas halinde bulunan asker kişilerin taksirli eylemlerinin cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçta kullanılan Askerî silah ve Askerî cephanenin sanığa bizzat teslim edilmiş olması veya o kişinin zilyetliğinde bulunması şart değildir.'*<sup>54</sup>

Madde de sadece silah ve cephane ile ilgili olarak taksirle hareket etme şartı aradığından<sup>55</sup> bu özel düzenleme dışındaki asker kişileri ara-

<sup>53</sup> Özbek vd., s.239.

<sup>54</sup> As.Yar.DK., 29.6.2000 tarih 2000/130-131 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.374)

<sup>55</sup> '...olay öncesinde kendisine tebliğ edilen emniyet ve kaza önleme ile nöbet talimatlarına aykırı hareket ederek, gece nöbeti sırasında tüfeğini tam dolduruşa getiren sanığın, tüfeğin namlusunu mağdura doğrultması, diğer nöbetçilerin uyarısı üzerine şarjörü çıkartırken ve kurma kolunu çekip bırakırken tüfeğini mağdura doğrultmaya devam etmesi, gayri iradide olsa tetiğe basması sonucunda mağdurun yaralanmasına sebebiyet vermesi karşısında, sanığın, davranışları neticesinde arkadaşının yaralanmasına sebep olabileceğini öngördüğü, ancak bu neticeyi istemediği anlaşıldığından, atılı suçun bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü (ile) ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle, 5237 sayılı TCK'nın 89/1 (Teşdiden), 52,

sındaki taksirle yaralama hallerinde TCK 89'ncü maddeye (765 sayılı mülga TCK 459 karşılık gelen) göre Askerî mahkemeler uygulama yapacaktır.

#### 4. İşkence ve Eziyet Suçları (TCK m.94 ve m.96)

İşkencenin ulusal ceza hukukumuzda yasak olduğu, 5237 sayılı TCK'nun 94'üncü maddesinde yer verilen; "(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." ifadesi ile vurgulanmaktadır.

Kasten yaralama suçu ile mukayese edildiğinde kasten yaralama suçuna yönelik hareketler de esasen kişi haysiyetini ihlal eder, ancak söz konusu hareketlerin işkence suçunda olduğu gibi kişinin aşağılanmasına insan onuruna yönelik olması gerekmez. Nitekim işkence suçunda, insan onuru, kişi dokunulmazlığı ve adliye korunurken diğer yandan kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı da korunan hukuksal yararlar olarak kendini göstermektedir.<sup>56</sup>

İşkence suçunun failleri açısından TCK 94'de herhangi bir istisnaya yer vermeden kamu görevlisi tabiri kullanılmıştır. Ancak bu suçun faili olabilmek için suçun maddi gerekçesinde de belirtildiği üzere kamu görevlisinin bu sıfattan kaynaklanan otorite ve gücü kullanarak suçu işlemesi gerekmektedir. Aksi halde bu suç oluşmaz. Ancak kamu görevlilerinin görev nedeniyle olmayan işkence türü fiilleri de eziyet suçuna (TCK m.96) vücut verebilir.<sup>57</sup>

Doktrinde işkence suçunun maddi unsurları arasında, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi yanında aşağılanması yol açacak davranışlardan<sup>58</sup> bahsedilmektedir. Kişiye verilecek bedensel ve ruhsal acının

61/1-8-9, 22/3 (1/3 oranında) ve 62/1'inci maddeleri gereğince dörtbin TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, adli para cezasının, aylık yirmi eşit taksitte tahsiline, meydana gelen 0,91 TL tutarındaki Hazine zararının, 353 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi gereğince sanıktan tazminen tahsiline karar verilmiş(esinde)' hukuksal aykırılık görülmemiştir. As.Yar.2D., 08.02.2012, 2012/247-243 EK. (TSK Net)

<sup>56</sup> Tezcan vd., s.238-239.

<sup>57</sup> Tezcan vd., s.238-240.

<sup>58</sup> Örneğin, kişiye dışkı yedirilmesi. (Tezcan vd., s.243)

mutlaka mağdura temas edilerek gerçekleşmesi gerekmez. Nitekim Yargıtay bir kaptan diğer kaba su boşaltılarak su arzusunu kamçılama-yı da işkence olarak değerlendirmiştir.<sup>59</sup>

Hareket icrai ya da ihmali olabilir. İhmali bir hareket olduğu zaman, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olması gerekmektedir.<sup>60</sup> Ancak işkence suçuna ilişkin madde gerekçesinde, bu fiillerin ani olmayıp sistematik biçimde ve belirli bir süreç içerisinde işlenip süreklilik arz etmesi gerektiği açıklanmıştır.<sup>61</sup> Bu durumun tespit ve takdiri hakim tarafından belirlenecektir.<sup>62</sup>

İşkence suçuna ilişkin bu hususlar belirlendikten sonra özellikle konumuz açısından AsCK 117'nci maddesinin işkence suçuna ilişkin unsurları barındırıp barındırmadığı tartışılabilir. Bu konuya suçun maddi unsurları içinde yer verilecektir.

Ancak Askerî Yargıtay bir yeni tarihli bir kararında, failin mağduru 'kafasına yumrukla vurduğu, kulağından tutup götürerek konteynırların arasındaki demir direğe elleri havada olacak şekilde bağladığı, bu şekilde içtima ettirdiği 60-70 kadar bölük personeli önünde teşhir edip "G..t veren" diyerek hakaret ettiği ve işten atacağını söyleyerek tehdit ettiği, başına nöbetçi koyup iki saate yakın bir süre elleri bağlı vaziyette beklettiği, ardından beton zemine oturtup başından aşağıya üç kova su döküp kovayı kafasına geçirdiği, elbiseleri ıslak ve kafasında kova olduğu hâlde başına nöbetçi koyup bir saate yakın

<sup>59</sup> CGK, 04.04.1983, E.1983/8-64, 1983/156 (YKD, C.IX, Temmuz, 1983, s.1059) (Naklen: Özbek vd., s.277)

<sup>60</sup> Tezcan vd., s.241.

<sup>61</sup> Tezcan vd., s.245; Askerî Yargıtay kararı da benzer doğrultudadır. '...Üstün asta karşı ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği, insan onuruyla bağdaşmayan, katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan eylemlerinin asta müessir fiil suçunu aştığı ve bu eylemlerin TCK'nın 94'üncü madde kapsamında 'İşkence' suçunu oluşturacağına...' As.Yar.2D., 16.05.2012, 2012/706-700 EK.(TSK Net)

<sup>62</sup> '...Üç gün oda hapsi cezası ile cezalandırılan bir mağdurun cezasını; 29.1.2005-1.2.2005 tarihleri arasında, daha önce sera olarak kullanılan, üstü açık, etrafı tel örgüyle çevrili tel kafes içinde, üç gün süresince dışarı çıkarılmamak ve tuvalet ihtiyacının aynı kafeste giderilmesini sağlamak suretiyle infaz ettiği; böylece, tazip maksadıyla madunu olan müştekinin hizmetini lüzumsuz yere güçleştirip su-uamelede bulunmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği iddiasıyla açılan bir dava ile ilgili hükme varılabilmesi için 'maddi olayın, tüm yönleriyle açıklıkla ortaya konulması, infazın nerede, ne şekilde ve hangi koşullarda yapıldığının; tuvalet, beslenme, ısınma ve korunma ihtiyaçlarının ne şekilde sağlandığını da ortaya koyacak şekilde belirlenmesi' gerektiğinden eksik soruşturma nedeniyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir. As.Yar., DK., 26.01.2012, 2010/15-10 EK.(TSK Net)

*beklettiği'' olayda ..katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine sebep olduğu, aşağılanmasına yol açtığı' olayda failin eyleminin işkence suçunu oluşturduğuna'<sup>63</sup> karar verilmiştir.*

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### A.MADDİ UNSUR

##### 1. Fiil

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkra hükmünde failin suç konusu eylemleri; Madunun '*kasten itilip kakılması dövülmesi veya sair suretlerle cismen eza verilecek*' veya '*sihhatini bozacak hallerde bulunulması*' veyahut '*tazip maksadiyle madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi*' veya '*madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi*' şeklinde sıralanabilir.

Hareketin önemine göre ele alındığında, AsCK 117'de '*cismen eza verme*', '*sihhatini bozma*', '*madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştirilme*' veya '*madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha etme*' gibi neticeler doğuran eylemler, suç tipinde seçimlik olarak sayıldığından bu yönüyle suç seçimlik hareketli bir suçtur. AsCK 117'de seçimlik hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden bu suç aynı zamanda serbest hareketli bir suçtur.

Yine hareketin fail tarafından yapılması dışında bizzat mağdura yaptırılması da mümkündür. Nitekim Yargıtay'da mağdurun ırzına geçilmek istenmesi üzerine saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağı atlayarak yaralanmasının bu suçu oluşturduğunu belirtmiştir.<sup>64</sup>

Kanaatimizce amir ya da üstün makam ve memuriyet yetkisini kötüye kullanarak bir eğitimin gerektirdiği amaçlar dışında uygunsuz emirlerle mağdura zarar vermesi hali de bu duruma örnektir. Örneğin: *mağdurun keyfi olarak yerde süründürülmesi, eğitimin amacı dışında yüksek bir yerden atlatılarak yaralanma ve sakatlanmasına neden olunması hali gibi.*

Burada mağdurun aşağılanması hakarete uğraması nedeniyle

<sup>63</sup> As.Yar.2D., 16.05.2012, 2012/706-700 EK.(TSK Net)

<sup>64</sup> Yar.5.CD 18.1.1984 3617/30. (Nakleden: Tezcan vd., s.197)

kendine zarar vermesi söz konusu olabilir. Eğer bu hakaret neticesinde fail kendine zarar verir yaralarsa hakaret ile yaralama arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmadığından fail yaralama suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Yukarıda açıklanan serbest hareketlerle, seçimlik harekete ilişkin sonuçlardan herhangi birinin oluşması halinde suç oluşacaktır. Seçimlik hareketle, birden fazla neticenin meydana gelmesi halinde birden fazla suç oluşmayıp yine ortada tek bir suç vardır ancak bu husus cezanın tayininde cezanın üst sınırdan verilmesi için bir gerekçe olabilir.

Suçun neticesi bakımından ağırlaşmış şeklinin ya da ölüm neticesinin oluşması halinde artık AsCK 117'ye göre değil, suçun netice nedeniyle ağırlaşmış şekli olan AsCK 118/4'ncü fıkraya göre failin cezalandırılması gerekecektir.

**a. Ast'ın 'Kasten itilip kakılması dövülmesi veya sair suretlerle cismen eza verilecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunulması'**

Müessir fiil suçunu düzenleyen TCK'nın ve AsCK'nın hükümleri incelendiğinde; müessir fiil sonucunu doğuran hareketlerin, esas olarak bedene yönelik olan ve bedene tesir eden hareketler olduğu görülmektedir. Örneğin, bir kimsenin bedenine vurma, şiddetle bedeni sarsma gibi hareketlerin müessir fiil teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Nitekim, AsCK'nın 117'nci maddesinde "Madununun itip kakmak" dahi asta müessir fiil suçunun maddi unsurunu teşkil eden hareketlerden sayılmıştır.<sup>65</sup>

Burada kasten yaralama fiilinin işleniş şekillerinden, *itilme kakılma dövülme* şeklinde bazı örnekler verildikten sonra veya sair suretlerle cümlesi ile devam edilmesi kasten yaralamanın daha çok icrai her türlü fiillerle işlenebileceğini göstermektedir. Bu haliyle suç serbest hareketli bir suçtur. Kanaatimizce fiilin işleniş şekillerinden çok TCK 86'daki gibi yol açtığı neticeye göre bir tanım yapmak daha doğrudur. Bu nedenle örnekleme yöntemi ile *itilme kakılma dövülme* gibi fiillerin sayılması gereksizdir.

<sup>65</sup> Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 04.03.1999, 1999/27-45 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.313-314)

TCK 86'daki suçun oluşumu için vücuda yönelik etkinin önemli olması ve belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir.<sup>66</sup>

AsCK 117/1'deki suçun oluşumu için benzer bir biçimde sadece mağdurun itilme kakılma ya da dövülmesi değil aynı zamanda bu tür sair suretlerle yapılacak eylemin mağdura cismen eza vermesi veya sağlığının bozulmasına da yol açması gerekmektedir.<sup>67</sup>

Askerî Yargıtay kararlarında '*esas olarak madunun bedenine yönelik olan ve bedene tesir eden, vurma, şiddetle bedeni sarsma, itip kakma gibi hareketlerin*',<sup>68</sup> '*en ufak bir itme eyleminin dahi*'<sup>69</sup> asta müessir fiil suçuna vücut verebileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce yukarıda açıklanan AsCK 117/2'deki *az vahim halin* kaldırılması ile ufak bir itmenin dahi AsCK 117/1'nci fıkra kapsamında değerlendirilmesi haklı ise de, bu eylemin mağdurda maddi veya manevi olarak '*basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde*' bir eylem olması gerekmektedir. Aksi halde sadece bir disiplin işlemine konu olabilir.

Doktrindeki bir açıklamada, TCK'nın 86'ncı maddesindeki maddi fiillerden '*vücuda acı verilmesi*' hali, beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde yüze kafa veya tekme atma gibi doğrudan temas edilerek bozmaya yönelik her türlü temas teşkil eden hareketle işlenebileceği gibi mağdurun şiddetli bir sese maruz bırakılması yoluyla herhangi bir temas olmadan da gerçekleştirilir. Birisinin saçının veya sakalının uygunsuz kesilmesi gibi vücuda acı vermeyen hallerin ancak mağdurun algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması halinde kasten yaralamadan söz edilebilecektir.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Tezcan vd., s.198.

<sup>67</sup> Doktrinde benzer görüşlerde konu şöyle açıklanmaktadır: '*İtip kakmak ve dövmek fiillerinin cezaı mucip olabilmesi için astın vücudu üzerinde eza verecek bir tarzda işlenmesi şarttır. Bu fiiller eza derecesine varmamış ehemmiyetsiz sayılacak basit hareketler derecesinde (astı yakasından tutup itmek, silkelemek) kalmış ise eylem, 477 sayılı Kanunun 55 nci maddesinde yazılı astına kötü davranmak olarak kabul edilir. Buradaki (itip kakmak ve dövmek) fiilleri, vücut üzerinde cismen eza verecek hareketlere birer misal olarak verilmiştir. Bu misaller daha da çoğaltılabilir. Astına tekme, tokat, yumruk, veya aletle vurma bu fiillerin uygulamada en çok işlenen belirgin örnekleridir.*' Özbakan, s.276; Benzer görüş için bkz. Taşkın, s.207.

<sup>68</sup> As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

<sup>69</sup> (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 05.02.2004 tarihli, 2004/18-20 Esas ve Karar sayılı kararı bu yöndedir). As.Yar.DK., 14.04.2011, 2011/31-31 EK. (TSK Net)

<sup>70</sup> Tezcan vd., s.197-198.

TCK 86'da ki '*vücuda acı verilmesi*' haline karşılık olarak AsCK 117'de '*Cismen eza verme*'den bahsedilmektedir. Bu terim doktrinde; '*vücut üzerinde ehemmiyetsiz olmayacak derecede doğrudan ya da dolayısıyla fena ve hoş olmayan tesirler yapan fiil ve hareketler*'<sup>71</sup>, '*bir kimsenin acı çekmesine yol açan her türlü hareket*'<sup>72</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Sözlük anlamına göre<sup>73</sup>; '*cismen*', '*cisim olarak, vücutça, bedence*' ve '*Eza*' ise '*üzme, sıkıntı verme, üzgü*' anlamına gelmektedir.

Buna göre kanaatimizce '*cismen eza*', vücuda sıkıntı ve üzüntü veren maddi ve manevi her türlü acı olarak tanımlanabilir. Yine bu tanıma göre, '*cismen eza verme*'nin TCK 86/1'deki mağdurun '*vücuda acı veren, sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olacak*' sonuçlara yol açabilecek türde failin kasten icrai veya ihmali olarak gerçekleştirilen her türlü maddi ve manevi eylemlerini kapsadığı ve TCK 86/1'de yer alan maddi unsurlarla örtüştüğü söylenebilir.

AsCK 117'nci madde de, işkence suçunun (TCK m.94) maddi unsurları bakımından sadece cismen eza verilmesi değil aynı zamanda fiilin '*insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açacak davranışlar*'la da gerçekleştirilmesi gerektiğinden bu davranışlarla gerçekleşen eylemlerde artık AsCK 117'ye göre değil TCK 94'ncü maddeye göre işlem yapılması gerekmektedir. Ancak bir fiilin '*insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açacak davranışlar*'la işlenip işlenmediğinin takdirî hakime ait bir husustur. Ancak şüphesiz üst mahkemenin denetime tabidir.

Doktrinde; '*bir Askerin ciddi bir biçimde kafasına vurulması, başının su içine daldırılması, saçlarındaki kılların koparılması, beton zeminde uzunca bekletilmesi, pille çalışan telefon cereyanına tutulması*'<sup>74</sup> '*dizleri bükü durdurulması, korkutmak, tiksindirmek, koku ve tat alma hisleri üzerinde etkide bulunmak, yüzüne tükürmek*'<sup>75</sup> gibi eylemler cismen eza veren eylemler olarak sıralanmıştır.

Askerî Yargıtay kararlarında, '*mağdurun kulağından tutup, buruşturmak, aşağı yukarı çekmek, ileriye doğru itikleme*'<sup>76</sup>, '*mağdurların yüzlerine*

<sup>71</sup> Özbakan, s.273; Taşkın, s.207.

<sup>72</sup> Tezcan vd., s.197.

<sup>73</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52fcd43f247bc5.62872554](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52fcd43f247bc5.62872554) (13.02.2014)

<sup>74</sup> Özbakan, s.273.

<sup>75</sup> Rıfat, s.207.

<sup>76</sup> As.Yar. DK., 27.3.2008 tarih 2008/47- 54 EK.

*tokat atma, ensesine vurma*<sup>77</sup> gibi eylemler asta müessir fiil suçu kapsamında kabul edilmektedir.

Askerî Yargıtay'ın bir kararında, "*eratın favorilerini(n) berbere tükürükle kestir(ilmesi)*"<sup>78</sup> gibi mağdurda manevi çöküntü ile acıya neden olmanın dışında aslında insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açabilecek bu eylem işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecek AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Yine TCK 86'da sayılan '*sağlığının bozulmasına neden olma*' hali AsCK'nın 117'nci maddesi 1'inci fıkrasında '*sihhatini bozacak haller*'le benzer bir düzenlemedir.

Sağlığın bozulması için mutlaka tıbbi anlamda bir hastalığın ortaya çıkması gerekmediği gibi bu durumun mağdurun vücudunda acıya da yol açması gerekmez. Bunun dışında TCK 86'da '*sağlığının bozulmasına neden olma*' hali dışında AsCK 117'de olmayan '*Algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*' haline ayrıca yer verilmiştir. Bu gibi haller korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan şok geçirme bayılma vs. her türlü olumsuz değişikliği ifade etmektedir.<sup>79</sup>

Doktrinde bir görüşe göre mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe yol açan her durum aynı zamanda sağlığının da bozulmasına neden olacağından ayrıca algılama yeteneğinin bozulması gibi bir fiile yer yoktur.<sup>80</sup> Katıldığımız bu görüşe göre, AsCK 117/1'deki '*algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*' haline ilişkin bir düzenlemenin yer almaması bir eksiklik değildir.

Burada bahsedilmesi gereken bir başka hususta korku haline ilişkin AsCK'da ki özel düzenlemedir. Asker kişiler yaptıkları görev ve hizmetin niteliği gereğince tehlikeye katlanma hukuksal yükümlülüğü altında bulunmaktadırlar. Bu nedenle AsCK 46/1'nci fıkrasında '*Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez*' hükmü yer almaktadır.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

<sup>78</sup> As.Yrg.2.D., 5.3.1970, 106/103 EK. (Nakleden: Özbakan, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri..., s.150)

<sup>79</sup> Tezcan vd., s.199.

<sup>80</sup> Tezcan vd., s.199-200.

<sup>81</sup> Kangal, s.127.



Görev ve hizmet kapsamı içinde üst ya da amir tarafından verilen emirleri şahsi tehlike korkusu içinde yerine getirilmeyen ast, emre itaatsizlik (AsCK m.87) suçundan dolayı cezalandırılacağı gibi şahsi korkusu nedeniyle algılama yeteneğinin bozulması emri veren açısından da asta müessir fiil suçunu (AsCK m.117) oluşturmayacaktır.

Ancak görev ve hizmetle ilişkili olmayan üstün keyfi uygulamaları ile ya da mağdur açısından sağlığını bozabileceği için doktor raporuyla yasaklanmış görevlerin kasten keyfi emirlerle yaptırılması sonucu mağdurun sağlığında meydana gelen bozulmalar kanaatimizce AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin; *psikolojik rahatsızlığı nedeniyle nöbetten korktuğu doktor raporuyla sabit olan birine zorunluluk gerekmediği halde nöbet tutturulması ve bu kişinin bundan dolayı psikolojik rahatsızlığının artması hali gibi.*

### **b. 'Tazip maksadiyle madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi'**

Sözlük anlamına göre de '*tazip*' *Arapça bir kelime olup 'sıkıntıya sokma, üzme' anlamına gelmektedir.*<sup>82</sup>. Doktrinde Taşkın '*tazip*' terimini; '*uzun müddet devam eden veya fasılalarla tekerrür eden ehemmiyetli tesirlere sebebiyet vermektir; buradaki tesirler yalnız manevi olabilir*'<sup>83</sup> şeklinde açıklamaktadır.

Bu hükümde failin, mağdurun üstü ya da amiri olması bakımından bir fark yoktur. Ancak bu kişinin hizmet emrini vermeye yetkili kişi olması muhtemelse de verilen bir emri kontrol ve denetim görevi yapan kişinin de verilen emrin sınırlarını aşarak astın yaptığı hizmeti güçleştirmesi mümkündür. Suç tipinde hizmetin ne şekilde güçleştirileceği konusunda açık bir hüküm olmadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur. Yine bu suç failin '*tazip maksadı*' gibi özel bir saikle işlenebileceğinden suçun bu hali, olası kastla işlenmeye elverişli değildir.

AsCK 117'deki '*tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi)*' eylemi daha çok icrai olarak işlenebilecek türden eylemlerdir.

<sup>82</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GT5.52fcdacf7390d0.45102107](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GT5.52fcdacf7390d0.45102107) (13.02.2014)

<sup>83</sup> Taşkın, s.208.

Ancak bu eylem failin ihmali suretiyle de işlenebilir. Örneğin; *'emri altındaki bölüğün kışın eğitim alanına çıkarılması emrini verdikten sonra tazip maksadıyla zamanında eğitim alanına gelmeyen bölük komutanın bölüğün üşüyerek donma tehlikesi geçirmesine neden olması hali'* kanaatimizce bunun bir örneğini teşkil etmektedir. Ancak daha önce açıklandığı üzere AsCK 117'nci maddenin TCK 88'deki gibi ihmali suretiyle işlenmesi durumuna ilişkin AsCK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Askerî Yargıtay bir kararında, *'As.C.K.nun 117 nci maddesinde yer alan tazip (eziyet etme) ederek astının hizmetini güçleştirme suçunun oluşması için; üst veya âmirin astına bir görevin yapılması emrini verdikten sonra görevin gereklerinden olmayan zorlaştırıcı ve eziyet sayılabilecek hareketleri bir kasıt altında yaptırması gerekir. Makul ve mantıklı bir sebep yok iken, herhangi bir ceza uygulanmasını ağırlaştırma, sporda çok yorma, rahatsız kişiye spor yaptırma gibi davranışlar bu kavram içinde değerlendirilmektedir.'*<sup>84</sup>

Nitekim Askerî Yargıtay, *'ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu husus sanığa bildirilmesine ve ölenin tıkanıldığını, koşamayacağını söylemesine karşın ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam eden sanığın eylemi(ni)'*, eziyet ederek astının görevini güçleştirmek kapsamında AsCK 117'nci maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğuna<sup>85</sup> karar vermiştir.

<sup>84</sup> As.Yar.DK., 19.10.2000, 2000/155-154 EK (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.191-193) Benzer açıklama için bkz.As.Yar.DK., 13.1.2000 tarih 2000/4-12 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.285-287)

<sup>85</sup> *'...Olay günü Karakol Komutanı, odasından kalem kaybolması nedeniyle öleni suçlayarak hakaret etmiş, eğitimin yaptırılmasını sanığa devretmiştir. Ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu konu sanığa bildirilmesine, hatta ölenin tıkanıldığını, koşamayacağını söylemesine karşın, ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam etmesi, sanığın ölenin eğitimini veya disiplinini pekiştirmek amacıyla değil eziyet vermek kastıyla hareket ettiğini göstermektedir. Sanığın bu şekilde oluşan eylemi, yine As.C.K.nun 117/1 nci maddesinde cezai yaptırım altına alınan "astının sıhhatini bozacak eylemler" olarak da nitelendirilebilir. Bilirkişilerin eri muayene etmeksizin ölenin hastalığının ağır spor yapmasına engel olmadığı yolundaki açıklamaları subjektif ve er tarafından ifade edilen rahatsızlığa ilişkin olmaması nedeniyle sanığın kastını etkileyen bir husus olarak değerlendirilemeyeceğinden, sanığın eyleminin As.C.K.nun 117/1 nci maddesinde düzenlenen eziyet ederek astının görevini güçleştirmek suçunu oluşturduğu sonucuna varıldığından, Yerel Mahkemeye direnilerek tesis edilen beraat kararının bozulması gerekmiştir.'* As.Yar.DK., 19.10.2000, 2000/155-154 EK (As.Yar. Der., S.14, Y.2002, s.191-193)

Kanaatimizce burada failin saikini ortaya koyan hareketlerin objektif olarak tazip edici olduğunun belirlenmesi yeterli olup ayrıca hareketin mağdurun vücudunda yukarıda açıklandığı gibi acıya neden olmasına gerek yoktur. Çünkü burada cezalandırılan failin mağduru tazip etme maksadıyla bağlantılı olarak nüfuzunu kötüye kullanması maksadıdır.

AsCK 117'inci maddesi 1'inci fıkra hükmünde; *'tazip maksadıyla madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi'* eyleminde suç failinin eziyet gibi özel saikle hareket ederek kişinin bedensel ve ruhsal yönden sistematik olarak acı çekmesine yol açması da mümkündür. Ancak bu acı yanında bu eylemin insan onuru ile bağdaşmaması ve kişinin aşağılanmasına yol açması durumunda kanaatimizce AsCK 117 yerine artık fail hakkında işkence (TCK m.94) veya eziyet suçu (TCK m.96) bakımından bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

### **c. Madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi**

AsCK 117/1'nci fıkrada yer alan *'madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)'* cümlesinde yukarıda açıklanan *'tazip'* kavramı dışında *'kötü muamele'* kavramından bahsedilmektedir. *'Kötü muamele'* nin ne olduğu, nasıl tanımlandığı hususu maddede açıklanmamaktadır.

Sanırız bu konuda doktrinde TCK'nın *'Kötü muamele'* başlıklı 232'nci maddesi bakımından yapılan açıklamalar yol gösterici olacaktır.

Doktrinde Zafer<sup>86</sup> tarafından konu ile ilgili yapılan açıklama şöyledir: *'Yasa metninin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kötü muamele, merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayacak nitelikte olmalıdır. Fiziksel eylemlerin kötü muamele sayılabilmesi için, bu eylemler sonucunda meydana gelen yaralanmaların basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikte olması; diğer bir söyleyişle bu eylemlerin ağır yaralama seviyesine ulaşmaması, ha-*

<sup>86</sup> Hamide Zafer, *Kötü Muamele Suçu* (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması) <http://hamidezafar.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA-PDF.pdf>.(27.02.2014)

*yati tehlike doğurmaması gerekir. Psikik kötü muamele, “mağdurda duygusal bozukluğa/düzensizliğe yol açabilecek, rahatsızlık verici kasıtlı herhangi bir eylem ya da davranıştır”. Bu eylemler; korkutma, tehdit, hakaret (sövmeye), aşırı kontrol altında tutma, izole etme şeklinde olabilir. Bu eylemlerin aynı zamanda farklı suç kalıplarını ihlal etmesi mümkündür. Tehdit (TCK m.106), hakaret (sövmeye) (TCK m.125), iftira (TCK m.267), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (hürriyeti tahdit) (TCK m.109), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) gibi. Bu suçlar ile kötü muamele suçu arasında fikri içtima söz konusu olur.’*

AsCK 117/1’de yer alan ‘madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suumuamelede bulunulmasına müsamaha’ edilmesinde suç faili tazip ya da kötü muamele eylemini bizzat yapan kişi olmayıp bu eylemi yapan kişilere müdahale yetkisi olduğu halde müdahale etmeyen üst ya da amirdir. Diğer askerler, mağdura kötü muamelede bulunarak AsCK 117 ya da mağdurla eşit rütbede iseler TCK 86/2’de basit tıbbi müdahale giderilebilecek ölçüde yaralama suçu işlerlerken buna müdahale de bulunacak üst ya da amir kasıtlı olarak yapılanları görmemezlikten gelmekte ve yapılanlara müsamaha göstermektedir.

Bu suçta müsamaha eyleminin şekline ilişkin bir açıklama yer almadığından suç faili açısından, serbest hareketli bir suçtur. Müsamaha eylemi içinde bir hareketsizlik hali barındırdığından bu suç ancak failin ihmali suretiyle işlenebilecektir. *Bir amirin haksız bir ceza talimi yaptıran bir astının bu eylemine göz yumması hali kanaatimizce bu duruma örnek olarak gösterilebilir.*

‘Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi’ başlıklı TCK 88’nci madde de; ‘Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur’ hükmü yer almaktadır. Bu suç ancak belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail tarafından işlenebilir. Diğer bir deyişle kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün (garantör) bulunması gerekmektedir<sup>87</sup>. Örneğin; evli kadının ıstırap çeken kocası için doktor çağırması, bir kişinin beslenmekten yoksun bırakılması veya heki-

<sup>87</sup> Özbek vd., s.166-167.rı

min acı çeken hastasına tedavi veya ağrılarını dindirmek için gerekli ilaçları vermemesi böyledir.<sup>88</sup>

AsCK 117'deki '*tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi) veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya sui-muamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)*' eylemlerinde suçun failinin belli bir yükümlülük altında emir vermeye yetkili bir üst ya da amir olması durumunda TCK 88'deki şartların<sup>89</sup> burada da olduğu *söylenebilir*. Ancak burada failin genel kastı yeterli olmayıp ayrıca tazip gibi bir saik altında suç işlemelidir.

Ancak AsCK'da TCK 88'nci madde gibi bir düzenleme olmadığından kanaatimizce AsCK 117'nci maddesinin ihmal suretiyle işlenmesi hali ancak ceza takdirinde hakim tarafından cezanın alt sınırdan verilmesinde göz önüne alınabilir.<sup>90</sup>

## 2. Suçun Faili

Bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere haiz kişiler tarafından işlenebilir. Böyle suçlara '*belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar*' veya '*mahsus suçlar*', '*özgü suçlar*' adı verilmektedir.<sup>91</sup>AsCK 117'deki suç sadece '*askerî şahıslar*'<sup>92</sup> arasında

<sup>88</sup> Özbek vd., s.197.

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan vd., s.229.

<sup>90</sup> Doktrinde kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezanın nasıl verileceği tartışılmış ve böyle bir durumda, netice faile isnad edilebiliyor ise m.23 de göz önüne alındığında en azından taksir seviyesinde kusurunun olması şartıyla ihmali bir hareket içindeki failin ağır neticeden sorumlu olacağı açıklanmıştır.(Bkz. Özbek vd., s.204) AsCK 118'deki ağır neticelerin uygulanması bakımından sadece AsCK 117'deki suçun işlenmiş olması arandığından suçun icrai ya da ihmali olarak işlenmesi arasında bu açıdan kanaatimizce bir tartışma bulunmamaktadır.

<sup>91</sup> Artuk Gökçen, Yenidünya, s.22.

<sup>92</sup> Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir"; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, "Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler" dir; AsYUK 10/A maddesinde ise, "A) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece), C) Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı

işlenebilir. Yine bu suçun failinin, suçun işlendiği anda mağdur astın (madun) üstü (mafevk) ya da amiri olması gerekmektedir. Zira suç tarihinden sonra mağdurun örneğin erken terfi etmesi ile faille aynı rütbeyle gelmesi bu suçun vasfını değiştirmeyecektir. Suçun faili bakımından özellik göstermesi nedeniyle bu suç mahsus (özgü) suçlardanır. Amir ve üstün tarifi askerî mevzuat içinde tanımlanmıştır.<sup>93</sup>

Bu suçun failinin Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) veya Milli Savunma Bakanlığı (MSB) kadrolarında görevli sivil şahıslar olması mümkün değildir.<sup>94</sup>

Herhangi bir nedenle tutuklu hükümlü bulunan rütbeli personelin rütbe sahibi olmaları nedeniyle ceza ve tutukevlerinde astlarına karşı işledikleri kasten yaralama eylemleri yine AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilecektir.<sup>95</sup>

---

Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.) D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarih 2012/117-204 EK. ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir) E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar”ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler Askerî şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde “yedek askerlerin” Askerî hizmette buldukları sürece Askerî ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

<sup>93</sup> Askerî ceza kanunu uygulamasına göre; Amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini haiz kimsedir. (AsCK m.13/2) Bunun emri altındakilere maiyet denir. (211 SK.m.9) Üst tabiri rütbe ve kıdem büyüklüğünü gösterir. (AsCK m.13/3)Yine 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu uygulamasında ise, ‘Amir: Kadro ve kuruluş yönünden bağlı olunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişileri’ ifade eder.’(6413 SK.m.3/1(a))

<sup>94</sup> 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK) 10/C bendindeki; “Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve Askerî yargıya tabi olacağı hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 Esas Kararı (RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484) ile Anayasaya aykırı bulunup iptal edilmesiyle artık TSK veya MSB'liği kadrolarında görevli sivil şahıslar hiçbir surette Askerî mahkemelerde yargılanamayacaklardır..

<sup>95</sup> ‘Her ne kadar oda hapsi cezasının infazı sırasında subay ve astsubaylar genel hizmet yapmaktan ve emir vermekten yoksun iseler de, rütbe sahibi olmaları nedeniyle, diğer asker kişilerin arasından önceden mevcut olan ast-üst ilişkisinin sona ermiyeceği, ...bu nedenle oda hapsi cezası çekmekteyken astını döven astsubayın fiilinin ast'a müessir fiil suçunu oluşturacağı’ (As.Yrg.3.D., 18.6.1996, E.363, K.362) (Nakleden: Çelen, s.360)

Lise veya eşiti okuldaki askerî bir öğrencinin bir fiili emre itaat-sizlikte ısrar, amir ve üste hakaret, amir ve üste fiilen taarruz gibi İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesindeki yükümlülükleri ihlâl edici nitelikte ise, AsCK uygulama alanı bulur. Bunun dışındaki fiillere TCK'nu uygulanır.<sup>96</sup>

Burada incelenmesi gereken bir başka hususta, arasında astlık üstlük ilişkisi bulunan ancak evli olan askerî şahıslar arasında işlenen suçlarda suç vasfının belirlenmesine ilişkindir. Askeri Yargıtay aralarında hizmet ilişkisi dışında ast-üst eşler arasında AsCK **hükümlerinin uygulanamayacağına dair emsal bir karar vermiştir.**<sup>97</sup>

Bu karara göre hizmet hali dışında AsCK 117'deki eylemi astı olan eşine uygulayan üst TCK 86'ncı madde hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Askerî Yargıtay'ın bu kararına göre kanaatimizce sadece evlilik bağı değil ast-üst olan baba-oğul, kardeşler, yakın akrabalar arasındaki ilişkilerde de aynı karara göre hareket edilmesi mümkündür.

Yine ast-üst eşler arasında hizmet ilişkisinin olmadığı hallerde

<sup>96</sup> "211 sayılı T.S.K. İç Hizmet Kanunu'nun 113'üncü maddesi (a) bendinde; askerî öğrencilerden, liseden yukarı okulda olanların Askerî Ceza ve Askerî Ceza Muhakeme Usulü Kanunu'nun uygulanması bakımından mükellefiyet altına girmiş sayılıp diğer askerler hakkında tatbik olunan hükümlerin bunlar hakkında da aynen uygulanacağı esasını getirmiş olmakla beraber, aynı yasanın 113m. (b) bendinde; bütün askerî öğrencilerin ancak subay ve askerî memurlara karşı ast durumunda oldukları, gerek kendi aralarında, gerekse astsubaylara, erbaşlara ve erlere karşı astlık ve üstlük münasebetlerinin bulunmadığı esasını getirmiş bulunmaktadır. Anılan yasa düzenlemesi muvacehesinde olay tarihinde liseden yukarı bir askerî okul öğrencisi olan sanık N.E.'nin diğer sanık astsubaylara karşı sırf askerî suç vasfındaki üste fiilen taarruz suçunu işlemiş sayılmayacağı gibi, astsubay R.Ö. ile L.K. 'ye yüklenen suçun asta müessir fiil vasfında olmayıp, tüm sanıkların suçlarının sübutu halinde adiyen müessir fiil vasfında olacağı teemmül edilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı bulunmuştur» As.Yrg.İD., 30.05.1977, 1977/204-199 EK. (Nakleden:Kangal, s.71-72)

<sup>97</sup> Emsal niteliğindeki bu kararın gerekçesi şöyledir: "Suç tarihinde evli olan ve biri diğerinden kıdemli olan sanık Albayların resmi mesai ve Askerî mahal dışında, Askerî konularına bağlı olmaksızın, Askerî hizmet ile hiçbir ilgisi olmayan ve tümüyle evli olmalarının yarattığı statüden kaynaklanan sebeplerle birbirlerine karşı işledikleri iddia olunan eylemlerin astlık-üstlük ilişkileri içinde değil 765 sayılı TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde (5237 sayılı YTC'nın lehe olan düzenlemeleri de dikkate alınarak) değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Aksi yönde değerlendirmenin, eşlerden birisine diğerinin zararına olacak şekilde ayrıcalıklı bir korunma ve ilişki üstünlüğü sağlayacağı, böyle bir durumun ise eşler arasında eşitliği öngören Anayasa kuralına, Medeni Kanun'un 'aile' ile ilgili düzenlemelerine ve evrensel değerlere uygun düşmeyeceği açıktır." As.Yrg.Drl.Krl., 15.12.2005, 117/111.(Nakleden: Değirmenci, s.339, dpn.300)

TCK 86'ncı maddesine göre yapılan uygulamada aynı zamanda TCK 86/3 (a) bendi kapsamında suçun eşe karşı işlenmesi nedeniyle nitelikli hal kapsamında ceza artırılabacaktır.

Askerî Yargıtay'ın emsal niteliğindeki bu kararı kendi içinde mantıklı ise de kanaatimizce hukuki değildir. Çünkü failin hangi kanuna göre hangi mahkemede yargılanacağı hususu yargı kararı ile değil, "tabiî hâkim ilkesi (doğal yargıç ilkesi)"<sup>98</sup> gereği ancak kanunlarla belirlenecek bir husustur.<sup>99</sup>

### 3. Suçun Mağduru

AsCK'nun 117'nci maddesinde madununa karşı denildiğinden bu suçun mağduru ancak failin astı olabilir. Ast tabiri, İç Hizmet

<sup>98</sup> "Zira tabiî hâkim ilkesinin temel öğeleri "kanunilik" ve "öncedenlik" unsurlarıdır. Kanunilik unsuru gereği mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmesi; idarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşisinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararname aracılığıyla yeni mahkemeler kurulmaması; kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltmaması ve işlerlik kazanmış olan yargılama usulüne ilişkin olarak değişiklik öngören herhangi bir belirlemede bulunmamasıdır...Kanunilik ögesi, tek başına hak arayanlar açısından yargı yerlerinin oluşturulması ve işleyişlerinin belirlenmesinde, hukukî güvenliğin gerçekleştirilmesi ile temel bir hak ve özgürlük olan kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığının teminine hizmet edecek bir yeterliliğe sahip değildir. Bu nedenle, tabiî hâkim ilkesinin bünyesinde, kanuniliğin yanı sıra "öncedenliğe" de yer verilmiştir. Tabiî hâkim ilkesini karakterize eden, ona asıl rengini veren öğe de, "öncedenlik" ögesidir. Dolayısıyla, bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukukî yapılanmasının, tabiî hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez; ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır." Süha Tanrıver, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013 (104), s.13. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>. (24.01.2014)

<sup>99</sup> 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK)'nun 9'ncü maddesi ("genel görev") aynı kanunun 'Askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi' başlıklı 17'nci maddesi göz önüne alındığında Askerî Yargıtay'ın bu kararına göre, örneğin AsCK 117'deki suçun aralarında astlık üstlük bulunan eşler arasında işlenmesi halinde, aralarında hizmet ilişkisi yoksa genel hükümlere göre kasten yaralama suçundan (TCK m.86) dava Askerî mahkemede açılacaktır. Ancak soruşturma ya da kovuşturma sırasında eşlerden birinin emeklilik, istifa vs. nedenlerle TSK'dan ilişığının kesilmesi halinde suçun Askerî bir suç olmaması nedeniyle dava olay yeri Asliye Ceza Mahkemesine görevsizlik kararı verilerek yargılama görevi adli yargıya geçecektir.



Kanunu'nda 'üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimse' olarak tanımlanmaktadır. (211 SK. m.10) Mağdurun sanığın emri altında olmasına gerek yoktur. Bu suçun mağdurunun TSK veya MSB'lığı kadrolarında görevli sivil şahıslar olması mümkün değildir.<sup>100</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere sanığın mağdurun rütbe kendisinden ast olduğunu bilmesi yeterlidir. Ancak sanığın mağdurun rütbe kendisinden ast olduğunu bilmediği durumlarda AsCK 117'ye göre mi genel hükümlere göre mi cezalandırılacağı kanaatimizce tartışma konusu yapılabilir.

Zira AsCK 'Beşinci Fasil' başlığında yer alan 'Askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar' bakımından bu konuda bir açıklama getirilerek 'Bu fasıldaki cezalar maduna tatbik olunabilmesinin şartı' başlıklı AsCK 107'nci maddesinde; 'Bu fasılda madunlar hakkında tayin edilen ağır cezaların verilmesi için mafevkin rütbesi ve kıdemi herhangi bir suretle madunun malûmu bulunması şarttır. Madunun mafevkin vaziyetini bilmediği sabit olursa hakkında tertip olunacak ceza umumi hükümlere tabidir' hükmüne yer verilmiştir. Ancak konumuz olan AsCK 117'nci maddesi bu fasılda yer alan suç tiplerinden biri olmadığı gibi AsCK 107'nci madde başlığı maduna (asta) yönelik olarak açıklanmıştır.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse 'Beşinci Fasılda' yer alan AsCK 91'de yer alan üste fiilen taarruz suçunun işlenebilmesi için failin mağdurun rütbe kendisinden üst olduğunu bilmesi gerekmektedir. Eğer fail bilmezse AsCK 107'ye göre fail hakkında TCK'da yer alan genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.

Kanunda astlık üstlük münasebetlerini ilgilendiren bir konuya ilişkin olarak sadece AsCK 91'deki üste fiilen taarruz suçu bakımından AsCK 107'de ki gibi özel bir düzenlemeye yer vermiş olması ve aynı ilişkinin arandığı asta müessir fiil suçunun (AsCK m.117) düzenlendiği fasılda bu kapsamda bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, AsCK 117'nin uygulanması bakımından üstün ya da amirin müessir fiilde bulunduğu kişinin astı olduğunu bilmesine gerek olmadığını düşünebilir.

<sup>100</sup> 'Askerî amirlerin silahlı kuvvetlerde görevli Devlet Memurlarına karşı yaptıkları haksız fiiller yönünden, AsCK'na tabi olmaları öngörülmediğinden, sanığın eylemi TCK'nın 86'ncı maddesinde düzenlenen 'kasten yaralama' suçunu oluşturur.' As.Yar.4D., 28.09.2010, 2247/2223 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.24, Y.2011, s.107-108)

Ancak doktrinde *Değirmenci* tarafından yapılan bir açıklamada, failin kastına, müessir fiilde bulunduğu kişinin astı olduğu bilgisinin de dahil olduğu bunun bilinmemesi halinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği açıklanmıştır.<sup>101</sup> Nitekim Askerî Yargıtay'da kararlarında '*mağdur ve sanığın birbirlerini tanınmalarını sebebiyle failin mağdurun rütbesini bilmeden gerçekleştirdiği eylemin adiyen müessir fiil suçunu oluşturacağı*' açıklanmıştır.<sup>102</sup>

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer durumda mağdurun normal şartlarda sanığın astı olduğu ancak icra ettiği görevi nedeniyle üst sayılacağı özel bir duruma ilişkin uygulamadır. Bu husus '*Askerî karakol ve nöbetçi ve devriyeye taarruz edenlerin cezaları*' başlıklı AsCK 106'ncı maddesinde '*Askerî karakola, nöbetçiye ve devriyeye hakaret eden veya bunları dinlemeyen veya bunlara mukavemette bulunan yahut fiilen taarruz eden bu suçları amire karşı yapmış sayılır ve öylece cezalandırılır*' şeklinde açıklanmıştır.

Burada rütbece üst olan birinin, normal şartlarda kendisinden rütbece eşit ya da küçük olan ancak AsCK'nın 106'ncı maddesi anlamında nöbet görevini yerine getiren birine karşı işlendiği kasten yaralama eylemi amire karşı işlenmiş sayılacak ve AsCK 91'nci maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Aksi bir kabul Askerî Yargıtay kararlarına göre de hukuka uygun değildir.<sup>103</sup> Nitekim Askerî Yargıtay kararları benzer doğrultudadır.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> *Değirmenci*, s.341

<sup>102</sup> As.Yrg.2.D., 18.5.1999, 390/387 (Nakleden: *Değirmenci*, s.341 dnp.308)

<sup>103</sup> 'Özel bir talimatı bulunan mağdur erin tutmakta olduğu nöbet görevinin AsCK'nun 15/1, 211 sayılı Kanununun 76 ve 77 nci maddeleri ile İç Hizmet Yönetmeliği'nin 395'nci maddesine uygunluk arz etmesi ve nöbetçi erin nöbet talimatıyla tesbit edilmiş olan görev hudutları dışına çıkan bir hareketinin de söz konusu olmaması karşısında; nöbet tuttuğu sırada kendisini döven binbaşıya karşı AsCK'nun 106'nci maddesinde yazılı kanuni himayeden yararlanılması ve suçu amire karşı işlemiş olduğunun kabulü ile sanık binbaşının AsCK'nun 91'nci maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken, aynı kanununun 117/1 nci maddesi gereğince ceza tayini kanuna aykırıdır.' As.Yar.2D., 27/4/1988, 1988/376-355 EK. (*Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi*, S.7, Y.1990, s.125)

<sup>104</sup> "Sanığın yumruk vurduğu şahsın onbaşı rütbesinde olduğunu görüp bilmeden eylemde bulunduğu sabit olduğuna göre, hakkında TCK'nun 456 nci maddesi gereğince hüküm tesisi icap ederken, üste fiilen taarruz suçundan dolayı AsCK. nun 91 nci maddesi gereğince' ceza tayini kanuna aykırıdır. As.Yar.1.D, 06.05.1987, 1987/271-261 EK. (Nakleden:Polatcan, s.368)

#### 4. Hukuka Uygunluk Nedenleri

TCK 86'da düzenlenen kasten yaralama suçunda hukuka aykırılığı kaldıran nedenler olarak, görevin ifası (TCK m.24), meşru savunma ve zorunluluk hali (TCK m.25) gibi genel hukuka uygunluk nedenleri yanında, özellikle mağdurun rızası, tıbbi müdahaleler, spor hakkının icrası, uslandırma hakkı ve fiilin toplumsal uygunluğundan söz edilmektedir.<sup>105</sup>

AsCK 117'de düzenlenen suç açısından şartları varsa yukarıda açıklanan hukuka uygunluk sebepleri kanaatimizce de geçerlidirler. Bu kapsamda futbol maçı esnasında astını yaralayan üst, başarılı bir tıbbi bir müdahale sırasında astının vücuda acı veren Askerî tabip, askerlik mesleğinin gereği olarak eğitim yaptırırken astının yaralanmasına neden olan bölük komutanı, hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak cezalandırılmayacaktır.

Mağdurun rızası ile bir başkasına kendini sakatlatması halinde sakatlayan açısından mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Ancak olsa olsa eğer yaralama basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde ise mağdurda faillle eşit rütbede ise mağdurun şikayetinin olmaması halinde kovuşturma başlamayacaktır. Ancak eğer sakatlama eylemi yukarıda açıklandığı üzere o kişiyi askerlikten kurtarmak için yapılmışsa hem sakatlayan hem de sakatlanan daha önce açıklandığı üzere AsCK 79 ve 80'nci maddelerinde yazılı '*kendini ve başkasını askerliğe yaramayacak hale getirmek*' suçlarından dolayı sorumlu olacaklardır.

Biz yukarıda açıklanan hususlar dışında, burada özellikle aşağıda açıklanacak olan AsCK 119'da düzenlenen özel hukuka uygunluk nedeni ile görevin ifası hukuka uygunluk nedenleri üzerinde duracağız.

##### a. Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek/ emirlere itaat ettirmek (AsCK m.119/1)

AsCK 119/1'nci fıkrası, genel ceza kanunundaki hukuka uygunluk nedenine ek olarak "*Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübirem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için bir mafevk tarafından yapılan müessir fiiller makam ve memuriyet nufu-*

<sup>105</sup> Tezcan vd., s.201.

*zunu suistimal telakki edilmez ve suç sayılmaz*” hükmü ile özel bir hukuka uygunluk nedenine yer vermiştir.<sup>106</sup>

Maddede iki nedene dayalı olarak yapılan eylemlerin hukuka uygun olacağı açıklanmaktadır. Bunlardan ilki, *‘Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek’* diğeri *‘mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek’* tir.

Asta müessir fiil eyleminde bu fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, bu yönde bir fiil işlenmiş ise bunun AsCK’nın 119’uncu maddesi kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağının her zaman araştırılması gerekecektir.<sup>107</sup>

Askerlik hizmetine özgü bir hukuka uygunluk sebebi niteliğini taşıyan bu hüküm uygulanırken, yasa koyucunun iradesi aşılmamalıdır. Yasa açıkça, fiili taarruzun defedilmesi veya mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike hâlinde emirlere itaatin sağlanması şartlarını öngörmüştür.<sup>108</sup>

AsCK’nın 119/1’nci fıkrasında yer alan *‘Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek’* hükmü aslında dayanağını TCK genel hükümleri içinde yer alan meşru müdafaa (TCK 25/1; 765 sayılı TCK 49/2) maddesinden almaktadır<sup>109</sup>. Zira bu hüküm aslında, TCK 25/ (1)’nci fıkrasındaki; *‘ Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez’* hükmü ile aynı içeriktedir. AsCK asta müessir fiil suçu bakımından meşru savunma hâlini özel olarak düzenlediğinden<sup>110</sup>, AsCK 119, TCK 25/1’den önce uygulanacaktır.<sup>111</sup> Asta

<sup>106</sup> Yine bu konuda benzer bir hukuka uygunluk nedenine 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu’nun 55’inci maddesinde yer verilmiştir: Madde de “Askerî usul ve kaide ve nizamlar dışında”, asta fena muamelede bulunan üst cezalandırılmaktadır. Bu fena muamele, Askerî usul ve kuralın kabul ettiği sınır ve ölçüler içindeyse kanun koyucu nazarında hukuka aykırı sayılmayacaktır. (Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, İstanbul:Üçdal Neşriyat, 7.Bası, Ankara, 1983, s.172-173)

<sup>107</sup> Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 12.02.2004, 2004/33-26 EK. (*Askerî Yargıtay Dergisi*, S.17, Y.2005, s.348-351)

<sup>108</sup> Bu açıklama için bkz.As.Yrg. 1D. 22.09.2010 tarih ve 2010/1995-1983 EK.(TSK Net)

<sup>109</sup> Özbakan, s.284.

<sup>110</sup> Kangal, s.123.

<sup>111</sup> Askerî Yargıtay bir kararında bu konuya şöyle açıklık getirmiştir: ‘...AsCK’nın 44’üncü maddesi TCK’nın 1’inci kitabının 4’üncü babına atıf yapmış ve “Cezaya

müessir fiil bakımından özel durumlar dışında kalan meşru savunmalar TCK'daki genel hükümlere tabidir. Bu nedenle askerî suçlarda TCK 25/1'in koşulları varsa, meşru savunma gereğince gerçekleştirilen filer hukuka uygun olacaktır.<sup>112</sup>

Ancak AsCK 119'a ilişkin uygulamada, kanaatimizce TCK 25/1'e ilişkin şartların varlığının kabul edilmesi gerekecektir<sup>113</sup>. Örneğin ilk haksız hareketin mağdurdan kaynaklanması, üstün bu haksız hareket ile bu hareketi def eden eylemi arasında orantı olması ve bu hareketin müessir fiil seviyesinde kalması gibi. Eğer bu hareket müessir fiil ile karşılanabilecekken üstün silah veya tehlikeli aletle orantısız biçimde karşılık vermesi halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Zira Kanun ancak AsCK 119/2'deki şartlara münhasır olarak silah kullanılması durumunu hukuka uygun olarak kabul etmiştir.<sup>114</sup>

Askerî Yargıtay bir kararında; *'saniğin, eş zamanlı olarak kendisine doğru gelmekte olan ve astı durumunda mağdurun üzerine yürüyerek onu iteklemesi eyleminde, ASCK'nun 119/1'nci maddesinde düzenlenen ve yukarı da belirtilen şartlar oluşmadığından'* temyiz nedenini kabule değer görmemiştir.<sup>115</sup>

---

ehliyet veren, kaldıran ve hafifleten sebepler" bakımından, ASCK'da aksi yazılı olmadığı hâllerde TCK'daki genel hükümlerin uygulanacağını öngörmüş iken, kanun koyucu bununla yetinmemiş ve ayrıca ASCK'nun 119/1'inci maddesindeki hükmü getirmiştir. Söz konusu 4'üncü bap içerisinde yer alan TCK'nun 49'uncu maddesinin 2'nci bendi, meşru müdafaa kurumunu düzenlemekte olup, "Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu filhâl defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle" şeklindedir. Gerek her iki kanunun madde metinleri ve gerekse ASCK'nun 119'uncu maddesinin koruduğu hukukî menfaat nazara alındığında; Askerî Ceza Hukukuna özgü olarak ihdas edilmiş özel bir "hukuka uygunluk sebebi" düzenlemesi olan ASCK'nun 119'uncu maddesinin, TCK'nun 49/2'nci maddesinin aradığı şartların bir kısmını öngörmediği ve ASCK'nun 44'üncü maddesindeki "bu kanunda hilâfî yazılı olmadıkça askerî cezalar hakkında da mer'idir." hükmü uyarınca, TCK'nun 49/2'nci maddesine göre uygulama önceliğinin bulunduğu anlaşılmaktadır.' As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, s.355)

<sup>112</sup> Kangal, s.123

<sup>113</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, 'Bilindiği gibi As.C.K.nun 119'ncü maddesinin uygulanabilmesi için; Ast tarafından yapılan bir taarruz olması, Bu taarruzun haksız olması, Astın fiili taarruzunun filhal mevcut bulunması, Üst yada amir tarafından yapılan müessir fiilin, astın fiili taarruzunu defetmeye yönelik olması zorunludur' açıklamasında bulunmuştur.' As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.355.)

<sup>114</sup> Özbakan, s.284.

<sup>115</sup> As.Yrg. 1D. 22.09.2010 tarih ve 2010/1995-1983 EK.(TSK Net)

Buna karşılık Askerî Yargıtay başka bir kararında, '**Üstüne karşı saygısızca davranmakla yetinmeyip fiilen taarruzda da bulunan onbaşının eylemini defetmeye ve bozulan askerî disiplini yeniden tesis etmeye yönelik olarak sanık asteğmen tarafından gerçekleştirilen ölçülü müessir fiil eylemi(nin), ASCK'nın 119/1'inci maddesi kapsamında**' olduğuna karar vermiştir.<sup>116</sup>

AsCK 119/1'deki diğer hukuka uygunluk nedeni, '*mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek*' maksadıyla mağdura kasten müessir fiil eyleminde bulunmaktır.

Mübrem (Kaçınılmaz) ve müstacel (ivedi) zaruret hallerinden maddede hangi hallerin kastedildiği açık değildir. Ancak doktrinde Özbakan tarafından yapılan açıklamada, üstlerin hangi hallerde emir vereceklerine ilişkin İç Hizmet Kanunu 23 ve 24'ncü maddelerindeki hallerin aynı zamanda bu haller kapsamında olduğu açıklanmıştır.<sup>117</sup>

**İç Hizmet Kanunu 23'ncü maddesinde;** '*Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargah veya Askerî kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak ile vazifesi ile mükelleftir.*' 24'ncü madde; '*Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir*' hükümleri yer almaktadır.

Askerî Yargıtay bir kararında<sup>118</sup>, '*Nöbetçi çavuşunun, temizlik yaptırmak üzere diğer vazifeli erler meyanında sanık ere de emir vermesi tabii ise de, bu emrin behemehal yerine getirilmesi maksadı ile zor kullanmaya lüzum*

<sup>116</sup> '...Kendisine saygısızlık yapan onbaşı ile konuşmak için karanlık koridora çıkan, ancak ansızın arkasından gelen birisinin vurduğu tekmeyle yere düşünce, üzerine çıkan onbaşının vurduğu darbelere maruz kalan sanığın statüsü, olay anında düştüğü durum, yapılan taarruzun niteliği ile sanığın onbaşıya sarılıp onu tırmalamaktan ibaret kalan eylemi birlikte değerlendirilmelidir. Bu şartlarda, sanığın eyleminin beklenmedik, olağan dışı, fırsatçı, kötü niyetli ve savunma sınırını aşmış bir müessir fiil olduğuna kabul etmek mümkün değildir. Tamamen fiili taarruzu ortadan kaldırmaya, darbelerden kurtulmaya, kendini savunmaya ve sonuçta ASCK'nın 119/1'inci maddesinde öngörüldüğü gibi "fiili taarruzu defetmeye" yönelik ölçülü bir eylem olduğu aşıkârdır. Bu itibarla; sanığın eyleminin ASCK'nın 119/1'inci maddesi kapsamında kaldığını kabul eden Daire kararı yerinde bulunmuş, Başsavcılığın isabetli görülmeyen itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.' As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.355.)

<sup>117</sup> Özbakan, s.284.

<sup>118</sup> As.Yrg.2.D. 9.5.1968 E.423 K.424 (Nakleden: Özbakan, s.286)

ve zaruret yoktur. Zira itaat etmeyen er hakkında kanuni muameleye tevessül edilerek başka bir erin bu vazifeye gönderilmesi(nin)' mümkün olduğuna karar verilmiştir.

Askerî Yargıtay; 'üstü tarafından nöbetçi subayını bulmakla görevlendirilen mağdur er'in, nöbetçi subayını bulamaması üzerine sanık tarafından dövülmesi'<sup>119</sup> 'yasal yollara başvurma imkanı varken toplu erat huzurunda emrini dinlemeyip olay yerinden hızla uzaklaşan astının arkasından etrafına rastlayacak şekilde 5 el ateş edilmesi'<sup>120</sup>, 'aracın torpido gözünü temiz tutmayan ve bu suretle hizmet emrine kayıtsız kalan'<sup>121</sup> astın dövülmesinde AsCK 119'ncü maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

### b. Kanun Hükmü ve Amirin Emrini İfa (TCK m.24/2)

AsCK'da kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 24/1), en çok asker kişilerin İç Hizmet Kanunu 80'nci maddesinde yer verilen zor ve silâh kullanma yetkileri açısından ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemeye göre, karakol hizmetinde bulunan subay, astsubay, erbaş ve erler ile karakol nöbetçileri ve devriyeleri kendi mıntıkları dâhilinde asker ve sivil kişileri adli takibat, muhafaza-emniyet ve disiplin maksatlarıyla muvakkaten yakalayabilirler.<sup>122</sup> Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>123</sup> Ancak bu yetkinin aşılması halinde TCK 256'ncı madde uygulanacaktır.<sup>124</sup>

TCK 24'ncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz". Ancak yetkili merciin verdiği emrin konusunun suç teşkil etmemesi lazımdır. Bu durumda konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olacaktır (AY. m.137/2; TCK m. 24/3)

<sup>119</sup> As.Yrg.Drl. Krl. 5.11.1987 E.197 K.173 (Nakleden: Özbakan, s.287)

<sup>120</sup> As.Yrg.Drl. Krl. 15.6.1989 E.149 K.159 (Nakleden: Özbakan, s.287)

<sup>121</sup> As.Yrg.1.D. 14.12.1964 E.1392 K.1399 (Nakleden: Özbakan, s.285)

<sup>122</sup> Kangal, s.120.

<sup>123</sup> 'Sanık astsubayın sarhoşluğunun tespiti için Alay K.nundan aldığı emir gereği bu emri gecikmeksizin yerine getirmek durumunda olan sanık üsteğmenin, astsubayın rızası ile gitmek istememesi karşısında adı geçeni zorla muayeneye götürmesinde suç unsuru yoktur. Zira bu üst'ün ve amir'in müstacel hallerde ast'ını emirlere itaat ettirmek için zor kullanmaya yetkili bulunduğu İç Hizmet Kanunu ile As.C.K. ve Askerî Yargıtay İçtihatlarıyla belirlenmiştir. Bu nedenle sanık Ütğm. nin bir emri icra zimmında sanık astsubaya karşı zor kullanmasında T.C.K.nun 245 ne de As.C.K.nun 117 nci maddesinin unsurları mevcut değildir.' As.Yrg.1.D., 29.5.1985, E.155, K.140) (Nakleden: Çelen, s.362)

<sup>124</sup> Tezcan vd., s.207.

Amirin emrini ifa kapsamında, asta müessir fiil ya da kötü muamele yapılması konusunda verilen emrin konusu suç teşkil ettiğinden bunu emri yerine getiren ya da bu konuda yardımda bulunan asker kişiler emri veren ile birlikte sorumlu olacaktır.

## B. SUÇUN MANEVİ UNSURU

### 1. Genel Olarak

TCK 86'daki kasten yaralama suçunun oluşması için genel kast yeterli olup suç olası kastla da işlenebilir<sup>125</sup>. Bu durumda failin cezası indirilir. (TCK m.21/2) Ancak üst veya amir, öldürmek kastı ile hareket etmişlerse bu takdirde bu fiil için AsCK'nda bir hüküm bulunmadığından TCK'nun kasten adam öldürmek suçlarını düzenleyen hükümleri tatbik edilecektir.<sup>126</sup> Bu husus aşağıda kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış 'ölüm' haline ilişkin konu işlenirken açıklanacaktır.

Bu suçta faildeki kastın başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yönelik olması aranır. Failin saiki önemli değildir. Neticenin gerçekleşeceği bilinerek hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu yüzden şaka ya da alay saiki ile işlenen fiillerde bu suçu oluşturur. Failin saiki bu suçu 'eziyet' (TCK m.96), 'kötü muamele' (TCK m.232) gibi suçlardan ayırır.<sup>127</sup>

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkraya hükmünde; '*Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan*'lardan bahsedilerek özellikle suç failin eyleminde kasten hareket etmesi gerektiği madde içinde vurgulanmıştır. Bu suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür.

<sup>125</sup> 'Sanık Mehmet'in olay günü köy içerisinde olması nedeniyle yavaşlayan araçla seyir halinde iken sağ ön ve arka tarafta oturan orman muhafaza memurları Talat ve Ahmet'e motosikleti ile yaklaşarak av tüfeği ile yakın mesafeden ateşi sırasında, öldürmek istediği maktül Ahmet'e doğru ateşinde yanında bulunan ve aracı sürmekte olan mağdur Hüseyin'in isabet alacağını öngörmesine rağmen maktül Ahmet'e ateş ederek mağdurun da yaralanmasına neden olduğu olayda; sanığın mağdura karşı eylemini olası kastla gerçekleştirdiği anlaşılmalıdır...' Yar.1.CD., 13.10.2009, 11007/5873 (Nakleden:Tezcan vd., s.200, dph.43)

<sup>126</sup> "Astın, bir üst tarafından kasten öldürülmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması iktiza eder." Askeri Yargıtay Drl.Krl.17.6.1966 56/64 EK sayılı Kararı Aktaran: Lüleci ve Özbakan, s.746.

<sup>127</sup> Tezcan vd., s.200-201.



AsCK 117/1'in devam eden cümlesinde *'veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuumelde bulunulmasına müsamaha eden'*lerden bahsedilerek bu suç faillerinin eylemlerinde *'tazip'* gibi özel bir saik altında hareket etme şartı aranmıştır. Bu özel kasıt altında hareket edilmemesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Ancak daha önce açıklandığı üzere özel saik aranan durumlarda suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

Tazip maksadının bulunmaması durumunda şartları varsa bu eylemin AsCK 115'nci maddesinde yazılı *'sair suretle memuriyet nüfuzunu suistimal'* suçunu oluşturması kanaatimizce mümkündür.

Sanığın suç kastının değerlendirilmesi bu bakımdan önemlidir. Suç kastının değerlendirilmesinde, Askerî Yargıtay, sanığın beyanından çok fiilin oluşup oluşmadığı konusunda mağdurun beyanına önem vermektedir. Nitekim bir kararında, *'Sanığın eylemlerinde şefkat ve sevgiyle dokunma tarzında bir davranış biçimi sergilemediği, mağdur erlerin kendilerine atılan tokadı "dövme" olarak algıladıklarını beyan ettikleri, Bl.K.nun; sanığın bu tür hareketleri, bölüğe yeni gelen erbaş ve erleri korkutmak, sindirmek için yaptığı şeklindeki vaka kanaat raporu, Bl.K.nun sanık hakkında adli soruşturma için işlem yapıp, ceza yetkisini kullanmaması nedenleriyle, sanığın eylemi Asta Müessir Fiil suçunu oluşturur.*<sup>128</sup>

Doktrindeki bir açıklamada, mahkemenin somut olayı değerlendirirken vücuda yönelik etkinin belirlenmesinde mağdurun subjektif duyarlılığı değil, objektif bir gözlemcinin değerlendirmesi ile konuyu ele alınması gerektiği açıklanmıştır.<sup>129</sup> Askerî Yargıtay'ın bu konuda mağdurun subjektif duyarlılığına da önem veren<sup>130</sup> kararlarına rast-

<sup>128</sup> As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

<sup>129</sup> Tezcan vd., s.198.

<sup>130</sup> 'Dava konusu olaylarda sanığın, er Ö.Y., Onb.R.H. ve Onb.M.A.'nin yüzlerine birer tokat atma ve er T.D.'in yemekhanede ensesine vurma şeklindeki eylemlerinde şefkat ve sevgiyle dokunma tarzında bir davranış biçimi sergilemediği mağdur erlerin, kendilerine atılan tokadı "dövme" olarak algıladıklarını beyan etmelerinden anlaşılmaktadır. Zira, bu hususu en iyi değerlendirebilecek olan böyle bir davranışa maruz kalan kimsedir. Ayrıca, Bölük Komutanının Vak'a ve Kanaat Raporunda "...şahıs bu tür hareketleri özellikle yeni gelmiş erbaş ve erlere onları sindirmek, korkutmak için yapmaktadır." şeklindeki kanaati de, bu düşünceyi doğrulamaktadır. Bu nedenlerle, sanığın eylemi As.C.K.nun 117 nci maddesinde tanımlanan asta müessir fiil suçunu oluşturduğundan; Dairenin, eylemin 477 Sa-

lanması mümkündür.<sup>131</sup>

yılı Kanunun 55 nci maddesinde tanımlanan disiplin suçunu oluşturacağına ilişkin kabulü yerinde olmadığı gibi, Disiplin Amirinin, sanığın daha önce de bu tür eylemlerde bulunduğunu dikkate alarak, eylemi "az vahim hal" kapsamında, dolayısıyla kendi yetkisi dahilinde cezalandırmayı uygun görmeyerek suç evrakını adli soruşturma yapılması için işleme koyması karşısında, As.C.K.nun 117/2 nci maddesinin de uygulanması olanağı bulunmadığından bu hususa yönelik değerlendirmesi de yasaya aykırı görülmüş ve itirazın kabulü ile Daire kararının kaldırılmasına oybirliği ile karar verilmiştir.' As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

- <sup>131</sup> Askerî Yargıtay'ın mağdurun sübjektif duyarlılığına önem vermediği bir başka kararı şöyledir: '...Mağdur J.Er NG., Askerî Mahkeme huzurundaki beyanında ve Askerî Savcı tarafından tespit edilen ifadesinde, iddianamede belirtilen olayın doğru olmadığını, dayak yemediğini, dolabında gofret bulundurması nedeniyle sanığın kendisini içtimada yanına çağırdığını, neden gofret bulundurduğunu sorarak omzuna dokunduğunu, bu eyleminin vurmak şeklinde olmadığını belirtmiş ise de, muhakkik tarafından tespit edilen 22.05.2008 tarihli ifadesinde, "... Üç hafta kadar önce dolabımda gofret olduğu için Recep Astsubayımız içtima alanında sopayla koluma birkaç defa hafifçe vurdu. ..." şeklinde beyanda bulunması;Tanıklardan J.Er E.Ç.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Bir gün sabah içtimamda NG.'e, dolabını ve yatağını düzeltmediği için Recep Astsubay eline aldığı bir sopa ile omzuna gelecek şekilde hafifçe vurdu. ..." şeklindeki ve aynı içerikteki muhakkik tarafından tespit edilen ifadeleri; J.Er Z.G.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Recep Astsubay, NG.'ün dolabında gofret bulduktan sonra içtima esnasında NG'e bir şeyler söyleyerek ensesine vurduğunu gördüm. ..." şeklindeki ve bu doğrultudaki hazırlık ifadeleri ; J.Er EB.'nin, tanık sıfatıyla ve istinabe suretiyle tespit edilen, "... İçtima alanında Recep Astsubay, dolabında gofret bulduğu için NG'ün eline sopa ile vurdu. ..." ve mağdur tanık sıfatıyla Askerî Mahkeme huzurunda tespit edilen, "... Koğuş kontrolü sırasında Naim'le ilgili bir problem çıkmış, bu nedenle içtima sırasında Recep Astsubay'ın Naim'in eline sopayla vurduğunu gördüm. ..." ; şeklindeki beyanları birlikte dikkate alındığında; sanık J.Kd.Üçvş. R.K'nın, koğuştaki dolabında gofret bulundurduğunu tespit ettiği J.Er N.G'e sopayla vurmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği sonucuna varıldığından; direnilmek suretiyle verilen beraat hükmünün, sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir; Sanık J.Astsb.Çvş. Z.S. hakkında yapılan inceleme: Sanık sorgu ve savunmalarında özetle; iddianamede belirtilen olayın kesinlikle dövme şeklinde olmadığını, yanaşık düzen eğitimi yaptırırken yerde bulduğu pilot kalem kadar bir çubuğu eline aldığını, bu sırada M.A'ın silahını yere düşürdüğünü gördüğünü ve elindeki çubukla çelik başlığına iki kez hafifçe dokunduğunu, bunu dövmek için yapmadığını beyan ederek, tevil yolu ikrarda bulunmuştur.Mağdur J.Er M.A., sanığın da hazır bulunduğu Askerî Mahkeme huzurundaki beyanında, iddianamede belirtilen olayın doğru olduğunu, ancak sanığın bunu dövmek için değil, şaka olsun diye yaptığını, elinde bulunan sopa ile çelik başlığına iki kez hafifçe dokunduğunu, kendisinin herhangi bir acı hissetmediğini belirtmiş ise de; Tanıklardan J.Er E.Ç.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Zeynel Astsubay ise genellikle içtimalara elinde sopayla gelirdi ve bir keresinde M.A.'ı silahını düşürdü diye ... dövdüğünü görmüştüm. ..." şeklindeki ve aynı içerikteki muhakkik tarafından tespit edilen ifadeleri;J.Er S. D.'un, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Mayıs ayı içerisinde hatırlayamadığım bir tarihte nöbet tuttuğumuz bir gün, J.Er M.A.'m silahını elinden düşürmesiyle Zeynel Astsubay elindeki ağaç sopayla Mahmut AKIN'ın kafasında takılı olan çelik başlığa (2)

Bu suçun taksirle işlenmesi haline ilişkin TCK 89'da ki gibi özel bir düzenleme yoktur. Bu konuda daha önce yapılan açıklamalar geçerlidir.

## 2. Taammüden Yaralama (AsCK m.118/3)

AsCK 118/3'ncü fıkrasında TCK'da olmayan yaralamanın '*netice sebebiyle ağırlaştırılmış*' halinin '*taammüden*' işlenmesi şeklinde suçun nitelikli haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Burada taammüt kelimesi '*kast*' anlamında kullanılmıştır.<sup>132</sup>Buradaki hal suçun işleniş şekillerinden failin kastının yoğunluğuna ilişkin bir nitelikli durumdur.

Doktrindeki bir görüşe göre, AsCK 118/3'ncü fıkradaki taammüdü sadece suçun nitelikli halleri olan AsCK 118/1 ve 2'nci fıkralarında gösterilen neticelere ilişkin olarak düzenlendiğine işaret edilmişken<sup>133</sup> benzer bir başka açıklamada '*astın vücudunda tahribat yaratmayı daha önceden planlaması ve buna uygun olarak da eylemini gerçekleştirmesi durumunda taammüden işlendiği*'<sup>134</sup>nin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>135</sup> Fail taammüden hareket etmemekle birlikte yine de eylemi 1 ve 2'nci fıkralarda yazılı sonuçları doğurursa bu durumda sadece 1 ve 2'nci fıkralara göre cezalandırma yapılacaktır.<sup>136</sup>

---

kez sertçe vurduğunu görmüştüm. ... Zeynel Astsubay sopayla çok sert vurmuştu. Bu nedenle ben Zeynel Astsubay gittiğinde Mahmut'a 'Ne oldu, bir şey oldu mu?' diye sordum, o da bana başının çok ağrıdığını olay anında söylemişti. Zaten Mahmut, bu olaydan sonra (2) gün boyunca baş ağrısı çekti, geceleri yatamıyordu. ..."; şeklindeki yeminli beyanları karşısında; sanık J.Astsb.Çvş. Z.S.'ın, Mayıs ayı içerisinde bir tarihte, nöbeti sırasında silahını elinden düşürdüğü için J.Er Mahmut AKIN'ın kafasında takılı olan çelik başlığa sopayla iki kez sertçe vurmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği sonucuna varıldığından; direnilmek suretiyle verilen beraat hükmünün, sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir.' As.Yar.DK., 14.04.2011, 2011/31-31 EK.(TSK Net)

<sup>132</sup> Çelen, s.361.

<sup>133</sup> Rıfat Taşkın, «Askeri ceza kanunu şerhi», Ankara, 1941, s.209.

<sup>134</sup> Değirmenci, s.340.

<sup>135</sup> Gerçekten kanun koyucu AsCK 118/3'ncü fıkrasındaki 'taammüd' halini sadece 118'deki hallerle ilişkin kabul etmemiş olsaydı bu fıkranın 117'nci maddede müessir fiile ilişkin bütün halleri kapsayacak biçimde düzenlemesi gerekirdi. Ancak suçun nitelikli haline ilişkin taammüd fıkrasının suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini anlatan AsCK 118'nci maddesi içinde "Müessir fiillerle madununun vücudunda tahribat yapan veya ölümüne sebep olan mafevka verilecek ceza" başlığı altında düzenlenmesi madde başlığı ile pek uyumlu olmaması açısından uygun değildir. Bu düzenlemenin kanaatimizce AsCK 117'de ayrı bir fıkrada açıklanması daha uygun olacaktır.

<sup>136</sup> Çelen, s.361.

*Tasarlama bir suçu önceden iyice düşünüp taşınarak işleme kastıdır. Tasarlama etraflıca düşünülmüş ve daha sonra harekete geçilmiş olması nedeniyle esasen kastın en yoğun şeklidir. TCK'da yer alan hemen her suç kural olarak tasarlanarak işlenebilir. Ancak bunun sonuç doğurması bakımından kanunda konuya ilişkin açıklık bulunmalıdır. TCK'da tasarlama tanımlanmış değildir. Ancak failin tehlikeli ruh halini ortaya koyması ve suçun başarılı bir sonuca varmasını olanaklı kıldığı için kasten öldürme suçu bakımından bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir (TCK m.82/1 a).<sup>137</sup>*

AsCK 118/3 fıkrasında üstün astına karşı tasarlayarak 117'nci maddede yazılı eylemleri işlemesi durumu suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Ancak AsCK 118'deki müessir fiil suçunun netice sebebiyle ağırlanmış halleri arasında 'taammüd' gibi failin kastına yönelik bir düzenlemeye yer vermesi maddenin konu bakımından düzenlenişine kaatimizce uygun olmamıştır.

### **3.Müessir Fiil Sonucu Ölüm (AsCK m.118/4)**

Yukarıda açıklandığı üzere AsCK 118/3'deki taammüt hali AsCK 118/4'deki ölüme ilişkin değildir. Bu nedenle AsCK 118/4'ncü fıkrasında 117'nci maddede yazılı fiiller 'fiil ölümü intaç etmiş ise' cümlesindeki ölüm neticesi öldürme kasdına dayalı olarak meydana gelmemelidir. Yapılan fiilde astı öldürmek üst tarafından öngörülmüş istenmiş ve bu amaçla hareket edilmişse genel hükümlerde yazılı adam öldürme suçuna ilişkin (TCK 81-83 765 sayılı TCK 448-449) maddeler üst hakkında uygulanacaktır<sup>138</sup>.

Ancak uygulamada kasten öldürmeye teşebbüs ile kasten yaralama ayırımında zorluk çıkabilir. Suçun niteliğinin belirlenmesinde failin kastı önem taşıyacaktır. Bu husus ancak dışa yansıyan bazı olgulardan yararlanılarak tespit edilebilir. Nitekim Türk ve Fransız Yargıtay'ı bu konuda çeşitli ölçüler geliştirmiştir. 'Buna göre failin olay öncesi, olay sırasındaki ve olaydan sonraki davranışları kastın belirlenmesinde ölçü olarak ele alınmalıdır. Bu iki suçu birbirinden ayıran ölçüler; fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı (varsa nedeni ve niteliği), failin kullandığı saldırı aletinin mahiyeti ve kullanma şekli, atış ve darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri ile nitelik ve nicelikleri,

<sup>137</sup> Özbek vd., s.118-120.

<sup>138</sup> Çelen, s.361.

*hedef seçme olanağı olup olmadığı, olayın akışı ve sebebi, failin işlemeyi kast ettiği suçun meydana gelmesine iradesi dışında engel bir halin olup olmadığıdır. Tüm bu olgular olaysal değerlendirilmeli, sanığın kastı belirlenmelidir.*<sup>139</sup>

Ancak üst veya amir, astını öldürmek kastı ile hareket ettikleri durumda TCK'nun kasten adam öldürmek suçlarını düzenleyen hükümleri tatbik edilecek aksi halde AsCK 118/4'ncü madde kapsamında işlem yapılacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında, 'üstün astını, öldürme kastı olmaksızın, silahla yaralaması halinde özel kanun olan AsCK 117 ve 118'nci maddelerindeki asta müessir fiil suçunun düşünülmesi gerektiği'<sup>140</sup>ne karar vermiştir.

#### IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

##### A. GENEL OLARAK

TCK'da kasten yaralama suçu bakımından düzenlenmiş olan nitelikli unsurları ağırlatıcı hafifletici sebepler, ağırlatıcı sebepleri de mağdurun sıfatından kaynaklanan ağırlatıcı sebepler ve meydana gelen neticeden kaynaklanan ağırlatıcı sebepler olarak sınıflandırmaktayken AsCK'da sadece neticeden kaynaklanan ağırlatıcı sebepler (AsCK m.118/1, 2, 4) ve mağdurun kastının yoğunluğuna dayanan (AsCK 118/3) olarak sayabiliriz. Taammüt haline ilişkin husus yukarıda incelendiği için burada sadece madunun vücudunda 'tahribata neden olma' (AsCK 118/1), 'daha vahim hal' (AsCK 118/2) ve 'müessir fiil sonucu ölüm neticesi' (AsCK 118/4) halleri incelenecektir.

Yukarıdaki suçun ağırlatıcı nedenine dayalı artırım nedeni dışında daha öncede bahsedilen AsCK 51'inci maddesinde AsCK'na has genel bir artırım nedeni bulunmaktadır. Maddeye göre; 'Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir.

A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek;

B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak;

<sup>139</sup> Tezcan vd., s.137-138.

<sup>140</sup> As. Yrg.4.D. 18.12.1990, E.653, K.205 (Nakleden:Çelen, s.360)

C) *Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek.*'

AsCK 51/1-A ve D bentlerindeki durumlar AsCK 117'nci maddesinde yazılı suçun bir unsuru ya da artırım nedeni olmadığından bu bentlerdeki yazılı hallerde yine AsCK 50'nci maddesinde açıklandığı biçimde<sup>141</sup> bir artırıma gidilebilir. Ancak '*resmi nüfuz ve salahiyyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak*' unsuru AsCK 117'nci fıkrasında "*tazip maksadıyla madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suumuamelede bulunulması*' bakımından suçun bir unsuru olarak kabul edilebilir bu durumda AsCK 51/1-B bendi kapsamında kanaatimizce cezada artırıma gidilemez.

Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır (TCK m.61/4). Burada ortaya şu sorun çıkmaktadır: Aşağıda incelenmeye çalışılacak olan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerden birden fazlası tek bir suçta gerçekleşmiş olsa ya da bunlarla birlikte AsCK 51'nci maddesi birlikte bulursa nasıl bir uygulama yapılacaktır?

Yargıtay 5237 sayılı TCK zamanında verdiği bir kararında "*5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin bir bütün olarak sayıldığı ve her bir bentten dolayı ayrı ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, birden fazla nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda mahkemenin temel cezayı tayin ederken bu hususu da göz önünde bulundurabileceği nazara alınarak, sanığın eşine karşı işlediği silahla kasten yaralama suçundan yukarıda belirtilen madde uyarınca bir kez artırım yapılması gerektiği gözetilmeyerek iki kez artırım yapılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayininin bozmayı gerektireceğine*" hükmetmiştir<sup>142</sup>.

Yine hem AsCK 118'deki suçun netice sebebiyle artırım ve hem

<sup>141</sup> Askerî Ceza Kanununda, "Cezanın nasıl arttırılacağı" başlıklı 50'inci maddesi; "Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı *âzami* haddi geçemez" biçimindedir.

<sup>142</sup> 2. CD., 25.1.2007 E. 2006/8827 K. 2007/841; www.kazanci.com.tr. (Özbek vd., s.207)

de AsCK 51'deki artırımın birlikte uygulanması-örneğin suçun silahla işlenmesi ve yaralamanın uzuv kaybına neden olması-halinde iki nedene dayalı olarak cezada artırım yapılabilecektir. Ancak AsCK 51'nci maddede birden fazla artırım nedeninden sadece birine dayalı olarak artırım yapılabilir. Diğer husus kanaatimizce belki hakimın cezayı tespit ederken takdir hakkına dayalı bir artırım nedeni olabilir.

### A. 'MADUNUN VÜCUDUNDA TAHRİBATA NEDEN OLMA' (AsCK 118/1)/'DAHA VAHİM HAL' (AsCK 118/2)

AsCK 118/1'nci fıkrasında fiilin, '*madunun vücudunda tahribat(a)*' neden olması halinde cezanın ağırlaşacağından bahsedilmekle birlikte '*tahribat*' teriminin tanımı ve hangi hususları kapsadığı kanunda açıklanmamıştır.

Mağdurun vücudunda '*tahribat*' husule gelmiş olup olmadığı ve '*daha vahim halin*' ne olduğu hususlarının belirlenmesi suç vasfının tespiti açısından önemlidir. Aksi durum Askerî Yargıtay kararlarına göre de bozma nedenidir.<sup>143</sup> Ancak suçun netice nedeniyle ağırlaşmış nitelikli haline ilişkin bu tespit aslında kanunilik ilkesine uygun bir biçimde TCK'da kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenleyen 87'nci maddesinde olduğu gibi belirlenmediğinden AsCK 118/1 ve 2'nci fıkralarındaki bu boşluğun doldurulmasında Askerî Yargıtay kararları bize yol gösterici olacaktır.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu düzenleyen 118/1'nci maddelerinde yer alan vücuttaki tahribat deyiminin, '*vücudun harap olan noktasının, doğal görevini yapamaması anlamına gel(diği)*' ifade edilmiştir. Askerî Yargıtay bu sözcüğün, '*TCK'nun 456 ncı maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarında sayılan uzuv tathili, uzuv zaafı, çehrede sabit eser*<sup>144</sup>, *çehrede daimî değişiklik, akıl hastalığı vb.*

<sup>143</sup> 'Mağdurun vücudunda tahribat husule gelmiş olup olmadığı, tahribat varsa bu tahribatın TCK'nun 456 (2, 3 madde ve fıkralarında belirtilen hallerden hangisine uyduğu tespit edilmeden AsCK 118 madde gereğince hüküm tesisi kanuna aykırıdır.' As.Yrg.2D., 13.06.2001, 453-448 EK. (Nakleden: Bal, s.118-1); As.Yar.3D., 24.1.2006, 2006/88-87 EK.

<sup>144</sup> 'Açıklandığı gibi, işlenen müessir fiilden dolayı astın yüzünde meydana gelen nedbenin "tahribat" kapsamında mütalâası ve sanık olan üstün ASCK'nın 118 inci maddesi gereğince cezalandırılabilmesi için, nedbenin TCK'nun 456/2 nci maddesinin kastettiği anlamda "çehrede sabit eser" niteliğinde olması gerekir...' (As.Yrg.3.D. 4.2.1969 tarih ve 1969/63-68 ile Yargıtay 4.C.D. 4.3.1958-12125/1937;

*hâlleri kapsadığı*<sup>145</sup>, ‘5237 sayılı TCK’nın 87’nci maddesinin 1’nci fıkrasında belirtilen, mağdurun, duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan duruma, gebe bir kadına işlenip de çocuğun vaktinden önce doğmasına neden olunması halleri ile özdeş kabul edilmesi gerektiği<sup>146</sup> “kalıcı hastalıklar(ın)”<sup>147</sup> da tahribat kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

Askeri Yargıtay’ın konuya ışık tutan bir başka kararı şöyledir: ‘Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 31.12.1998/203-184, 1 inci Dairenin 31.07.1996/541-538, 05.04.2000/115-194, 2 nci Dairenin 13.06.2001/453-448, 3 üncü Dairenin 08.10.1996/574-574, 16.12.2003/1358-1356, 21.09.2004/820-811, 4 üncü Dairenin 12.12.1972/420-410 ve 5 inci Dairenin 13.03.1996/146-144, 17.05.2000/304-301 tarih ve sayılı kararlarında da belirtildiği gibi;

Askerî Ceza Kanununun tahribatı mucip üste fiilen taarruz suçunu düzenleyen 91/4 (5078 sayılı Kanun ile değişik 91/3) ve tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu düzenleyen 118/1’inci maddelerinde yer alan **vücuttaki tahribat deyimi, vücudun harap olan noktasının doğal görevini yapmaması anlamına gelmektedir.** Yaralanmanın (mülga) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 456’nci maddesinin 2 ve 3’üncü fıkralarında belirtildiği şekilde, havastan veya azadan birinin devamlı zaafı (**uzuv zaafı**) veyahut ziyayı (**uzuv tatili**) sayılacak nitelik ve derecede (01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” suçunu düzenleyen 87/1-a ve 87/2-b madde, fıkra ve bentlerinde belirtildiği şekilde, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması veyahut işlevinin yitirilmesi derecesinde) olması hâlinde ancak, failin fiilinin tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Mağdurun vücudunda meydana gelen yaralanmanın, hem ceza hukuku ve hem de tıbbî yönden, kanunda belirtilen anlamda **tahribat**, diğer bir ifadeyle **uzuv zaafı** veya **uzuv tatili** niteliğinde bulunup bulunmadığının

3.10.1989- 5358/5754; 5.3.1990-668/1139 sayılı kararları da bu yöndedir.)  
 145 As.Yar.1D., 19.02.2003, 2003/146-144 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.329-332)  
 As.Yar.3D., 24.1.2006, 2006/88-87 EK; Bu kararda As.Yrg.Drl.Krl. 31.12.1998 tarih ve 1998/203-184; As.Yrg.Gn. Krl. 11.11.1949 tarih ve E 1819 K.1994 atıfta bulunulmuş olarak Genel Kurul kararının da benzer yönde olduğu ifade edilmiştir.  
 146 As.Yar.1.D., 22.10.2008, 2008/2639-2632 EK. (Nakleden: Kangal, s.115, dpn.177)  
 147 ‘As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/24-22 (As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.352)



*tayini bakımından, işin çözümünün uzmanlığı gerektiren tıbbî yönü de göz önüne alındığında, adlî tıp uzmanının veya vücutta meydana gelen yaralanmanın türüne göre ilgili uzman hekimlerin meslekî görüşlerinin alınması zorunludur*<sup>148</sup>

Buradaki asıl zorluk tahribat olarak belirlenen hususlardan hangi hallerin AsCK 118/2'nci fıkrasındaki 'daha vahim haller' kapsamında kaldığının belirlenmesidir. Askerî Yargıtay'ın bir kararında bu husus ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Karar şöyledir<sup>149</sup>:

*'...Her ne kadar ASCK'nun 118/2'nci maddesinde yazılı "daha ziyade vahim hâlin" belirlenmesinde, kanun, objektif bir kıstas öngörmemiş ise de, TCK'nun 456'nci maddesindeki düzenlemeye başvurulup, buradaki kavramlardan istifade edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı gibi, aksine, uygulamada tereddütler yaşanmaması ve uygulama birliği sağlanması bakımından böyle objektif bir ölçüte başvurmanın büyük faydaları mevcuttur. ASCK'nun 118'inci maddesinin 1 ve 2'nci bentlerinde öngörülen cezaların, TCK'nun 456'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında öngörülen cezalara göre hafif olduğu da dikkate alındığında, TCK'nun 456'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına giren bir yaralanmaya sebep olmuş fail hakkında ASCK'nun 118/2'nci maddesi uyarınca uygulama yapılması, ceza adaletini de temin edecektir. Bu nedenle; tahribat olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan ve uzuv tatili olarak nitelenen tek gözün kaybının, ASCK'nun 118/2'nci maddesinde düzenlenen "daha ziyade vahim hâl" kapsamında olduğunun kabulü hakkaniyete uygun olacaktır.*

*Esasen, yukarıda değinilen Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 14.11.1969 tarih ve 1969/97-92 sayılı kararı ile 4'üncü Dairenin 2.3.1971 tarih ve 1971/96-94 ve 3'üncü Dairenin 18.11.1997 tarih ve 1997/634-632 sayılı kararları da bu yöndedir.*

*Bu itibarla, "uzuv zaafı " sayılacak arızalar için ASCK'nun 118'inci maddesinin ilk bendi, "uzuv tatili" sayılacak arızalar için ise ASCK'nun 118'inci maddesinin ikinci bendi uyarınca uygulama yapılması(na)' karar verilmiştir.*

Askerî Yargıtay'ın yukarıda açıklanan yerleşmiş kararlarına göre;

<sup>148</sup> As.Yar.3D., 24.01.2006, 2006/0088-0087 EK. ( Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.20, Y.2008, s.220-225)

<sup>149</sup> As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/24-22 (Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.352)

5237 sayılı TCK'nun 87/1-a maddesine giren haller AsCK 118/1'e göre cezalandırılmayı gerektirecekken, TCK 87/2-b'deki haller daha vahim haller kapsamında AsCK 118/2'nci fıkraya göre cezalandırılmayı gerektirecektir.

Askerî Yargıtay bir kararında, *'Sanık Yzb.nun bölüğündeki eri tekme tokat dövme suretiyle mağdurun böbreğinin yarılması, iç kanama geçirmesi olayında; mağdurun hayati tehlike geçirdiği ancak ameliyattan sonra bu tehlikenin ortadan kalktığı, 25 gün iş ve gücünden geri kaldığı, ameliyat sonucu organ ve doku kaybı olmadığı, sabit ise de, tahribatın AsCK.nun 118 inci maddesi kapsamında olduğu,... Mağdurun tıbbi müdahale sonucu iyileşmiş olması(nun) sonucu değiştirme(yeçeğine)'<sup>150</sup> karar vermiştir.*

Askerî Yargıtay kararlarında, AsCK 118/2'nci fıkrasındaki *'daha ziyade vahim hal'* kıstasının bağımsız olarak değil 1'nci fıkrasındaki *'tahribat'* kavramı ile ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır.

Kanatimizce AsCK 118/1 ve 2'nci maddelerine ilişkin belirlemelerin, her olay bakımından tartışmayı gerektirecek olması nedeniyle, AsCK 118'nci maddenin TCK'na atıf yapılmak suretiyle, TCK ile paralel hale getirilmesi hem ceza adaleti hem de uygulama kolaylığı sağlayacaktır.

## B. ÖLÜMLE SONUÇLANAN YARALAMA (AsCK 118/4)

AsCK'nun 118'nci maddesinin 4'ncü fıkrasında, asta müessir fiilin ölümle sonuçlanması hali ağırlatıcı neden olarak öngörülmüştür. Bu fıkroda hükme bağlanan "ölüm" neticesi yukarıda açıklandığı üzere asta müstenit olmayarak vuku bulmalıdır. Bu fıkra, tipik bir *"neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç"* halini cezalandırmakta olup TCK'nun 87/4'ncü fıkrasına emsal bir hüküm niteliğindedir.<sup>151</sup> Şu halde amir veya üstün, müessir fiil kastı ile suçu işlemeleri neticesinde ölüm meydana gelmişse bu fıkra tatbik edilecektir.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 6.12.1992, E.22, K.17. (Nakleden:Çelen, s.362)

<sup>151</sup> Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, s.186.

<sup>152</sup> "Astı olan er'e 2-3 tokat vurup sonra çelme takarak yere düşüren ve mağdurun başının beton zemine çarparak beyin kanaması sonucu ölümüne sebep olan çavuş hakkında As.C.K.nun 118/4.maddesinin uygulanması gerekeceği cihetle..." Askerî Yargıtay Drl. Krl. 22.6.1978 66/53(Yayınlanmamıştır)

## V. KUSURLULUK

### A.HAKSIZ TAHRİK

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin haksız tahrik nedeniyle cezasında indirim yapılmaktadır.(TCK m.29)

AsCK 92'nci maddesinde, içinde inceleme konumuz olan AsCK 117'nci maddesi de dahil olmak üzere bazı suçlar bakımından haksız tahrik hali özel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.<sup>153</sup>

Bu durum çoğu olayda suç failinin emrine itaat ettirmek maksadıyla mağdura karşı yaralama eyleminde bulunduğu ve bunun haksız tahrik oluşturduğunu savunma olarak ileri sürmesine neden olmaktadır. Ancak Askerî Yargıtay kararlarında bu husus sanıklar lehine bir indirim nedeni olarak kabul edilmemektedir.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, *'..mağdurların emre itaat etmemeleri ve disiplinsiz davranışlarının etkisi ile haksız tahrik altında kalarak eylemleri gerçekleştirdiğini ileri sürmüş ise de; Mağdurların disiplinsiz davranışlarının cezai yaptırımının mevzuatta yer almış olması, sanığın, mağdurlar hakkında mevzuata göre işlem yapma imkanına sahip olması ve mağdurların fiillerinin, sanığın şahsına yönelik haksız bir fiil niteliğinde bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, atılı suçlardan sanık hakkında haksız tahrik hükmü gereğince indirim yapılması hukuken mümkün olmaması nedeniyle sanığın bu yöndeki temyiz sebebi yerinde görülmemiştir.'*<sup>154</sup>

Diğer bir husus mefruz tahriktir. Doktrinde mefruz tahrik konusu tartışmalıdır.<sup>155</sup> Askerî Yargıtay bir kararlarında *'Birlik yazarısı er ile*

<sup>153</sup> "Tahrik suretiyle madunun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceği" başlıklı AsCK 92'de haksız tahrik özel olarak düzenlenmiştir. Madde şöyledir: "1. Bir amir veya mafevk, Askerî nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.2. Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır."

<sup>154</sup> (Askerî Yargıtay 3'üncü Dairesinin 01.12.2010 tarihli ve 2010/2075-2068 E.K.sayılı; 4'üncü Dairesinin 21.07.2009 tarihli ve 2009/1759-1748 E.K.sayılı kararları da aynı yöndedir).' As.Yar.1D., 21.09.2011, 2010/0700-0744 EK.(TSK Net)

<sup>155</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Yaşar Duran, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Yayınlanmış Doktora Tezi) , İstanbul 2010, s.113-116.

*mağdur er arasında nöbet listesi yüzünden çıkan tartışma sırasında, mağdur Er'in, bölük yazıcısı Er'i hedef alarak sarf etmiş olduğu küfürlü sözler, sanık yüzbaşı bakımından haksız tahrik oluşturmadığı gibi; sanığın, kendisine küfür edildiğine ilişkin zan ve vehimi de mefruz tahrik olarak kabul edilemez.*<sup>156</sup> Bu örneğe göre mefruz tahrik etkisi altında astına müessir fiilde bulunan üstün cezasında indirim yapılması mümkün değildir.

## VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A.TEŞEBBÜS

AsCK 91'deki 'üste fiilen taarruza teşebbüs suçu' bir kalkışma suçu iken aynı fiilin asta karşı yapılmaya kalkışılması durumu ancak teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. AsCK 117'nci maddesi teşebbüs hükümleri bakımından iki kısma ayırarak incelenmesi mümkündür.

Bunlardan ilki maddenin "*Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerine*" ilişkindir. Kanatimizce TCK'da kasten yaralama suçu (TCK m.86) hakkında teşebbüs haline ilişkin açıklamalar bu cümle içinde geçerlidir. Bu nedenle AsCK 117'nci maddede de başkasının vücuduna acı verilmesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması ya da tazip maksadıyla hizmetin güçleştirilmesi ya da kötü muamele yapılmasına göz yumulması hallerinde suç tamamlanmış olur. O halde bu suçun bir zarar suçu olduğu söylenmelidir. Kasten yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda da ceza o ana kadar yapılan hareketlerin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir.<sup>157</sup>

Doktrinde, kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bakımından teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışılmalıdır. Fail doğrudan ağırlaşmış neticenin gerçekleşmesine kast etmişken bu amacına ulaşamamış olabilir. Bu durumda ağırlaşmış neticeye teşebbüsten söz edilebilir. Fail kasten yaralama kastıyla hareket eder. Ancak kasten yaralama teşebbüs aşamasında kalır. Ancak buna rağmen kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli gerçekleşir. Bu durumda

<sup>156</sup> As.Yar.3D., 6.3.2007, 2007/541-541 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, S.21, Y.2008, s.229-231)

<sup>157</sup> Özbek vd., s.233.

temel suç tipi olan kasten yaralama teşebbüs aşamasında kalmıştır.<sup>158</sup>

Diğer husus AsCK 117/1'de '*tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi*' halidir.

Öncelikle cümledeki suçun tamamlanması için hizmetin güçleştirilmesi ya da diğer askerlerin mağdura yaptıkları kötü muamele işleminin gerçekleşmesine müsamaha edilmesi gerekir. Kötü muamele gerçekleşene kadar müsamaha gösteren fail bakımından suç artık tamamlanmıştır. Bir süre müdahale etmeden buna müsamaha gösteren daha sonra bundan pişman olan ve müdahale ederek kötü muamelelerin gerçekleşmesini önleyen bakımından TCK'daki gönüllü vazgeçme (TCK m.36)<sup>159</sup> hükümleri söz konusu olabilir. Bu durum kötü muamelede bulunan diğer askerlerin işlediği suçlar bakımından teşebbüs haline ilişkin bir uygulamayı gerektirebilecekken AsCK 117/1'deki bu suçun işlenmesine müsamaha gösteren fail açısından ancak tamam olan kısım bir suçsa sadece o kısım için ceza verilebilecektir.

## B. İŞTİRAK

AsCK 117'deki suç failinin suçuna, müşterek fail olarak katılınabileceği gibi, azmettirme ya da yardım etme suretiyle de katılınması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadarken (TCK m.38/1) bu suçun işlenmesine TCK 39'ncü maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirecektir. Zira AsCK'nun Ek 8 ve 10'ncü maddeleri gereğince<sup>160</sup>, askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir.

<sup>158</sup> Bu açıklamalar için bkz.Özbek vd., s.234.

<sup>159</sup> TCK'nın 36/(1) maddesinde: 'Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır' hükmü yer almaktadır.

<sup>160</sup> AsCK Ek Madde 8: "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamaşaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır..." Ek Madde 10: "Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9'uncü maddeleri ...uygulanmasına devam olunur..."

AsCK 117/1'nci fıkrasında, *'onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suumuamelede bulunulmasına müsamaha eden'* amir veya üstten bahsedilmektedir. Burada amir ya da üstün işlenen bir suçta göz yumması söz konusu olup, maddede diğer askerler ve bunların suçuna göz yuman üst ya da amir arasında bir iştirak anlaşması söz konusu değildir.

Eğer amir ya da üst diğer askerlerle birlikte önceden anlaşarak müsamaha gösteriyorsa AsCK 117/1'nci madde kapsamında cezalandırılacağı gibi bu durumda failin cezası AsCK 51/1-A bendi *'Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek'* kapsamında artırılacaktır.

TCK 40. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"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"* şeklindeki genel düzenlemeye AsCK'da bir istisna getirilmediğinden AsCK 117'de ki gibi fail açısından özgü suç niteliğinde olan bu suçun işlenişine iştirak eden kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Bu durumda AsCK 51/1-A bendi gereği failin *'Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek'* maddesi kapsamında cezasının artırılması mümkündür.

### C.İÇTİMA

Bu suçun birden fazla kişiye karşı aynı kasıt altında işlenmesi halindeki içtima durumu söz konusu olur. Askerî Yargıtay bir kararında, *'Olay sırasında, her biri bir birinden bağımsız eylemler ile dört ayrı mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olduğundan TCK'nın 42'nci maddesindeki bileşik suç, 43'üncü maddesindeki zincirleme suç ve 44'üncü maddesindeki fikri içtima halleri mevcut olmadığından sanık hakkında dört ayrı asta müessir fiil suçundan AsCK'nın 117/1'inci maddesinin dört kez ayrı ayrı tatbiki suretiyle cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmadığı'* açıklanmıştır.<sup>161</sup>

Yine AsCK 117/1'deki *'onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suumuamelede bulunulmasına müsamaha eden amir'* bakımından fail aynı zamanda AsCK'da *'Madununa nezarete ihmal edenler, madunun suçları hakkında takibatta bulunmayanlar'* başlıklı 145'nci maddesini de ihlal

<sup>161</sup> Askerî Yargıtay 1D. 21.09.2011 tarih ve 2010/0700-0744 EK.

etmektedir.<sup>162</sup> Ancak fikri içtima kuralı gereği(TCK m.44) fail, sadece cezası daha ağır olan AsCK 117'ye göre cezalandırılacaktır.

Diğer bir husus, bu suçun '*Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası*' (AsCK m.111) başlıklı suçla içtima edip edemeyeceğidir. Maddeye göre; '*Ceza vermek salahiyetini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmemiş veya müsaade olunmamış bir cezayı kasten verenler beş seneye kadar hapsolunur*' hükmü yer almaktadır.<sup>163</sup>

Ceza vermek salahiyetini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmiş veya müsaade olunmamış bir ceza, cezayı çeken acısından ruhsal ve fiziki yönden sağlığının bozulmasına neden olabilecektir. Sanığın tek bir fiili ile hem AsCK 111 (ya da 115)<sup>164</sup> hem de AsCK 117'nci maddelerinde yazılı suçların birlikte işlenmesi kanaatimizce mümkündür.

Ancak Askerî Yargıtay kararlarında; '*Sanığın, "daha müessir olur, istirahat edemezler" düşüncesiyle çadır hapsi türünden bir ceza ihdas ederek, ceza verdiği astlarını kışın dondurucu soğuğun, yazın kavurucu sıcaklığın altında yaz ve kış çadırlara tıkarak cezalarını infaz ettirmiş olmasını sadece 'hak edilmemiş ve kanunda bulunmayan ceza vermek suçu' kapsamında değerlendirilmiştir.*<sup>165</sup> Kanaatimizce burada iki suç vardır. Ancak TCK m.44'ncü maddesindeki fikri içtima kuralı gereğince cezası daha ağır olan AsCK 111'nci maddesinin uygulanmasına yerindedir.

<sup>162</sup> Taşkın, s.208.

<sup>163</sup> AsCK'nun 111'nci maddesi irdelendiğinde, bu suçun oluşabilmesi için; failin, ceza vermek yetkisini kasıtlı olarak aykırı hareket etmesi gerekmektedir. "Disiplin cezası vermeye salahiyetli amirler" AsCK'nun 168'nci maddesinde, "Ceza vermek salahiyetine haiz en yakın amir ile daha yüksek disiplin amirinin ceza verebileceği haller" AsCK'nun 170'nci maddesinde, "Disiplin amirlerinin ceza salahiyeti" AsCK'nun 171'nci maddesinde, "Disiplin amirlerine vekalet edenlerin ceza vermek yetkisi" ise AsCK'nun 172'nci maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

<sup>164</sup> AsCK 111'nci maddesinde yazılı suçlar ancak disiplin amirleri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Bu yetkiye haiz olmayan bir kişinin bahse konu suç kapsamındaki eylemleri AsCK'nun başka bir maddesinde düzenlenen 'memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması' (AsCK m.115) suçunu oluşturacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, 'sanık Astsb.'ın marangozhanede yumurta pişirdikleri tespit ettiği Er H'i saçlarını sıfır numara traş ettirmek, bir ay süreyle çarşı iznine çıkmalarını yasaklamak ve akşamları ceza nöbeti tutturmak suretiyle ceza vermek yetkisini tecavüz' etmesinde ceza verme yetkisi olmaması nedeniyle eylemin AsCK 111 değil AsCK 115'nci maddesini oluşturacağına' karar vermiştir. Polatcan, s.379.

<sup>165</sup> (1.D.13/4/1989 E:48, K:38) (Nakleden: Polatcan, s.379)

## VI. SUÇA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

### A.GENEL OLARAK

AsCK 117/1 ve 2'inci fıkralarının suç failleri için *beş seneye kadar hapis 3'ncü fıkrasındaki suç faili için ise on seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmektedir*. AsCK 1/1'inci fıkrasının TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri uygulanacağından<sup>166</sup> artık AsCK'da yer alan "*ağır hapis cezası*" ifadelerinin "*hapis cezası*" olarak ele alınması gerekecektir.<sup>167</sup>

AsCK 117/3'ncü fıkrasındaki ağır hapis cezasının alt sınırı en az on yıl olarak gösterilmiş ancak üst sınırı belirtilmediğinden genel hükümler uyarınca bu süre yirmi yıldan fazla olamayacaktır. (TCK m.49/1)

TCK 51'nci maddesinde sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul eden düzenlemesi kural olarak askerî suçlar bakımından da geçerli olup AsCK 47'nci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirilerek bazı suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceğini öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı AsCK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12'nci maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğu ve iptaline karar verildiğinden artık Askerî suçlarında TCK'daki erteleme şartları kapsamında ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki AsCK 117'nci maddesi AsCK 47'nci maddede yer alan istisna suçlar arasında olmadığından bu suç faillerinin cezalarının paraya çevrilmesi ya da cezanın ertelenmesi uygulaması zaten Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararından öncede mümkündü.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfı yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur" şeklinde açıklanmaktadır. TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46).

<sup>167</sup> Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfı yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur" şeklinde açıklanmaktadır. TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46). Benzer açıklama için bkz. Kangal, s.181.

<sup>168</sup> Ancak AsCK 117'nci maddesi AsCK 47/A kapsamında yer alsa dahi, Anayasa



Yine bir diğer hususta AsCK 117'deki suçun kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2'nci fıkrasında; *"Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz"* hükmü yer almaktaydı. AsCK 117'nci maddesi sırf askerî suçlardan olmadığından bu suçun şartları varsa kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.<sup>169</sup>

AsCK Ek Madde 10/son fıkrasında; *"Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz"* hükmü yer almaktaydı. Ancak bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile iptal edildiğinden Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 117'nci maddesinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural uygulanabilecektir.

## VII. YARGILAMA GÖREVİ

353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usul Kanununun (AsYUK)'un *"Genel görev"* başlıklı 9'uncu maddesi; *"Askerî Mahkemeler, kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine ...yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler"* hükmünü içermektedir.

Aynı Kanun'un *"Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi"* başlıklı 17'inci maddesinde ise; *"Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu*

---

Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2.'inci maddesine aykırı olduğu ve iptaline karar verildiğinden cezanın ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi yine de mümkün olacaktır.

<sup>169</sup> Ancak AsCK 117 AsCK Ek /2'nci fıkrası kapsamında sırf Askerî suç olsa dahi, Ek/2'nci fıkranın da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile bu maddenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali edilmesi nedeniyle yine de kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilmesi mümkün olacaktır.

*mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suçla bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erer” şeklindedir.*

AsCK 117'nci maddesinde yazılı olan suç yukarıda açıklandığı üzere askerî bir suçtur. Bu nedenle bu suç failleri askerî mahkemede yargılanacaktır. Failin ya da mağdurun emekli olması askerî mahkemede yargılama ile bağlantıyı kesmez.

Ancak eşit rütbede olan asker kişiler ile Askeri Yargıtay'ın daha önce açıklanan emsal kararında aralarında astlık üstlük ilişkisi olsa dahi eşler arasında hizmet ilişkisinin bulunmadığı durumlarda eşler arasında AsCK 117'deki suçla benzer eylemlerde TCK hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Bu durumda suç askerî bir suç olmadığından sadece suçun asker kişiler arasında işlenmesi nedeniyle askerî mahkemede dava açılacaktır.

Ancak asker kişi olan sanığın terhis ya da emeklilik gibi nedenlerle asker kişi sıfatlarının sona ermesi durumunda<sup>170</sup> artık sivil yargı görevli olacağından görevsizlik kararı verilerek suç dosyasının soruşturma aşamasında suç mahalli olan Cumhuriyet Savcılıklarına kovuşturma aşamasında ise aynı yer Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesi gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da benzer doğrultudadır.<sup>171</sup>

## KAYNAKÇA

Kaynak A.Osman, Disiplin Amirleri İçin Ceza İşlemleri Muhtırası, Donanma K'lığı Basımevi, Kocaeli, 1988.

Koçyiğit Ali, Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askerî Disiplin Suçları ve Cezaları, (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2007. <http://www.belgeler.com/blg/16br/disiplin-mahkemeleri-kanununa-gore-Askeri-disiplin-suclari-ve-cezalari-military-discipline-crimes-and-discipline-punishment-according-to-law-of-discipline-crime-court>. (1.1.2012)

<sup>170</sup> ‘...Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi hususunda dikkate alınacak olan verinin mağdur değil sanık olduğunda bir duraksama bulunmamaktadır.’ As.Yar.1D., 01.12.2010, 2010/2247-2233.(TSK Net)

<sup>171</sup> ‘Askerî Mahkemece; sanığın, 03.06.2011 tarihinde, mağdur J.Er Ali AKSAN’a yönelik olarak kasten yaralama suçunu işlediği iddiasıyla, TCK’nın 86/2’nci maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, atılı suçun askerî bir suç olmaması, askerî suçla bağlı olmaması ve sanığın da terhis olması nedeniyle askerî mahkemede yargılanmasını gerektiren ilginin kesilmesi sebebiyle, Askerî Mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.’ As.Yar.2D., 26.06.2012, 2012/886-871 EK. (TSK Net)

- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan, Erdem; R.Murat, Önok; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, 2013.
- Erman Sahir, "Askerî Yargı", *Askerî Adalet Dergisi*, Yıl:22, S.90, Mayıs1994.
- Demirağ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Duran Gökhan Yaşar, Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı. İstanbul 2012.
- Duran Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)', *MÜ.Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2.
- Duran Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2010.
- Yalvaç Gürsel, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013.
- Zafer Hamide, Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması) <http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA-PDF.pdf>. (27.02.2014)
- Özbakan** Hulusi, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri Ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1990.
- Özbakan Hulusi, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.
- Polatcan İsmet, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Ceza Kanunu, 26.Bası, İstanbul 2000.
- Bal Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Caner, Yenidünya; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Muzaffer, Dilek; "Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları", <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr> (1.1.2012)
- Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, Kasım 2013, s.337.
- Çelen Orhan, En Son İçtihatlı, Notlu, açıklamalı, Örnekli İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997.
- Yıldırım Ramazan, "Türk Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", *AYİM Dergisi*, Sayı 14, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000.
- Taşkın Rıfat, "Askerî Ceza Kanunu Şerhi", Ankara, 1941.
- Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, **İstanbul:Üçdal** Neşriyat, 7.Bası, Ankara, 1983.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11.Bası, İstanbul, 1994, s.344.
- Tanrıver Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013 (104), s.13. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>. (24.01.2014)
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Koray, Pınar Doğan, İlker Bacaksız, Tepe; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012.
- Kangal Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.

# 5977 SAYILI BİYOGÜVENLİK KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR IN THE 5977 NUMBERED BIOSAFETY LAW COORDINATED CRIMES

Mustafa ÖZEN\*

**Özet:** Bu makalede, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nda düzenlenen suçlar incelenmiştir. Söz konusu kanun, 18/3/2010 tarihinde kabul edilmiştir. Bu bakımdan bu kanun yürürlüğe gireli yaklaşık dört yıl geçmiştir. Kanunda düzenlenen suçlar, suçun konusu, suçun maddi ve manevi unsurları, hukuka uygunluk nedenleri, suçun özel görünüş nedenleri (teşebbüs, iştirak ve içtima) ile yaptırım ve muhkeme hukuku açısından değerlendirilmiştir.

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nda düzenlenen suçların maddi konusu, önem taşımaktadır. Çünkü, bu kanunda düzenlenen suçların maddi konusunu; Genetik yapısı değiştirilmiş organizma (GDO), GDO ve ürünler ve GDO'lardan elde edilen ürünler oluşturmaktadır. Söz konusu bu ürünler, insan sağlığı ile yakından ilgilidir. Bu açıdan bakıldığında, konunun önemi daha da artmaktadır. 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nu yapılırken uluslararası sözleşmeler ve metinlerin dikkate alınmadığı dikkate sunulmuştur. Bu nedenle, bu kanundaki suçların uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunlara değinilmiştir. Bu kapsamda, ülkemizde az sayıda da olsa uygulamadan örnekler verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Biyogüvenlik Kanunu, Suç, Suçun Konusu, Suçun Maddi ve Manevi Unsurları, Hukuka Uygunluk Nedenleri, Teşebbüs, İştirak, İçtima, Uluslararası Sözleşmeler.

**Abstract:** In this article, 5977 numbered biosafety law in the coordinated crimes inspected. the point in question law, in date is 18/3/2010 carried. In this respect this law come into force about four year the past. In the law coordinated crimes, subject matter, crimes provisions pecuniary and non-pecuniary, lawful legal acts, crimes price view options (enterprize, participation and mixed of crimes) and sanction and procedure in valued.

This 5977 numbered biosafety law in the coordinated crimes subject matter is have a place in.

Because, this law in the coordinated crimes subject matter, genetically modified organism, genetically modified organism and fruits and genetically modified organism obtained in constitute. The point in question this products, human health about be closely connected with. When considered from this point of view, the heart

\* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

of the matter is increase. This 5977 numbered biosafety law code, international treaties and texts is fall on stony ground in offer an opinion. This is why, this law in the crimes in operation recovered immediate concerns explicated. For example, in this context, in my state has phenomenal in the practice gives.

**Keywords:** biosafety law, crimes, subject matter, actus reus and mens rea, reasons of lawful, enterprise, participation, mixed of crimes, international treats.

## Genel Olarak

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu (BK), 18/3/2010 tarihinde kabul edilmiş, Resmi Gazetenin 27533 sayısında 26/3/2010 tarihinde yayınlanmıştır.

BK'nın amacı, 1. maddede, 'Bilimsel ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilen genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla biyogüvenlik sisteminin kurulması ve uygulanması, bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemektir' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu kanun, ülkemizde henüz tam anlamıyla bilinmemektedir. Bu nedenle de, bu kanun üzerinde gereği gibi araştırma ve bilimsel çalışmalar yapılmamıştır. Konunun hukuksal boyutu da ihmal edilmiştir. Böylesine ağır hukuki ve cezai yaptırımlar öngören ve gıda ve içecek sektöründe faaliyet gösteren binlerce firmayı ilgilendiren inceleme konumuz olan bu kanunda düzenlenmiş suçlar konusunda herhangi bir bilimsel çalışmaya rastlayamadık. Bu bilimsel çalışmayla bu konudaki önemli eksikliğin giderilmesine katkı sağlamayı amaçladık.

BK m. 15'te, suç ve cezalar düzenlenmiştir.

BK m. 15'te dört farklı fıkraya yer verilmiş, her bir fıkrada suç oluşturan farklı hareketler ve farklı cezalar düzenlenmiştir.

**BK m. 15'te tek suç düzenlemesi mi var yoksa her bir fıkrada farklı suç düzenlemesi mi vardır?**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada yer alan düzenlemeler aynı suç tipi-

nin farklı işleniş şekilleridir. Bu nedenle bağımsız suç tipleri değildir. Bağımsız suç tipleri olarak kabul edilmemesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında fail lehine sonuç doğurur. Çünkü aynı suç işleme kararı kapsamında kanun maddesinin aynı fıkraları veya farklı fıkraların işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Eğer, bağımsız suç tipleri olarak kabul edilirse, aynı suç işleme kararı kapsamında kanun maddesinin, farklı fıkraların ihlal edilmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

### **Suç İle Korunan Hukuksal Değer**

BK m. 15'te dört farklı fıkra halinde düzenlenen suçlarda korunan hukuksal değer, kamu sağlığı (sağlık hakkı) dır. Toplum sağlıklı gıda tüketme hakkına sahiptir. Sağlıklı gıda tüketme, sadece kişiyi değil, bütün toplumu ilgilendirmektedir. Çünkü, sağlıksız gıda tüketen kişi, toplum içinde yaşadığı için bu tür sağlıksız gıdalardan doğabilecek bütün hastalıklar toplumu etkileyecektir. Ayrıca çevremizi tehdit eden birçok çevresel unsurla baş etmek de geleceğimiz açısından çok önem taşımaktadır. GDO ve GDO'lardan elde edilen ürünler biyoçeşitliliği etkileyebilmekte ve çevredeki bitkilerin doğal yapısını bozabilmektedir.

Ayrıca, çevre de korunmaktadır. Çünkü GDO ve GDO'lardan elde edilen ürünler, çevredeki bitkilerin doğal yapısını bozabilmektedir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, BK m. 15'te tek suçun bulunduğu dört farklı düzenlemenin tek suçun birer işleniş şekli olduğunu belirttik. Bu nedenle alt başlıklarda suç kelimesine, başlıkların altında ise suçlar kelimesine yer verilecektir. Çünkü dört farklı fıkrada aynı suçun birden çok işleniş şekili bulunmaktadır.

### **Suçun Konusu**

Suçun konusu kendi içinde suçun hukuki konusu ve suçun maddi konusu olarak ikiye ayrılır.

#### **1) Suçun Hukuki Konusu**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçların hukuki konuları, suç ile korunan hukuksal değer ile aynıdır. Bu nedenle, bu suçun hukuki konusu, kamu sağlığı (sağlık hakkı) dır.

Bu suçlar, konu bakımından tehlike suçudur. Tehlike suçu olarak da soyut tehlike suçudur. Bu nedenle, zarar suçu değildir.

## 2) Suçun Maddi Konusu

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçların maddi konusu, Genetik yapısı değiştirilmiş organizma (GDO), GDO ve ürünler ve GDO'lardan elde edilen ürünlerdir.

GDO, GDO ve ürünler ve GDO'lardan elde edilen ürünler ne anlama gelmektedir?

BK m. 2/1-i'ye göre, 'Genetik yapısı değiştirilmiş organizma (GDO): Modern biyoteknolojik yöntemler kullanılmak suretiyle gen aktarılarak elde edilmiş, insan dışındaki canlı organizmayı' ifade eder.

BK m. 2/1-j'ye göre, 'GDO'lardan elde edilen ürünler: Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilmekle birlikte GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünleri' ifade eder.

BK m. 2/1-j'ye göre, 'GDO ve ürünleri: Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO'lardan oluşan ürünleri' ifade eder.

## Suçun Faili

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçların faili, BK m. 15'te dört farklı fıkra halinde düzenlenen ve suç olarak kabul edilen yasaklanmış hareketleri işleyen herkes olabilir. Bu nedenle, özgü suç değildir.

## Suçun Mağduru

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçların mağduru, toplum (kamu) dur. Çünkü suçun mağduru suç ile korunan hukuksal değerlerin sahibidir. Suç ile korunan hukuksal değer, kamu sağlığı (sağlık hakkı) dır.

## Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru kendi içinde; hareket, netice ve nedensellik bağı olarak üçe ayrılarak incelenebilir.

## 1) Hareket

BK m. 15'te dört farklı fıkra halinde düzenlenen suçlar, hareket bakımından sırf hareket suçudur.

BK m. 15'te dört farklı fıkra halinde düzenlenen suçlarda, suç oluşturan birden fazla harekete yer verilmiştir. Bu nedenle her bir fıkrada suç olarak kabul edilen hareketleri ayrı ayrı incelemek gerekir.

### a) BK m. 15/1'de Suç Olarak Kabul Edilen Hareketler

BK m. 15/1'e göre, 'GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ithal eden, üreten veya çevreye serbest bırakan kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır'.

Bu düzenlemede suç olarak kabul edilen hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

İthal etmek hareketi, Türkiye sınırları dışından bu Kanun hükümlerine aykırı GDO ve ürünlerini Türkiye sınırları içine sokmak veya girdirmek şeklinde anlaşılmalıdır.

Türkiye sınırları ifadesi, kara ve karasuları sınırları şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü bu durumda kamu sağlığı tehlikeye girmektedir. Bu nedenle, farazi ülke kapsamında kabul edilen Türkiye Cumhuriyetine veya Türkiye Cumhuriyeti'nin vatandaşına ait deniz, demiryolu veya hava (sivil veya askeri fark etmez) araçlarına GDO ve ürünlerini koymak veya sokmak bu suçu oluşturmamalıdır. Yani, ithal kelimesi korunan hukuksal yarar açısından bakılarak dar yorumlanmalıdır.

Çevreye serbest bırakmak, GDO ve ürünlerindeki gıda güvenliğine zarar verecek maddelerin başka gıdalara veya ürünlere bulaşmasını sağlayacak şekilde salıvermek ya da denetimsiz bırakmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, GDO ve ürünlerin mutlaka gıda veya gıda yapımında kullanılacak ekim halinde bulunan yerlere bırakılması veya salıverilmesi zorunlu değildir. Burada bir denge kurulmalıdır. Çevre kelimesi ne sınırsız bir anlamda kullanılmalı ne de belirli bir bölgeyle sınırlandırılmalıdır. Burada ölçü, GDO ve ürünlerin denetimsiz bırakılması halinde başka gıda ürünlerine veya gıdaya dönüştürülebilecek bitkilere bulaşma imkân ve ihtimali olan çevreyi tespit etmek gerekir. Bu tespit her somut olaya soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından yapılacaktır.



Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu düzenlemede seçimlik hareketli bir suçta yer verilmiştir. Çünkü bu düzenlemedeki suç, iki farklı hareket ile işlenebilir. Bu hareketler arasında 'veya' bağlacı kullanılmıştır.

Bu suçta oluşturan seçimlik hareketler, icrai şekilde işlenebilir.

Bu suçta oluşturan seçimlik hareketler, serbest hareketlerdir. İthal etme veya çevreye serbest bırakma, değişik şekillerde işlenebilir.

### **b) BK m. 15/2'de Suç Olarak Kabul Edilen Hareketler**

BK m. 15/2'ye göre, 'Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO'lu ürünlerini, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışa arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulandıran kişi, dört yıldan dokuz yıla kadar hapis ve yedi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır'.

İthal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanmak kelimesi, GDO'ları veya GDO'lu ürünlerini insan sağlığına tehdit oluşturacak şekilde kullanmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, insan sağlığına tehdit oluşturmayacak şekilde kullanmalar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

**GDO ve ürünlerini, satışa arz etmek,** GDO'ları veya GDO'lu ürünlerini üçüncü kişilerin satın alabilecekleri yer ve ortamda satmak amacıyla bulandırmak şeklinde anlaşılmalıdır.

**GDO ve ürünlerini satmak,** GDO'ları veya GDO'lu ürünlerini karşılıklı irade açıklaması ile üçüncü bir kişiye satmak şeklinde anlaşılmalıdır. Satma, borçlar hukuku anlamında şekil şartlarına bağlı olmak zorunda değildir. Yine, satış sözleşmesi yeterli sayılmalı, ayrıca edimin ifa edilip edilmediği önemli sayılmamalıdır.

**GDO ve ürünlerini devretmek,** GDO'ları veya GDO'lu ürünlerinin mülkiyetini veya zilyetliğini bir üçüncü kişiye geçirmek şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak, fiilen geçirmeye gerek yoktur. İradi olarak bu yönde anlaşma yeterli sayılmalıdır.

**GDO ve ürünlerinin bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak,** 'ya da' bağlacından sonra 'GDO ve ürünlerinin bu özel-

liğini bilerek ve ticari amaçla' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, 'ya da' bağlacından önce suç olarak kabul edilen hareketlerden önce yer almamaktadır. Burada iki soruya cevap aranmalıdır: 1) Bu ifade nasıl anlaşılmalıdır? 2) Bu ifade kendisinden sonra gelen ve suç olarak kabul edilen bütün hareketleri kapsamakta mıdır?

Bize göre, ilk sorunun cevabı olarak, bu ifadenin, doğrudan kastı ifade ettiği söylenmelidir. Bu nedenle, bu ifadenin kapsamına giren hareketler ancak doğrudan kastla işlenebilir. İkinci sorunun cevabı olarak, bu ifade kendisinden sonra gelen bütün suç teşkil eden hareketleri kapsamaktadır.

**GDO ve ürünlerinin bu özelliğini bilerek kabul etmek**, GDO'ları veya GDO'lu ürünlerinin mülkiyetini veya zilyetliğini almayı kabul etmek şeklinde anlaşılmalıdır. Fiilen almak gerekmez. Bu yönde irade açıklamak yeterli sayılmalıdır.

**GDO ve ürünlerinin bu özelliğini bilerek nakletmek**, GDO'ları veya GDO'lu ürünleri buldukları yerden başka bir yere taşımak şeklinde anlaşılmalıdır.

**GDO ve ürünlerinin bu özelliğini bilerek buldurmak**, GDO'ları veya GDO'lu ürünleri belirli bir yerde zilyetlik veya malik sıfatı ile tutmak şeklinde anlaşılmalıdır.

Bu suçu oluşturan seçimlik hareketler, icrai şekilde işlenebilir.

Bu suçu oluşturan seçimlik hareketler, serbest harekettirler. İthal etme veya çevreye serbest bırakma, değişik şekillerde işlenebilir.

### c) BK m. 15/3'te Suç Olarak Kabul Edilen Hareketler

BK m. 15/3'e göre, 'Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'lardan elde edilen ürünleri, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışı arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulduran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır'.

Bu fıkra ile BK m. 15/2 (bir önceki fıkra arasında), suç teşkil eden hareketler bakımından fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu hareketler, yukarıda açıklanan anlamlar ile aynı anlama sahiptirler.

### **Peki, bu iki fıkra arasındaki fark nedir?**

Bu iki fıkra arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: BK m. 15/2'de, 'Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya **işlenen GDO'lar veya GDO'lu ürünler**' bulunmaktadır. Bu fıkroda ise, 'Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya **işlenen GDO'lardan elde edilen ürünler**', bulunmaktadır.

Daha açık ifade etmek gerekirse, BK m. 15/2'de, işlenen **GDO'lar veya GDO'lu ürünler**'den bu fıkroda ise **işlenen GDO'lardan elde edilen ürünler**'den bahsedilmektedir.

### **Peki bu kavramlar ne anlama gelmektedir?**

Bu kavramların ne anlama geldikleri, kanunun 'tanımlar' başlığı altındaki 2. maddede belirtilmiştir. Buna göre,

BK m. 2/1-k'ye göre, **GDO ve ürünleri**: 'Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO'lardan oluşan ürünleri' ifade etmektedir.

BK m. 2/1-j'ye göre, **GDO'lardan elde edilen ürünler**: 'Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilmekle birlikte GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünleri' ifade etmektedir.

#### **d) BK m. 15/4'te Suç Olarak Kabul Edilen Hareketler**

BK m. 15/4'e göre, 'Yalan beyanda bulunarak bu Kanun hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini alan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması halinde, ayrıca yukarıdaki fıkralardaki hükümlere göre cezaya hükümlenir'.

**Yalan beyanda bulunarak bu Kanun hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini almak**, yalan beyana dayanarak GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için resmi makamların onayına bağlı ithal izni alma şeklinde anlaşılmalıdır.

Bu düzenlemede suç olarak kabul edilen hareket, bağlı hareketli bir suçtur. İki hareket birbirine bağlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle, yalan beyanda bulunmadan mevzuatta belirtilen belge ve bilgiler yetkili otoriteye sunulurken GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için izin alınır, bu suç oluşmayacaktır.

İlk hareket yalan beyanda bulunmaktır. Yalan beyanda bulunmak, gerçeğin ya tamamen dışında beyanda bulunulması ya da bir kısmının beyanda bulunulması şeklinde anlaşılmalıdır. Gerçeğin tamamen dışında beyanda bulunulması, gerçeğin hiç belirtilmemesi şeklinde de ifade edilebilir. Yine, gerçeğin bir kısmının beyanda bulunulması, gerçeğin bir kısmının saklanması şeklinde de ifade edilebilir.

İkinci hareket, ilk harekete bağlı olarak, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için izin almaktır. Bu iki hareket arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu nedenle, yalan beyanda bulunulmadan ve fakat mevzuata aykırı olarak, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için izin alınır, bu suç oluşmayacaktır. Ancak, başka suçlar oluşabilir. Örneğin rüşvet suçu işlenerek izin alınabilir. Bu durumda, sadece rüşvet suçu oluşacaktır.

Yalan beyanda bulunulmasına rağmen, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için izin alınamazsa, suç, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Kanunda, 'fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, bu düzenlemenin yardımcı norm özelliğine sahip olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bu düzenleme, normların görünüşte içtimai açısından yardımcı norm özelliğine sahiptir.

Yalan beyanda bulunmak, TCK m. 206'da bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu fıkrada ise, suçun ilk hareketi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, TCK m. 206 burada uygulanmamalıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu fıkra başta olmak üzere diğer fıkralarda suç olarak kabul edilen hareketlerin konusunu oluşturan GDO'lar veya GDO ve ürünlerinin; miktarı, değeri, cinsi, rengi veya ağırlığı önemli değildir. Ancak, miktar veya değer azlığı, uygulan-

çok cezaya etki edebilir. Örneğin, miktar veya değer bakımından çok az ise, temel ceza alt sınırdan belirlenebilir. Önemsiz denecek kadar az veya insan sağlığına olumsuz etki etmeyecek kadar az ise, haksızlığın derecesinin düşüklüğü nedeni ile ceza verilmeyebilir.

### **Biyogüvenlik Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından kanundan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar şu şekilde belirtilebilir**

1) Biyogüvenlik Kanunu'nda sıfır GDO kabul edilmiştir. Bu kanun yapılırken uluslar arası (Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü/FAO, Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi/EFSA, Dünya Sağlık Örgütü/WHO) ve Avrupa Birliği (AB) mevzuatı esas alınmamıştır.<sup>1</sup>

2) Biyogüvenlik Kanunu'nda sıfır GDO kabul edildiği için bilirkişi incelemesinde GDO var veya yok tespiti yapılmaktadır. Bu nedenle, GDO'nun var tespitinin yapılması halinde, Biyogüvenlik Kanunu'nda düzenlenen suçun olduğu kabul edilmektedir. Oysa, Avrupa Birliği (AB) 1829/2003 ve 1830/2003 yasal düzenlemelerinde bulaş değeri %0,9 olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir gıda üründe %0,9'a kadar GDO bulunursa ürün GDO'lu olarak değerlendirilmemektedir.<sup>2</sup>

3) Amerika ve Avrupa'nın gelişmiş ülkelerinde GDO'lu ürünlerin incelenmesi için bulunan teknolojik altyapı Türkiye'de bulunmamaktadır. Hem yeterli teknolojik cihazlar, araçlar hem de bu alanda yetişmiş insan bulunmadığı için, yapılan bilirkişi incelemeleri basit düzeyde kalmaktadır. Basit düzeyde yapılan bilirkişi incelemeleri, ceza soruşturmasına esas alınmakta ve Biyogüvenlik Kanunu'nda öngörülen cezaların oranını yüksek olması nedeniyle ağır cezai yaptırımlar gündeme gelmektedir. Bu yaptırımlar, işlenen haksızlık ile orantısızdır. Aynı zamanda hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Örneğin BK m. 15/1'de düzenlenen suçun cezası, 'beş yıldan on iki yıla kadar hapis' cezasıdır. Somut olayda, bir kişinin kusuru olmaksızın bir ürüne GDO bulaşmış olabilir. Bu durumda, kusursuz olarak bir kişiye 'beş yıldan on iki yıla kadar hapis' cezası uygulanabilecektir. Çünkü GDO'suz bir ürüne GDO bulaşımı çok kolay olabilmektedir. GDO'suz bir ürüne GDO, taşıma sırasında, laboratuvarından, ambarın altındaki tozdan

<sup>1</sup> Selim Çetiner, <http://ekonomi.haber7.com/sectorler/haber/1013468-sabanci-universitesinden-gdo-guvencesi>. Erişim tarihi, 1.4.2014.

<sup>2</sup> Selim Çetiner, <http://ekonomi.haber7.com/sectorler/haber/1013468-sabanci-universitesinden-gdo-guvencesi>. Erişim tarihi, 1.4.2014.

veya laboratuvarında daha önce test yapılan başka ürünlerden de bulaşabilir. Nitekim Mersin Limanı'nda bulunan çeltik olayında, söz konusu çeltiklerde, Amerika ve Almanya'da yapılan testlerde GDO'ya rastlanmazken, Türkiye'de akıl karıştırıcı şekilde 5 farklı sonuç çıkmıştır.<sup>3</sup>

**4) Yapılması gerekenler nelerdir?** Yapılması gerekenler şu şekilde ifade edilebilir:

a) Biyogüvenlik Kanunu uluslararası ve Avrupa Birliği mevzuatına uyumlu hale getirilmesidir.

b) Türkiye'de GDO'lu ürünlerin incelenmesi için dünyada bulunan en ileri teknolojik alt yapı oluşturulmalı ve bu ürünlerin incelemek için insan yetiştirilmelidir. Bu insanlar, hukuk uygulamasına önemli katkı sağlayacaklardır.

c) Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından "Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik Değişikliği" taslağı 4.09.2013 de görüşe açılmıştır. Bu taslak ile GDO bulaşısı tanımlanmaktadır. Uygulamada GDO ürünlerinin onaylanması, piyasaya arzı ve kullanımı konusunda sıkıntılar bulunmaktadır. Bu sıkıntılarının giderilebilmesi için Biyogüvenlik Kanununda düzenlemeye gidilmesi gerekir. Ancak, böyle bir düzenleme yapılanaya kadar, mevcut yönetmelikte değişiklik yapılarak, GDO Bulaşısı tanımının getirilmesi ile mevcut sorunların bir kısmı giderebilecektir. Ancak yönetmelikte değişiklik öngören taslak halen yayınlanmamıştır.<sup>4</sup>

Gıda ve yem sektörünün genetiği değiştirilmiş gıda ve yem kullanımından kaçınmalarına karşın bu maddeler tohum üretimi, ekim, hasat, nakliye, işleme ve depolama sırasında tesadüfî ve teknik olarak önlenemez şekilde geleneksel gıda ve yemde az miktarda bulunabilir. Bu gibi durumların önlenmesi için bir bulaşan tanımının ve bulaşan limitinin belirlenmesi gereklidir. Ürünlerde depolama, nakliye ve muhafaza esnasında veya çevresel faktörler nedeniyle GDO Bulaşanı tespit edilmesi, söz konusu ürünlerin Biyogüvenlik Kanununun 15. maddesinde belirtilen GDO'lu ürün olduğunu göstermemektedir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Selim Çetiner, <http://ekonomi.haber7.com/sectorler/haber/1013468-sabanci-universitesinden-gdo-guvencesi>. Erişim tarihi, 1.4.2014.

<sup>4</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

<sup>5</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş

**GDO Bulaşanı:** Genetik modifikasyon teknolojisi uygulanan veya uygulanmayan bir üründe, birincil üretim aşaması dahil üretim, imalat, işleme, hazırlama, işleme tabi tutma, ambalajlama, paketleme, nakliye veya muhafaza sırasında ya da çevresel faktörler ile bulaştığı tespit edilen onaylı veya onaysız GDO'ları

**Bulaşı değeri:** Bir ürünün tesadüfi veya teknolojik olarak önlenemeyen bulaşı sonucu GDO içerdiğinin kabul edilebileceği üst limit.

Ülkemizde onaylı olmayan ancak AB başta olmak üzere diğer ülkelerde onaylı olan GDO ürünlerin ithalatında aynı limanlar, aynı kamyonlar, aynı yükleme ekipmanları ve aynı gemiler kullanıldığından bulaşı kaçınılmaz olmaktadır. AB Dünya ticaretine konu olan neredeyse tüm GDO'ları onaylayarak önlemini almıştır. Bu nedenle AB'de onaysız genler için toleransın sıfır olarak uygulanması normal karşılanabilirken ancak ülkemizde bunun uygulanması mümkün görülmemektedir. AB ve diğer ülkelerde yeni GDO'lar onaylandıkça çevresel etmenler, ortak depolama ve taşıma süreçleri gibi nedenlerden dolayı teknolojik açıdan alınabilecek tüm önlemlere rağmen ürünlerimize GDO bulaşma riski gün geçtikçe artmaktadır. İthal gıda ve yem maddelerinin önlenemeyen bulaşı sonucu GDO içermesi nedeniyle bu ürünleri taşıyan gemilerimizin bekletilme ve geri çevrilme olasılığı da bu riskle birlikte gün geçtikçe artmaktadır. Bu nedenle uluslararası ticaretimizin engellenmeyip rekabet gücümüzün düşürülmemesi için bulaşan limitinin yönetmelikte tanımlanması ve yürürlüğe girmesi önemlidir. AB 1829/2003 ve 1830/2003 yasal düzenlemelerine uygun olarak bulaşı değerinin %0,9 olarak belirlenmelidir.<sup>6</sup>

Metinde geçen ölçüm limiti ifadesinden GDO analizinin yapıldığı cihazının ölçüm limiti anlaşılmaktadır. Herhangi bir analiz yönteminin ölçüm limiti bu analiz yöntemiyle tespit edilebilecek en düşük miktarı ifade etmektedir. Bu nedenle herhangi bir analiz yönteminin ölçüm limiti altında bir değer tespiti bilimsel açıdan mümkün olmadığından ilgili maddede belirtilen miktar analizlerinde ölçüm limitinin

---

organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

<sup>6</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

altında GDO tespitinin de olması mümkün olmayacaktır. Ayrıca ölçüm limiti laboratuvarlarda uygulanan analiz yöntemine göre değişkenlik göstereceğinden GDO bulaşanı olarak belirleme miktarı her laboratuvar ve analiz yöntemine göre değişkenlik gösterecektir. Açıklamalar doğrultusunda standart ve uygulanabilir bir işleyiş için bu ifadenin yapılan bulaşan tanımına da uygun olarak “bulaş değeri” olarak değiştirilmelidir.<sup>7</sup>

Analize alınan üründe GDO varlığının tespit edilmesi halinde; tespit edilen GDO'nun analizi yapılan ürün dışındaki bir ürüne ait olması veya yapılan miktar analizlerinde GDO miktarının bulaş değerinin altında belirlenmesi durumunda GDO bulaşanı olarak değerlendirilir.<sup>8</sup>

GDO bulaşanı olan ürünlerde bulaş olarak tespit edilen gen Biyogüvenlik Kurulu tarafından onaylanmış ise kullanımına izin verilmesi, onaylanmamış ürünler için ise belirlenecek olan bulaş değeri göz önüne alınarak kullanımına izin verilmesi sistemin işleyişini rahatlatacaktır.<sup>9</sup>

**d)** AB'nin onaylamış olduğu GDO'lu ürünlerin Türkiye'de de onaylanması sesli bir şekilde düşünülmeli ve bilimsel temeller ışığında tartışılmalıdır.<sup>10</sup>

**e)** Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesine göre, '(Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır'.

<sup>7</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

<sup>8</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

<sup>9</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

<sup>10</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.



Beslenme en temel hak ve özgürlüklerden biridir. Konuya bu açıdan da bakılabilir. Bu açıdan bakıldığında, AB 1829/2003 ve 1830/2003 yasal düzenlemeleri, BK'nun uygulanmasında dikkate alınabilir. Ancak, Türkiye'nin bu yasal düzenlemeyi imzalayıp onaylayarak iç hukukun bir parçası haline getirip getirmediğine göre hareket edilmelidir.

f) Ülkemize ithal edilen ürünlerin taşındığı gemilerde daha önce taşınmış GDO'lu ürünlerden GDO bulaşımını önlemek veya kaçınmak neredeyse imkânsızdır.<sup>11</sup> Bu ve benzeri durumlarda bulaşından kaçınmanın imkânsız olduğu durumlarda, ortada kusurlu iradeye dayanan bir hareket bulunamayacağı için, cezai sorumluluk da bulunmayacaktır. Çünkü kusursuz suç ve ceza olmaz.

## 2) Netice

BK m. 15'te dört farklı fıkroda düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, bu düzenlemelerdeki suçların oluşabilmesi için ayrıca somut bir zarar veya neticenin gerçekleşmesi istenmemiştir. Dolayısıyla, BK m. 15'te suç olarak düzenlenen yasaklanmış hareketlerin işlenmesi ile birlikte suç tamamlanacaktır. Başka bir ifadeyle, BK m. 15'te düzenlenen suçların oluşabilmesi için, bu suçlar ile korunan hukuksal değer olarak; insan sağlığı ve çevrenin somut anlamda bir zarar görmesi aranmamıştır. Zarar görme tehlikesi yeterli görülmüştür.

## 3) Nedensellik Bağı

BK m. 15'te dört farklı fıkroda düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

## Suçun Manevi Unsuru

BK m. 15'te dört farklı fıkroda düzenlenen suçlar, ancak kasten işlenebilirler. Bu nedenle taksirle işlenemezler.

BK m. 15'te dört farklı fıkroda düzenlenen suçlarda kast, hem doğrudan hem de olası kast şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak, BK m. 15/2 ve 15/3'te özel kastla işlenebilen bir düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>11</sup> Türkiye Gıda ve İçecek Dernekleri Federasyonunun genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlere dair yönetmelikte değişiklikte yapılmasına ilişkin değişiklik taslağı önerisi.

BK m. 15/2'de suç olarak kabul edilen hareketlerden GDO ve ürünlerinin '**bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla**' satın alma, kabul etme, nakletme veya bulundurma hareketleri ancak özel kastla işlenebilir. Bu nedenle, olası kastla işlenemez.

BK m. 15/3'te suç olarak kabul edilen hareketlerden GDO ve ürünlerinin '**bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla**' satın alma, kabul etme, nakletme veya bulundurma hareketleri ancak özel kastla işlenebilir. Bu nedenle, olası kastla işlenemez.

Ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk kabul edilmiştir. TCK m. 23'teki düzenleme bu anlayışın yasal dayanağıdır. Bir kişinin BK'nda yasak olarak kabul edilen hareketleri işlerken hiçbir kusurunun bulunmaması halinde, fail bu suçtan sorumlu tutulamaz. Örneğin, kaçınılamayan durumlarda, kişinin kusurundan bahsedilemez. Bir kişi, bir gıda ürününü taşıırken GDO'lu başka bir üründen GDO bulaşma ihtimali her zaman vardır. Kişi taşıdığı ürünün GDO'lu olmadığı bilerek taşıırken taşıdığı araçta daha önce GDO'lu ürün bulunmuş veya taşınmış ise, bu üründeki GDO kalıntıları çok rahat bir şekilde GDO'suz ürüne bulaşabilir. Yine, suç teşkil eden diğer hareketlerin maddi konusunu oluşturan gıda ürünlerine GDO bulaşabilir. Bazı durumlarda bu bulaşmanın önlenmesi mümkün olmayabilir. Yani karşı konulamayan bir durum söz konusu olabilir. Bu gibi durumların somut olayda araştırılması gerekir. Şirketlerin GDO bulaşmasını önleyici ön tedbirler alması bir yükümlülüktür. Bu ve benzeri tedbirlerin alınması halinde yine de GDO tespiti yapılırsa, artık kaçınılamaz bir durum söz konusu olacaktır.

*Uygulamada GDO'lu soya fasulyesini satın almak suretiyle BK m. 15/3'te düzenlenen suçu işlediği yönünde açılan davada, ilk derece mahkemesi, sanığın satın aldığı soya fasulyesinin GDL'lu olduğunu bilmediği, bu nedenle suç işleme kastının bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı vermiştir. T.C. Konya 10. Asliye Ceza Mahkemesi, Esas:2013/60, Karar: 2013/517.*

## **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler**

### **1) Hukuka Uygunluk Nedenleri**

#### **a) Meşru Savunma**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından meşru savunma hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

### **b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

### **c) Hakkın Kullanılması**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

### **d) İlgilinin Rızası**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, bu suçlar bakımından rıza gösterecek kişi, toplumdur.

## **2)Kusurluluğu Kaldıran Nedenler**

### **a) Zorunluluk Hali**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından zorunluluk hali hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

### **b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

### **c) Cebir, Tehdit**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından, cebir veya tehdit hükümleri uygulanabilir. Örneğin, BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar, bir başkasının cebir veya tehdidi sonucu işlenmek zorunda kalınmışsa, suçun faili, bu hareketlere maruz kalarak suçu işleyen değil, bu hareketleri yaparak suçu işleten kişi veya kişiler olacaktır.

### **d) Hata**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından, hata hükümleri uygulanabilir. Özellikle, suçun maddi konusu üzerinde hata yapılabilir. Yani, örneğin kişi sattığı gıda ürününün GDO'lu, GDO ürünleri veya GDO'lardan elde edilen ürünlerden biri olduğunu

bilmeyebilir. Somut olayda, bilmesi de beklenmeyebilir. Bu durumda, failin kastının bulunmaması, bu suçların da taksirle işlenemeyecek olması nedeniyle, cezai sorumluluk yoluna gidilemeyecektir.

### **Suçun Tamamlanması**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar, sırf hareket suçları oldukları için, kanunda suç olarak düzenlenmiş olan hareketlerden birinin işlenmesi ile suç tamamlanır.

### **Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

#### **1)Teşebbüs**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar, sırf hareket suçları oldukları için, eğer, hareketler kısımlara bölünebiliyorsa, teşebbüs mümkün olacaktır. Bölünemiyorsa, teşebbüs mümkün olmayacaktır.

#### **2)İştirak**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından iştirak özellik göstermez. Bu nedenle iştirakin her şekli mümkündür.

#### **3)İçtima**

##### **a) Bileşik Suç**

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar bakımından bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

##### **b) Zincirleme Suç**

TCK m. 43'te düzenlenen koşulların gerçekleşmesi halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilir.

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar, eğer bağımsız suç düzenlemesi kabul edilirse, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, birden çok işlenen suçun aynı fıkrada düzenlenen suç olması gerekir.

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar, eğer bağımsız suç düzenlemesi kabul edilmeyip, bu suçun birer işleniş şekilleri olarak kabul edilirse, birden çok işlenen suçun aynı fıkrada düzenlenen suç olması gerekmez. Farklı fıkralarda düzenlenen suçların işlenmesi

halinde de, zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Biz, bu ikinci kabulü benimsiyoruz.

### c) Fikri İçtima

Koşulları gerçekleştiği takdirde, fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

### d) Normların Görünüşte İçtiması

BK m. 15/4 - ilk cümle, normların görünüşte içtimasının bir türü veya şekli olarak yardımcı norm niteliğindedir.

Burada, BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçlar ile TCK m. 186'da düzenlenen 'Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti' suçu arasındaki ilişki gündeme gelebilir.

TCK m. 186/1'e göre, 'Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası verilir'.

Bu düzenlemede '...değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran' ifadesi, BK m. 15/2 veya 3 ile ilişki içinde olabilir.

BK m. 15/2 veya 3 ile TCK m. 186/1 arasında normların görünüşte içtima söz konusudur. Çünkü her ikisi düzenlemede 'kamu sağlığını korumak' istenmektedir. BK m. 15/2 veya 3, daha özel norm olduğu için, özel normun önceliği ilkesi gereği, sadece BK m. 15/2 veya 3'ten cezai sorumluluk yoluna gidilmelidir.

### e) Gerçek İçtima

BK m. 15/4'te gerçek içtima düzenlemesine yer verilmiştir.

BK m. 15/4'e göre, 'Yalan beyanda bulunarak bu Kanun hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini alan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması

halinde, ayrıca yukarıdaki fıkralardaki hükümlere göre cezaya hükümlenir’.

Bu düzenlemeye göre, BK m. 15/4 – ilk cümlede düzenlenen suçtan dolayı cezai yaptırım uygulanacaktır. Daha sonra, bu suç işlendikten sonra, BK m. 15/4 – ikinci cümleye göre, GDO’ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO’lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması, BK m. 15/2 veya 3’te suç olarak düzenlendiği için ayrıca bu suçlardan da cezai yaptırım uygulanacaktır. Kısaca, BK m. 15/4 – ilk cümle ile ikinci cümle içtima etmektedir.

Ancak, burada önemli bir husus atlanmıştır. Bu atlanan önemli husus şudur: BK m. 15/1, 2, 3’te GDO’ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO’lardan elde edilen ürünlerin ‘işlenmesi’ suç olarak düzenlenmemiştir. İşlenme kelimesi, ilk defa burada geçmektedir. Ancak, cezai sorumluluk bakımından yukarıdaki fıkraya gönderme yapılmıştır.

**Peki, bu durumda işlenme kelimesinden dolayı nasıl cezai sorumluluk belirlenecektir? GDO’ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO’lardan elde edilen ürünlerin ‘işlenmesi’ halinde cezai sorumluluğun kabul edilmesi, kanunilik ilkesine aykırılık oluştur mu?**

İlk önce, işleme kelimesinin ne anlama geldiğini belirlemek gerekir. İşleme kelimesi, BK m. 2/1-m’de tanımlanmıştır.

BK m. 2/1-m’ye göre, işleme kelimesi ‘GDO ve ürünlerinin, gıda, yem veya diğer amaçlarla kullanılmasını sağlamak için yapılan ve ürünün ilk halini önemli ölçüde değiştiren herhangi bir faaliyeti’ ifade eder.

Bize göre, kanun koyucu, işlenme kelimesini buraya koyarken bilinçsizce hareket etmiştir. Yukarıda suç teşkil eden seçimlik hareketlerden biri olarak kabul etmiştir. Ancak, bu açıkça düzenlenen seçimlik hareketlerin içinde bulunmamaktadır. BK, 15/4 –ikinci cümle, yardımcı norm niteliğindedir. Burada kural belirtilmiş (yasaklanan hareket belirtilmiş) yaptırım için yukarıdaki fıkralara gönderme yapılmıştır. Ancak, yukarıdaki fıkralarda işlenme kelimesine (suç olarak kabul edilen harekete) yer verilmediği için hangi fıkraya göre cezai sorumluluk yoluna gidileceği belirli değildir. **Bu nedenle, cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.**

## Yaptırım

### 1)Hapis ve Adli Para Cezası

BK m. 15/1'de, 'beş yıldan on iki yıla kadar **hapis** ve on bin güne kadar **adli para cezası**' öngörülmüştür.

BK m. 15/2'de, 'dört yıldan dokuz yıla kadar **hapis** ve yedi bin güne kadar **adli para cezası**' öngörülmüştür.

BK m. 15/3'te, 'üç yıldan yedi yıla kadar **hapis** ve beş bin güne kadar **adli para cezası**' öngörülmüştür.

BK m. 15/4'te, ceza bakımından BK m. 15/3'e gönderme yapılmıştır.

### 2)İdari Para Cezası ve Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

BK m. 15/5'e göre, 'Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmesi halinde, bu tüzel kişiye yüz bin Türk Lirasından iki yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir ve **ayrıca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur**'.

BK m. 15/5'te, 'Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında hem idari yaptırım hem de güvenlik tedbiri uygulanabilecektir'.

**Peki, bu düzenleme, non bis in idem ilkesi ile bağdaşır mı? Yine, bu düzenleme Kabahatler Kanunu (KK) m. 15/3'teki düzenleme ile bağdaşır mı?**

Non bis in idem ilkesi, aynı kişi ve aynı fiil hakkında birden fazla aynı tür yaptırım uygulanmamasını ifade eder. Bu düzenlemede öngörülen yaptırımların türü farklıdır. Bu nedenle, bu düzenleme, non bis in idem ilkesine aykırı değildir.

KK m. 15/3'e göre, 'Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır'.

BK m. 15/6'da, KK m. 15/3 ile uyum içinde olan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

BK m. 15/6'a göre, 'Bu Kanununun 7 nci maddesinde düzenlenen yü-

kümlülükleri yerine getirmeyen başvuru sahiplerine, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, her bir yükümlülük ihlali dolayısıyla on bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir’.

**Peki, BK m. 15/7’de yer alan düzenleme nedir? Başka bir ifadeyle, bu kanunda düzenlenen kabahat nedir?**

BK m. 15/7’a göre, ‘GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kapalı alanda kullananlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, on bin Türk Lirası idari para cezası verilir’.

Bu düzenlemede, suç oluşturmadığı takdirde, kabahat oluşturan hareket, ‘GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kapalı alanda kullananlarda kullanmaktır’.

BK m. 15/2’de, ‘Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen **GDO’ları veya GDO ve ürünlerini**, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanmak’ suç olarak düzenlenmiştir.

BK m. 15/3’te, ‘Bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen **GDO’lardan elde edilen ürünleri**, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanmak’ suç olarak düzenlenmiştir.

Yukarıda ilgili bölümde de ifade edildiği gibi, BK m. 15/3, BK m. 15/2’den farklıdır. Bu fark, burada, koyu harfler ile gösterilmiştir.

Suç oluşturan hareket, ‘kullanmaktır’. Kabahat oluşturan hareket ise, ‘kapalı alanda kullanmaktır’.

Kapalı alanda kullanmak, kullanmak kelimesinin anlamı veya kapsamı içindedir. Bu nedenle, kapalı alanda kullanmak da suç oluşturur. Bu durumda, BK m. 15/7’a göre, sadece suçtan sorumluluk yoluna gidilecektir.

Son olarak, şu hususa değinmek yerinde olur. BK m. 15/7’de, ‘**GDO ve ürünlerini** bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kapalı alanda kullanmak’ suç oluşturmadığı takdirde kabahat oluşturup idari para cezası öngörülmüştür. Bu durumda, **GDO’lardan elde edilen ürünlerin** kapalı alanda kullanılması bakımından idari para cezası öngörülmüştür. Ancak, sonuç bakımından değişen bir şey yoktur. Böyle bir düzenleme bulunsaydı bile, BK m. 15/3’te kullanmak kelimesine yer verildiği için, kullanmak hareketi kapalı alanda kullanmayı da içerdiği için ayrıca idari para cezası uygulanmayacaktı.



## Ceza Muhakemesine İlişkin Sonuçlar

### 1) Şikâyet

BK m. 15'te dört farklı fıkrada düzenlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında şikâyet koşulu aranmamıştır. Bu nedenle, re'sen soruşturulup kovuşturulacaktır.

### 2) Yeterli Şüpheye Ulaşılamaması Nedeniyle Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı

Uygulamada, Cumhuriyet savcılığı kakaolu fındık kremasından alınan numunelerde GDO tespit edilmesi üzerine başlattığı soruşturma sonucunda tarafların ifadelerini almıştır. Bu ifadeler kapsamında kakaolu fındık kreması üreten X şirketi verdiği ifadesinde; kakaolu fındık kremasını üretmek için aracı veya tedarikçi Y şirketinden soya unu aldıklarını, bu şirketin de sattıkları unlarında GDO barındırmadığına ilişkin sertifikalarının bulunduğu, bu sertifikaya güvenerek un aldıklarını beyan etmiştir. Tedarikçi şirket, unu üreten şirket olan Z şirketinden satın aldıklarını, bu şirketin de ürünlerinde GDO içermediğine ilişkin sertifikalarının bulunduğunu, bu sertifikaya güvendiklerini, bu ürünlerde GDO tespit edilmesi üzerine ticari ilişkilerini bitirdiklerini belirtmişlerdir. Unu üreten şirket olan Z şirketi ise, soya unu, soya küspesi ve soya fasulyesi üretimi, paketlenmesi ve piyasaya arz edilmesi konusunda sorumlu şirketlerin olduğunu belirtmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesinde, GDO'lu ürünlerde birbirini takip eden birden çok silsilenin olduğu, bu silsile içinde kimin sorumlu olacağı tespit edilmediği belirtilmiştir. Cumhuriyet savcılığı tarafların bu ifadeleri ve bilirkişi değerlendirmesini birlikte değerlendirerek, tarafların suçu işlediklerine dair **yeterli şüpheye ulaşamadığı gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı** vermiştir. T.C. Çumra Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No: 2012/831, Karar no: 2013.

### 3) Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Gereğince Beraat Kararı

Uygulamada, kakaolu fındık kreması üreten X şirketinin üretim yerinde yapılan denetim sonucu elde edilen örneklerin bilirkişiye incelettirilmesi sonucu bu örneklerde DGO tespit edilmiş ve bunun üzerine dava açılmıştır. X şirketinin sahibi yaptığı savunmasında, davaya konu olan örneklerde GDO bulunduğuna ilişkin bilirkişi değerlendirmesi üzerine söz konusu örnekleri TÜBİTAK'a ve bir yabancı şirkete tekrar incelettirdiklerini bu incelemelerde

GDO tespit edilemediğini belirtmişlerdir. Mahkeme, sanığın denetim sonucu elde edilen örneklerde insan sağlığını tehlikeye atacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş nitelikte yenilecek ürün bulundurup sattığı yönünde **yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı başka delil elde edilemediği gerekçesi ile beraat kararı** vermiştir. T.C. Kayseri 6. Asliye ceza mahkemesi, Esas: 2013/464, Karar: 2013/6531.

Uygulamada, bir başka davada mahkeme, sanığın GDO'lu ürünü bu özelliğini bilerek satışa sunduğuna ilişkin, hiçbir delilin bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı vermiştir. Davaya konu olayda iddia makamı, gıda işi yapan X şirketinde yapılan denetim sonucu üzerlerinde NON GMO (Genetik Olarak Değiştirilmemiş) yazan 'Doğalsan Eti Kıyma' örnekleri alındığı, bu örneklerin Ankara İl Kontrol Laboratuvar Müdürlüğünde incelettirildiği, bu inceleme sonucunda bu örneklerde GDO tespit edildiği bu nedenle, Biyogüvenlik Kanunu'nun 15/2'de düzenlenen suçun oluştuğunu belirtmiştir. Savunma makamı, uzun süredir gıda işleri ile uğraştığını suçta konu Doğalsan Soya Eti'ni ithalatçı Y şirketi ithal ettiğini, ürünü ise Z şirketinden aldığını, suç tarihinde 5477 sayılı yasanın yürürlükte bulunmadığını, suçta konu GDO'nun eşit değerinin 1000/9'un altında yani 1000/1 olduğunu, suç işlemediğini belirtmiştir. Mahkeme ise, her ne kadar iddianamede sanığın 5977 sayılı biyogüvenlik kanununun 15/2'de düzenlenen suçtan dolayı cezalandırılması istenmişse de, suçun işlendiği tarihte bu yasanın uygulanmasının mümkün olmadığı, sanığın usulüne uygun şekilde ithal edilen **soya etini amaç ve alanı dışında kullandığı ve bu özelliğini bilerek satışa sunduğuna ilişkin hiçbir verinin bulunmaması nedeniyle beraat kararı** vermiştir. Ancak, mahkeme, sanığın hareketinin 5996 sayılı veteriner hizmetleri, bitki sağlığı Gıda ve Yem Kanunu m. 24/3'e aykırı olması nedeniyle sanık hakkında aynı kanununun 40. Maddesinin k bendine göre 10.000 TL idari para cezası uygulanması gerektiğini belirtmiştir. . T.C. Ankara 23. Asliye ceza mahkemesi, Esas: 2011/600, Karar: 2012/602.

## Sonuç

İnceleme sonucu ulaştığımız sonuçlar şu şekilde ifade edilebilir:

1) BK m. 15'te dört farklı fıkrada yer alan düzenlemeler aynı suç tipinin farklı işleniş şekilleridir.

2) Biyogüvenlik Kanunu'nda sıfır GDO kabul edilmiştir. Bu kanun yapılırken uluslararası (Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü/

FAO, Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi/EFSA, Dünya Sağlık Örgütü/WHO) ve Avrupa Birliği (AB) mevzuatı esas alınmamıştır, alınmalıdır.

3) Biyogüvenlik Kanunu'nda sıfır GDO kabul edilmiştir. Oysa, Avrupa Birliği (AB) 1829/2003 ve 1830/2003 yasal düzenlemelerinde bulaşıcı değeri % 0,9 olarak belirlenmiştir. Avrupa Birliği (AB) 1829/2003 ve 1830/2003 yasal düzenlemeleri, iç hukuka da yansıtılmalıdır. Kanun değişikliğinin zor olması dikkate alındığında, yönetmelik ile bu değişiklik yapılabilir.

4) Haksızlık (suç) ile yaptırım (ceza) arasında orantı bulunmalıdır. Bu evrensel bir hukuk ilkesidir. Bu ilkeye BK'nda uyulmadığı görülmektedir. Örneğin BK m. 15/1'de düzenlenen suçun cezası, 'beş yıldan on iki yıla kadar hapis' cezasıdır. Hem öngörülen ceza miktarının yüksekliği hem de cezaların alt ve üst sınırları arasındaki makas aralığının genişliği isabetli olmamıştır. Ceza miktarlarının azaltılarak, cezaların alt ve üst sınırları arasındaki makas aralığı daraltılarak temel cezanın tayininde hâkime tanınan takdir yetkisi de kısıtlanmalıdır.

Bu düzenlemeye göre, bir gıda ürününde % 0,9'a kadar GDO bulunursa ürün GDO'lu olarak değerlendirilmemektedir.

5) GDO'suz bir ürüne GDO, karşı konulamayan, öngörülemeyen veya kaçınılması mümkün olmayan birçok dış etkenden dolayı bulabilir. Bu gibi durumlarda, failde kusurlu hareketten bahsedilemez. Buna bağlı olarak da, cezai sorumluluk doğmaz. Çünkü kusursuz suç ve ceza olmaz. Somut olayda, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme bu durumları gözetmelidir.

# ESER SAHİBİNİN İZİNİ OLMAKSIZIN ESERİ UMUMA İLETİM SUÇU

## THE CRIME OF PUBLIC RECITATION WITHOUT AUTHOR'S PERMISSION (5846 Sayılı FSEK m. 71/1-1)

Sinan BAYINDIR\*

**Özet:** Eser sahibinin izni olmaksızın eseri umuma iletim suçu FSEK m. 71/1-1'de yer alan bir suç tipidir. Bu suç ile; eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarından olan eserin umuma iletim hakkının ihlali, yaptırım altına alınmaktadır. Eser sahibinin eseri üzerindeki mali hakkının bir şekli ve unsuru olan eseri umuma iletim hakkı, eser sahiplerinin fikri ürünler üretme, gelir elde etme hakları korunmak suretiyle teşvik edilmesi ve böylece eser sahibi mali açıdan da güçlü tutularak bilimsel ve kültürel gelişimin önü açılmış olmaktadır. 5846 sayılı yasada ceza normlarının özensiz hazırlanmış olması dolayısıyla suç tipinin arz ettiği özelliklerin saptanmasında ve uygulanmasında bir takım güçlükler ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma ile bir nebze de olsa bu konudaki düzenlemelere işaret edilerek FSEK'te yer verilen bu suç tipinin özellikleri ortaya konulmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Eser, Umuma İletim, Mali Haklar, Umuma İletim Suçu.

**Abstract:** Public recitation without the author's permission is a crime in FSEK m. 71/1-1. This crime sanctions the violation of the right of public recitation which is one of the economic rights of the author. Protection of their moral and economic rights encourages the authors for creating new works thereby opens the way for cultural and scientific development. Because of imprecise drawing up of the criminal norms in the Law no. 5846, it is hard to implement those norms and determine the elements of the crime. This work tries to determine the elements of this crime regulated in FSEK.

**Keywords:** Work, public recitation, economic rights and crime of public recitation.

---

\* Yrd. Doç. Dr. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## I. Giriş

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK ile uyum sağlamak amacıyla 5846 Sayılı FSEK'te yer alan cezai hükümlerde son olarak 23.01.2008 tarihli ve 2528 sayılı yasa ile bir takım değişikliklere gidilmiştir. Bununla birlikte FSEK'teki cezai normlarda da değişiklik öngören "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı" çalışmaları da halen sürmektedir<sup>1</sup>.

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS) 61. Maddesinde; üye ülkelerin fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ile sınai mülkiyet haklarının ihlali halinde, üye ülkelere caydırıcı ve işlenen suçun ağırlığı ile orantılı cezai yaptırım uygulama yükümlülüğü getirilmiştir<sup>2</sup>. Bu bağlamda fikir ve sanat eserlerinin korunmasına yönelik cezai hükümlere 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer verilmiştir. 5728 sayılı yasa ile FSEK m.71'in başlığı *Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz* olarak değiştirilmiştir. Böylece manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçları 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71/1-1'de düzenlenmiştir<sup>3</sup>. 5728 sayılı Kanunun 138. maddesi ile yapılan değişiklikten önce farklı maddelerde düzenlenmiş olan mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz suçları yapılan değişiklik sonucunda tek bir madde çatısı altında 71. maddede düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Yapılan düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere ceza hukuku açısından bir takım sakıncalı düzenlemeler içermektedir. Öyle ki FSEK m. 71'de sayılan hallerin; bir suçun seçimlik hareketleri mi yoksa farklı birer suç tipi mi olarak düzenlenmiş olduğu net değildir. Yine korunan hukuki değerleri ve hukuki konusu farklı olan

<sup>1</sup> Taslak için bkz. [www.legalbank.net/belge.aspx?id=911766](http://www.legalbank.net/belge.aspx?id=911766) (Erişim Tarihi: 01.02.2013).

<sup>2</sup> Kabul Tarihi RG 26.01.1995, anlaşma metni ve ekleri 25.02.1995, 22213 mükerrer.

<sup>3</sup> 5846 Sayılı Kanunun 5728 sayılı kanunun 138. maddesi ile değişik 71. maddesinde; "Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek: 1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletme, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihrac eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur." denilmiştir.

<sup>4</sup> Bkz.08. 02. 2008 tarihli 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" Resmî Gazete Sayısı: 26781.

suç tiplerinin aynı madde çatısı altında toplanması bir takım olumsuz sonuçlara yol açmıştır<sup>5</sup>. Bu çalışmamızda sadece eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarından biri olan “*Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu*” ele alınacaktır. Diğer hak sahiplerinin izni olmaksızın yapılan umuma iletiler çalışmanın kapsamını önemli ölçüde genişleteceğinden, inceleme konusu dışında tutulmuştur<sup>6</sup>.

### a. Umuma İletim Hakkı

Eser sahibinin mali haklarından biri de eserin umuma iletilmesi hakkıdır<sup>7</sup>. Bu hak gerek uluslararası sözleşme hükümleri ve gerekse Türk Hukukunda 5846 sayılı FSEK’te yer verilen bir mali haktır.

Konuya ilişkin olarak Bern Sözleşmesi’nin 11. maddesi (ikinci tekrar) 1-i maddesinde; umuma arz yetkisi edebiyat eserleri açısından eserin her türlü araç ve yöntemlerle anlatımı dâhil topluma sunulması denilmek suretiyle umuma arz yetkisi belirtilmiştir<sup>8</sup>.

Aynı şekilde Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Sözleşmesi’nin 8. maddesinde “Bern Sözleşmesi’nin 11 (1) (ii), 11 Mükerrer (1) (i) ve (ii), 11 ikinci mükerrer (1) (ii) ve 14 (1) (ii) ve 14 mükerrer (1) maddeleri, hükümleri haleldar edilmeksizin, edebiyat ve sanat eserleri sahipleri, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir” denilmiştir<sup>9</sup>.

AB Hukukunda da umuma iletme ilişkin 2001/29/AT sayılı Direktifte; “*Üye devletler eser sahiplerinin tel üzerinden veya telsiz vasıtalarla*

<sup>5</sup> Bkz. Öngören Gürsel, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları, 2010, s.436 vd.

<sup>6</sup> Umuma iletim hakkı, eser sahibi dışında, icracı sanatçılara, fonogram yapımcılarına, radyo televizyon kuruluşlarına film yapımcılarına da tanınmıştır. Burada belirtilen hak sahiplerinden her biri diğerlerinden bağımsız olarak eserin umuma iletimini yasaklama hakkına sahiptir.

<sup>7</sup> İşleme hakkı (FSEK m. 21); çoğaltma hakkı (FSEK m. 22); yayma hakkı (FSEK m. 23); temsil hakkı (FSEK m. 24); pay ve takip hakkı (FSEK m. 45) eser sahibinin diğer mali haklarını oluşturur.

<sup>8</sup> [http://www.telifhaklari.gov.tr/kaynaklar/bolumdosyalar/2012\\_03\\_18\\_349175.pdf](http://www.telifhaklari.gov.tr/kaynaklar/bolumdosyalar/2012_03_18_349175.pdf). (Erişim Tarihi: 10.05.2013).

<sup>9</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Akın Beşiroğlu, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2004, s. 917 vd.

*eserlerini yayımlama, böyle bir yolla kamunun tercih ettikleri bir zamanda ve bir yerden erişilebilmeyi mümkün kılmayı içeren her türlü haberleşmeyi yasaklama veya müsaade etmeye münhasır haklarını temin eder” hükmüne yer verilmiştir. Yine Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 2001/29/AT sayılı Direktifin 2. maddesinde “Üye devletler kısmen veya tamamen her türlü yöntem ve şekilde kalıcı veya geçici reproduksiyonları hakkında, eser sahipleri ve onların eserlerinin kablolu veya karasal olarak iletilip iletilmeyeceğinin düzenlenmesini, doğrudan veya dolaylı yasaklama veya müsaade etmeye münhasır haklarını korur” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.*

## **b. Benzer Kavramlar**

### **1. Umuma Arz**

2008 yılında 5728 sayılı yasa ile FSEK’te yapılan değişiklikten önce umuma arz bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişti. Ancak yeni düzenlemede umuma arz suçuna yer verilmemiştir. Bu durum uygulamada ve teoride bir takım karmaşalara yol açabilmektedir. Bu nedenle burada eser sahibinin manevi haklarından biri olan eseri umuma arz etme hakkı kavramına da kısaca değinmekte fayda görmekteyiz.

Eser sahibinin manevi haklarından biri de eserin umuma arz edilmesidir. Umuma arz, ancak bir kez gerçekleşebilen ve eser sahibinin iradesi ile eserin tamamının veya bazı parçalarının ilk defa olarak aleniyete sunulmasıdır. Eğer eser, sahibinin rızası dışında umuma arz edilmiş ise, aleniyet gerçekleşmemiş olacaktır. Bu bağlamda umuma arz, bir eserin ülkenin bütününde veya bir yöresinde dar veya geniş üçüncü kişiler çevresinde aleniyete kavuşturulmasıdır<sup>10</sup>. Eserin umuma arz yetkisi, eser sahibine veya yetkilendirmiş olduğu kişiye ait olupbu yetki, eserin kamuya sunulup sunulmaması konusunda karar vermeyi, kamuya sunulacaksa bunun zamanını belirlemeyi, şeklini

<sup>10</sup> Aleniyet; bir eserin, okunması, gösterilmesi, sergilenmesi, temsil edilmesi, yayımlanması gibi yollarla kişisel alanın dışına çıkarılmasıdır. Kanun koyucu alenileşmeye bir takım hukuki sonuçlar bağlamıştır. Bunlar; -umuma arz yetkisinin sona ermesi -mali hakların doğması- yasal sürelerin işlemeye bağlanması- iktibas serbestisinin doğması- hacze konu olabilme- eser hakkında bilgi verme hakkının doğması olarak sayılabilir.

belirlemeyi ve eserin içeriği hakkında bilgi vermeyi kapsayan bir manevi haktır. FSEK m. 14'te "Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder..." denilmek suretiyle umuma arz yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu vurgulanmıştır. Eser sahibi dilerse umuma arzın zamanını ve tarzını belirleme yetkisini bir başkasına devredebilir<sup>11</sup>.

Bir eserin, eser sahibinin isteğinden önce sunulması gibi geciktirilerek sunulması da manevi hakkın ihlali anlamına gelecektir. Eser sahibinin umuma arz yetkisi ve diğer manevi hakları, eser sahibinin ölümü halinde mirasçılara intikal etmez. Ancak eser sahibinin ölümünden sonra bu manevi hakkı kullanabilecek kimseler, FSEK'in 19. maddesinde belirtilmiştir. FSEK m. 19. maddesine göre; eğer eser sahibi umuma arz yetkisini ne şekilde kullanacağını tespit etmemişse veya bu konuda herhangi bir kimseyi yetkilendirmemişse bu durumda eser sahibinin ölümünden sonra yasada sayılan kimseler, umuma arz yetkisinin kullanım tarzını eser sahibinin ölümünden sonra onun arzusuna uygun olarak belirleyecek ve bu haklarını koruyacaklardır. Başka bir anlatımla, yasada adı geçenler murise ait eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzını tayin yetkisi ile eseri sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisinin kullanımını murisin arzusuna uygun bir biçimde yerine getireceklerdir<sup>12</sup>.

5846 sayılı FSEK'te 2008 yılında yapılan değişiklikten sonra eser sahibinin izni olmaksızın gerçekleştirilen umuma arz fiilleri, umuma iletim hakkının kapsamı içerisinde yer alan kamuya sunma hakkının ihlali çerçevesince cezalandırılacaktır<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 135.

<sup>12</sup> Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2008 tarih ve 2008/11-368 E. 2008/393 K., [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com) (Erişim Tarihi: 30.03.2013).

<sup>13</sup> Yarg. 11. HD'nin 28.02.2008 tarih ve 2007/576 E., 2008/2292 K. sayılı ilamında özetle; "Eser sahibinin mali, ve manevi hakları birbirine bağlı olup, mali haklarda daima manevi bir yön mevcuttur. Her iki grup hak birbirini tamamlar. Eserin kamuya sunulması bir defalık bir eylem ise de bu yolla eser alenileşmekte ve fikri hukukun konusu haline gelmektedir. Fikri mülkiyet hukukunda yer alan tüketme ilkesi, manevi haklar yönünden uygulanamayacağından eser daha önce alenileşmiş olsa bile eser sahibinin FSEK m. 14'te yer alan eserin kamuya sunulma hakkı son bulmaz. Bu nedenle eserin daha önce alenileşmiş olması halinde dahi sonradan üçüncü bir kişi tarafından izinsiz tekrar kamuya sunumu eser sahibinin



Türk Hukukunda umuma iletim hakkı konusu esasen FSEK m. 25'te düzenlenmiştir. Maddenin "Tanımlar" kısmında umuma iletim kavramı tanımlanmamış ancak umuma iletimin düzenlendiği 25. maddede bu hakkın içeriği belirtilmiştir.

FSEK m. 25'te "Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. (2) Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir" denilmiştir.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nda madde şu şekilde yeniden düzenlenmiştir. "Bir eserin, radyo- televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin başka kuruluşlar tarafından yeniden iletilmesi suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Eser sahibi, yeniden iletim hakkını devretmesi veya bu hakkı kullanma yetkisini vermesi halinde dahi yeniden iletimden doğan uygun bedel talep etme hakkına sahiptir. Eser sahibi yeniden iletimden doğan uygun bedel talep etme hakkından feragat edemez.

Bir eserin, telli veya telsiz araçlarla gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda, kamunun erişimine sunulması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir" denilmiştir<sup>14</sup>.

FSEK m. 43 (Değişik: 3/3/2004-5101/ 14 md.) "Radyo-televizyon kuruluşları, uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkânlardan yararlanarak yayın ve/veya iletim yapacak kuruluşlar,

kamuya sunma yetkisinin ihlali olur. Eser sahibi eylem sahibinden FSEK m. 14/1 gereğince manevi tazminat talebinde bulunabilir" denilmiştir. Bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 334.

<sup>14</sup> Taslak için bkz. [www.legalbank.net/belge.aspx?id=911766](http://www.legalbank.net/belge.aspx?id=911766) (Erişim Tarihi: 01.02.2013).

*yayınlarında yararlanacakları opera, bale, tiyatro ve benzeri sahneye konmuş eserlerle ilgili olarak hak sahiplerinden önceden izin almak zorundadırlar...”* denilmiştir.

FSEK m. 25'te düzenlenen bu hakkı ihlale yönelik fiiller, bu suç ile yaptırım altına alınmıştır. Buradaki yayın hakkı; telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar tarafından yapılan yayınları, dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses, görüntü nakline yarayan araçlarla yapılan yayınları ve yeniden yayını içerir. Doktrinde “umuma iletim” kavramı ile “umuma arz” kavramının birbirinden farklı olduğu vurgulanmaktadır<sup>15</sup>. Öyle ki umuma iletim yetkisi eser sahibinin mali haklarından biri iken; umuma arz yetkisi eser sahibinin manevi haklarından birini oluşturur. Umuma iletim; bir eserin aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görevi gereği eseri bilen kişiler dışında çok sayıda ki belirsiz kişiye sunulmasıdır<sup>16</sup>. Umuma iletimden söz edebilmek için iletimin mutlaka son tüketiciye yapılmış olması gerekir. Bu yönüyle yayından ayrılır. Umuma iletim, yayma kavramından da farklıdır. Yayma için bir eserin tespit edilmiş veya çoğaltılmış olması gerekirken, umuma iletim için bir eserin varlığı yeterlidir. Dolayısıyla *yayma*, *temsil*, *umuma iletim* esasen umuma arzın gerçekleştirilme yöntemleridir. Yayma, temsil ve umuma iletim fiilleri birden fazla gerçekleştirilebileceği halde umuma arz ancak bir defa gerçekleşir.

Maddede geçen yayınlama ibaresi, radyo ve televizyon yayınlarını ifade etmektedir. FSEK m. 7'de yer verilen yayınlama ise bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının ticaret alanına sokulmasını ifade eder. Yine yayınların alıcının bulunduğu yerden başka bir umumi yere işaret, ses veya resim nakline yarayan hoparlör vb. araçlarla nakledilmesine izin verme yetkisi de münhasıran eser sahibine aittir<sup>17</sup>. Bir eserin internet ortamına konulması, radyo televizyon yayınından farklıdır. Radyo televizyon yayınlarına eş zamanlı olarak ulaşılması söz konusu iken; internet ortamında bulunan bir esere farklı kullanıcılar, farklı zamanlarda ve tekrar ulaşabilir<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali- ihlalin Sonuçları*, Seçkin Yay., Ankara 2011. s. 53.

<sup>16</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Yay., 5. Bası, İstanbul 2012, s. 194.

<sup>17</sup> Suluk/Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Cilt: II, Arıkan Yay., İstanbul 2005, s. 410.

<sup>18</sup> Şafak Erel, *Türk Fikir Sanat Hukuku* Ankara 1998, s. 201.

Bu bağlamda umuma iletim hakkı, yayın, yeniden yayın (yeniden iletim) ve kamunun erişimine sunma şeklinde üç unsuru içerisinde barındırır<sup>19</sup>. Buradaki yayın, bir eserin yayın tekniğiyle umuma iletilmesini ifade eder<sup>20</sup>. Diğer bir ifadeyle görüntü ve seslerin radyo televizyon gibi radyo dalgaları, uydu ve kablo ile telli ve telsiz araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından kamuya iletilmesidir<sup>21</sup>. Umuma iletim açısından iletimin hangi araçla yapıldığının önemi yoktur. Dolayısıyla umuma iletim, başta radyo ve televizyon olmak üzere teknolojik gelişmeler çerçevesinde ses ve görüntü nakline yarayan her türlü araçla yapılan iletimleri ifade eder<sup>22</sup>. Bir eserin web sitesinde yayınlanmak üzere sunulması, belirli sayıda veya belirli bir süre zarfında kullanılmak üzere internet üzerinden indirilmek suretiyle satışa sunulması veya kiralanması kamunun erişimine sunma kapsamındadır. Dijital ortamda umumun erişimini sağlama hakkı FSEK m. 25/2 uyarınca münhasıran eser sahibine aittir<sup>23</sup>. Yeniden iletim, yayın yapan kuruluşun yaptığı iletimi alan diğer iletim kuruluşlarının bunu tekrar başka bir yayın kuruluşu tarafından alınarak yayın yapan kuruluşla aynı anda veya daha sonra umuma iletilmesini ifade eder. Örneğin, uluslararası bir yayın kuruluşu tarafından uyduya gönderilen yayın, umuma iletim olarak kabul edilemez. Ancak bu yayının ülke içindeki bir yayın kuruluşu tarafından son tüketiciye sunulması halinde son tüketiciye ulaştırılan bu yayın, umuma iletim sayılacaktır.

<sup>19</sup> Gürsel Öngören, *Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri*, Öngören Hukuk Yay., İstanbul 2010, s. 127.

<sup>20</sup> Karahan/Suluk/Saraç/Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yay., 3. Bası, Ankara 2011, s. 95.

<sup>21</sup> Azra Arkan, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, Vedat Yay., İstanbul 2005, s. 30.

<sup>22</sup> Teknail Özderiyol, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar*, Vedat Yay., İstanbul 2006, s. 168.

<sup>23</sup> Dijital iletim ibaresine FSEK m. 72/b.3-e de yer verilmişti. Dijital iletim bir eserin internet ortamında yayınlanmasını ifade eder. Örneğin bir film veya müzik klbinin televizyon ve radyo haricinde o televizyon veya radyo kanalının web sitesi aracılığıyla dijital ortamda umuma iletilmesi gibi. Bkz. Özderiyol, Teknail; Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar, Vedat Yay., İstanbul 2006, s. 168. Doktrinde dijital ortam: metin, ses, görüntü gibi unsurlarla bilgisayar verisi veya diğer bilgiler için işlemleri yapmaya ya da ikilik sinyalleri iletmek için voltaj, frekans, genlik, zaman ve benzeri değişkenleri kullanan sistemler olarak ifade edilmektedir. Bkz. Selçuk Bayram, *Teknolojik Gelişmeler Işığında Müzik Eserlerinde Umuma İletim Hakkı ve Tüm Yönleriyle Mobil Haklar Kavramı*, Ufuk Matbaası, İstanbul 2009, s. 6.

## II- Korunan Hukuki Değer

Suçta mutlaka en az bir hukuki değer korunması amaçlanır. Bu değer bazen bir topluluğa bazen bir bireye bazen de devlete ait bir değer olabilir<sup>24</sup>. Bu suç açısından korunan hukuki değer esasen eser sahibinin malvarlığı (mülkiyet) hakkıdır.

Eser sahibinin mali haklarının korunması suretiyle eser sahibinin ekonomik yararlarının ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesine maruz kalmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Mali haklardan yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. FSEK, m. 20. Maddesinde; mali haklar bakımından eserin alenileşmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapmakta, ancak alenileşmiş eserler bakımından yararlanma hakkının bulunduğu ifade etmektedir. Zira alenileşmemiş eser, henüz sahibinin giz alanından çıkmış değildir<sup>25</sup>. Eser sahibinin mali hakları dolayısıyla, üçüncü kişiler eser sahibinin izni olmadan eserden ekonomik gelir elde edemezler. Bu itibarla, bu suç ile üçüncü kişilerin haksız menfaat elde etmelerinin de önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Günümüzde gelişen teknolojinin de etkisi ile eser sahibinin mali haklarından üçüncü kişilerin birçok farklı yöntemlerle faydalanma ve gelir elde etme imkanı söz konusu olabilmektedir. Oysa ki FSEK'te eser sahibine sadece sınırlı sayıda sayılan mali haklardan yararlanma imkanı sunulmaktadır<sup>26</sup>.

Mali haklar mirasçılara intikal edebilir, devredilebilir, rehnedilebilir. Mali haklar birbirinden bağımsız olduğundan bunlardan biri üzerinde tasarrufta bulunulması diğer mali hakları etkilemez.

Fikri bir ürün olan eserlerin korunması konusunda ulusal ve uluslararası ölçekte bir takım düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanamesinin 27/1. maddesi ve Anayasa'nın 25. maddesindeki düşünce ve kanaat hürriyeti, 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, 27. maddesindeki bilim ve sanat hürriyeti ve 64. maddesindeki sanatın ve sanatçının korunması hükümleri bu suç tipi ile teminat altına alınmaktadır<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhine Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1963, s. 2.

<sup>25</sup> Özge Erbek, Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Basım Yılı 2009, s. 855.

<sup>26</sup> Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Mat., Ankara 1981, s. 126.

<sup>27</sup> Yazıcıoğlu Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, XII Levha

Eser sahibinin mali haklarından biri olan umuma iletim hakkı, kişinin malvarlığını doğrudan ilgilendiren bir hak olması sebebiyle Anayasanın 35. maddesinde yer verilen mülkiyet hakkı ile teminat altına alınan bir haktır. Öyle ki Anayasanın 35. maddesinde “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” denilmiştir.

Şüphesiz fikri bir ürünün ticari alana sunularak eser sahibi tarafından bir gelir elde edilmesi imkanı vardır. Örneğin bir eserin izinsiz olarak herkese açık bir internet sitesine konulması ile umuma iletimin gerçekleşmesi halinde, eser sahibinin mali hakları zarar görecektir.

### III. Suçun Unsurları

#### Suçun Maddi Unsurları

##### Fail

Hak sahibinin izni olmaksızın eseri umuma iletim suçunun faili bakımından kanunda herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu nedenle de suçun faili herkes olabilir. 5237 sayılı TCK’da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmemiştir. Ancak bazı suç tipleri açısından tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği belirtilmiştir. Eser sahibinin kendisi bu suçun faili olamaz. Ancak birlikte eser sahipliğinin söz konusu olduğu hallerde birlikte eser sahiplerinden her biri suçun faili olabilecektir.

FSEK’in 74. maddesinin eski halinde: “74 - 71, 72 ve 73’üncü maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mâni olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut herhangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır. Cezayı mucip fiil işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise bunlar fail gibi; temsilci veya müstahdem ise, yardımcı gibi cezalandırılır. Temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma

---

Yay., 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 186, Selcen Turan, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 136, Zeki Hafızoğulları, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04-Hafizogullari.pdf>, (Erişim Tarihi 30.03.2013).

*gösterilmesi için karşılıklı veya karşılıksız olarak bir mahalli tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde vazife veya rol alan kimse, yardımcı olarak cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri çevirirken, 71, 72, ve 73'üncü maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse; masraf ve para cezasından tüzel kişi diğer suçlularla birlikte müteselsilen mesuldür. Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67'nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur" denilmiştir.*

Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde, bağımsız olarak veya bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemi sıfatıyla çalışan kim-seler, suçun faili kabul edilmekteydi. Yeni düzenleme ile bu suçun faili, TCK m. 37 çerçevesinde belirlenecektir. Maddenin önceki hali objektif sorumluluk<sup>28</sup> hükmü içeren ve ceza hukukundaki kusur sorumluluğu prensibi ile çelişen bir düzenleme olduğundan bu konudaki değişiklik yerinde olmuştur<sup>29</sup>.

Fail konusunda bir başka düzenleme 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 28/son maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre *"Radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, Türk Ceza Kanununun iştirak hükümlerine göre yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Ancak şirketi idare ve temsile yetkili kişilerin, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermiş olması halinde; kendileri sorumlu olurlar. Bu hüküm, yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz" denilmiştir.*

Faillik konusundaki bu özel düzenleme gereğince; bir eserin, icranın veya fonogramın radyo televizyon kuruluşu tarafından yeniden iletilmesi halinde, yayın yönetmeni ve program yapımcısı sorumlu olacaktır.

Maddede hak sahibi kişilerin yazılı izninden bahsedilmektedir. Öyle ki bir eser henüz umuma iletilmeden eser sahibinin ölmesi durumunda bu hakkın kullanması mirasçılara geçecek, birden fazla mi-

<sup>28</sup> Objektif sorumluluk; kişinin icrai veya ihmali hareketinin sebebiyet verdiği neticeden, taksir veya kastın varlığından bağımsız olarak salt maddi, nedensellik bağı temeli üzerinden hukuka aykırı sayılarak sorumlu tutulmasıdır. Bkz. Muharrem Özen, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998, s. 73.

<sup>29</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. Caner Yenidünya, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, s. 255. [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006\\_X\\_2\\_10.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_10.pdf). (Erişim Tarihi 01.01.2013).

rasçının olması durumunda mirasçılardan birinin diğer mirasçılardan rızası olmaksızın eseri umuma iletmesi halinde de suç oluşacaktır.

Diğer yandan birden çok kişi tarafından meydana getirilen eserler açısından da faillik durumunun tartışılması gerekir<sup>30</sup>. Kanaatimizce burada eser sahiplerinin her biri diğerlerine karşı bu suçun faili olabilecektir. Zira eserle ilgili her türlü kararın bu kişiler tarafından ortaklaşa alınması gerekir.

Son olarak suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirilenlerden her biri müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

Eser sahibinin izni olmaksızın internet ortamında bir eserin umuma iletilmesi halinde, eserin iletimini veya yeniden iletimini sağlamak üzere eseri internete koyan kimse sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde internet ortamında esere ulaşanların sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>31</sup>.

## b. Mağdur

Suçun mağduru kural olarak eser sahibidir<sup>32</sup>. Ancak maddede *eser sahibi* yerine *hak sahibi* ibaresi kullanılmıştır. Kanun koyucu 2008 yılında maddede değişiklik yaparken, eser sahibi yerine hak sahibi ibaresine yer vermiştir. Böylece bağlantılı hak sahibi olan icracı, oyuncu, yapımcı gibi diğer hak sahipleri de madde kapsamına alınmıştır. Eser

<sup>30</sup> Birden çok kişi tarafından meydana getirilen eser iki şekilde söz konusu olabilir: 1-Müşterek eser sahipliği; burada müşterek eseri oluşturan her bir eser bölümü kısımlara ayrılabilir ve birbirinden bağımsız şekilde değerlendirilebilir nitelikte ise müşterek eser sahipliği söz konusu olacaktır. 2-İştirak halinde eser sahipliğinde ise birden çok kişinin meydana getirdiği eserin ayrılmaz bir bütün oluşturması söz konusudur. Bkz. Karahan/Suluk/Saraç/Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 63-64.

<sup>31</sup> 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun; 'İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu' başlığı altındaki 4. maddesinde; "(1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. (2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. Karş. FSEK Ek. m. 4.

<sup>32</sup> Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır (FSEK m.8).

sahibi dışında, eser olarak kabul edilen işleme veya derlemeyi meydana getiren kimseler de bu kapsamda mağdur sıfatını haiz olabilecektir. Küçükler, ayırt etme gücü olmayanlar da eser sahibi olabilecek ancak bu eser sahipliğinden kaynaklanan tasarruf işlemlerini gerçekleştirmeyeceklerdir<sup>33</sup>. Dolayısıyla bu kimseler de eser sahipliğinden kaynaklı olarak suçun mağduru olabilirler. Zira inceleme konumuzu oluşturan suç açısından bakıldığında eser sahibinin mirasçılara yasadan kaynaklı hak sahipliği dolayısıyla suçtan zarar gören sıfatını haiz olabilecektir<sup>34</sup>. Mali haklara karşı işlenen suçlarda şikayet hakkı eser sahibine veya FSEK m. 19'da sayılan kimselere aittir<sup>35</sup>. Eğer eser sahibi yazılı bir sözleşme ile bu mali hakkını bir başkasına devretmişse umuma iletim suçunun mağduru olmayacaktır. Ancak mali haklar devredilmeyip, sadece kullanma ruhsatı bir başkasına bırakılmış ise, izinsiz umuma iletim halinde yine suçun mağduru eser sahibi olacaktır<sup>36</sup>.

Eser sahibi ancak gerçek kişiler olabilecektir. Tüzel kişinin bir eser oluşturmaya olanak yoktur. Ancak bir eser üzerindeki hakların eser sahibi tarafından başkalarına devredilebilmesi ve dolayısıyla tüzel kişilere de devrinin mümkün olması karşısında tüzel kişiler tarafından da eser üzerindeki haklar pekâlâ kullanılabilir. Ancak tüzel kişiler suçun mağduru olarak kabul edilemeyecektir. Bu bağlamda tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören sıfatını haiz olabilecektir<sup>37</sup>.

Bir eserin iştirak halinde bir tüzel kişinin bir araya getirdiği kişi-

<sup>33</sup> Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2004, s. 506.

<sup>34</sup> FSEK m. 19'da "Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılara, ana - babasına, kardeşlerine aittir" hükmüne yer verilmiştir.

<sup>35</sup> Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977, s. 177.

<sup>36</sup> Yavuz/Alica/Merdivan; s. 2185.

<sup>37</sup> Aksi Görüş için Bkz. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İsmail Akgün Mat., 3. Bası, İstanbul 1953, s. 300, Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, 11. Bası, Beta Yay., İstanbul 1997. s. 428, Erem/ Danışman/Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., 14. Bası, Ankara 1997, s. 240, Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yay, 3. Bası, Ankara 2005, s. 224, Zafer, Hamide; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul 2010, s. 114.



lerce oluşturulması halinde eserin sahibi yine o eseri meydana getiren gerçek kişilerdir. Tüzel kişi ise bu eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkili olur.

Ayrıca FSEK m. 11'de yer verilen eser sahipliği karinesi uyarınca eser üzerinde eser sahibi olarak adını veya müstear adını kullanan kimse aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi olarak kabul edileceğinden suçun mağduru sıfatını haiz olabilecektir. Yine yayınlanmış bir eserin sahibi isim belirtilmediği için belli değilse; yayınlayan o da belli değilse eseri çoğaltan eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanabilecektir (FSEK m. 12).

### c. Suçun Maddi Konusu

Burada suçun maddi konusu "eser" dir. FSEK bağlamında bir korumanın söz konusu olabilmesi için 5846 sayılı FSEK m. 1-2 uyarınca fikri bir ürünün "eser" mahiyetinde olması gerekir. Öncelikle, bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için bir takım şartların varlığı gerekir. Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi objektif şartın ve subjektif şartın gerçekleşmesi halinde mümkündür. Buradaki objektif şart; fikri ürünün kanunda sınırlı olarak sayılan dört eser grubundan birine dahil olma şartı olarak kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Subjektif şart ise; fikri ürünün sahibinin hususiyetlerini taşımasını ifade eder. Bu suç açısından işlenme eserler de FSEK anlamında eser sayıldığı için bir işlenme eserin<sup>39</sup> sahibinin veya halefinin yazılı izni olmaksızın umuma iletilmesi halinde de suç oluşacaktır.<sup>40</sup> Aynı şekilde bağlantılı hak sahiplerinin de bağlantılı hakka konu ürünler üzerinde umuma iletim hakkı söz konusu olduğundan bağlantılı hakka konu ürünler de suçun maddi konusunu oluşturur. Ancak bu konu bu makaledeki inceleme kapsamına dahil değildir.

<sup>38</sup> FSEK m.1/b'de Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini, ifade ettiği belirtilmiştir. Fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri kanunda ilim ve edebiyat eserleri (m.2), musiki eserleri (m.3) ve güzel sanat eserleri (m.4), sinema eserleri (m.5) olarak sayılmıştır.

<sup>39</sup> İşlenme eser; FSEK m. 6 uyarınca diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan sınırlı sayıda olmayan fikir ve sanat mahsullerini ifade eder.

<sup>40</sup> Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler. Beta Yay., 1. Bası, İstanbul 2003. s. 172.

### d -Fiil

Suçla yaptırım altına alınan fiil; bir eserin, eser sahibinin yazılı izni olmaksızın işaret, ses, görüntü nakline yarayan herhangi bir araçla umuma iletilmesidir. Madde ile, bir eserin sahibinin umuma iletim hakkını ihlale yönelik fiillerin yaptırım altına alınması amaçlanmıştır. FSEK m. 25'te umuma iletim tarif edilirken bir eserin dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanmasından bahsedilmekte iken; FSEK m. 71/I-1'de "*dijital iletim*" ibaresine yer verilmemiştir. Kanun koyucu her ne kadar dijital iletim ibaresine yer vermemiş olsa dahi dijital iletim de esasen umuma iletim şekillerinden biri olduğundan umuma iletim suçu oluşacaktır. Nitekim FSEK Ek m. 4/3'te de dijital iletim ibaresine yer verilmiştir. Örneğin, eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir şarkının radyo veya televizyon yoluyla yayınlamak suretiyle umuma iletilmesi halinde suç oluşacaktır. Umuma iletim hakkı, yayın, yeniden yayın ve kamunun erişimine sunma şeklinde üç hakkı içerisinde barındırır. Bu nedenle yeniden iletim halinde de suç oluşacaktır. Yeniden iletim tanımına FSEK'te tanımlar kısmında yer verilmemiştir. Ancak 25. maddede yeniden yayın, 80. maddesinde ise yeniden iletim ibarelerine yer verilmiştir.

Yayın (iletim) bir yayın kuruluşu tarafından yayın hizmetlerinin ilk defa sağlanmasını ifade eder (6112 sk. RTKYHHK m.3/1-ğ). Bir yayının faaliyeti ancak radyo, televizyon veya radyo yayın hizmeti veren bir medya hizmet sağlayıcısı tarafından verilebilir. Bir eserin ticari amaç olmaksızın iletilmesi de umuma iletim olacağından, eser sahibinin rızası gerekecektir. Eğer üçüncü kişilerin yayının içeriğine ulaşma imkanı yoksa, umuma iletim söz konusu olmayacaktır. İletimin analog ya da dijital teknikle yapılması eser sahibinin umuma iletim hakkı yönünden önem taşımaz<sup>41</sup>.

Eser sahibi, umuma iletim hakkını çoğu zaman başkasına devretmek suretiyle değerlendirir. Radyo ve televizyon kuruluşları, eserin aslının, icrasının veya fonogramının, CD, DVD vb. bir ürüne tespit edilmiş şeklinin umuma iletilmesini sağlar. Eser sahibi, mali hakkı olan umuma iletim hakkını üçüncü bir kişi veya kuruluşa devretmişse

<sup>41</sup> Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Yay., 5. Bası, İstanbul 2012, s. 193.

bu kişi veya kuruluş son tüketiciye eseri iletmekle umuma iletim hakkı son bulur. Dolayısıyla bir eserin bir takım teknik cihazlar vasıtasıyla aralarında şahsi bağlantı bulunmayan aynı mekandaki kişilere eş zamanlı olarak sunulması halinde eser sahibinden yeniden izin alınması gerekir<sup>42</sup>. Aksi takdirde izinsiz umuma iletim söz konusu olacaktır. Ancak belirtelim ki umuma iletim hakkını devreden eser sahibi, son tüketicinin şahsi alanını aşmayan dinleme ve izlemelerine engel olamaz. Umuma iletim hangi alanda verilmiş ise bu hakkı devralan ancak bu alanda umuma iletim hakkına sahip olacaktır. Örneğin, internet ortamında umuma iletim hakkının devralmış olması eserin radyo veya televizyon yoluyla umuma iletilmesi hakkı vermez<sup>43</sup>.

Bir müzik eserinin kafeterya, düğün salonu gibi umuma açık mahallerde alanlarda çalınması ve söylenmesi, kaset veya CD'nin mağaza içerisinde müşterilerin duyabileceği şekilde çalınması gibi hallerde eser sahibinin mali haklarından olan umuma iletimi hakkının ihlali söz konusu olacaktır<sup>44</sup>.

6112 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanunu m. 3/i'de "*Yeniden iletim, bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan yayın hizmetinin bütününe veya büyük bir bölümünün, kullanılan teknik araç ne olursa olsun alınmasını ve eş zamanlı olarak değişiklik yapılmadan iletilmesini ifade eder*" denilmiştir. Doktrinde yeniden yayın radyo dalgaları, uydu veya kablo ile yani telli veya telsiz araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından kamuya iletilen yayının, bütününe veya bir bölümünün başka bir yayın kuruluşu tarafından alınarak, yayın yapan kuruluşla aynı anda veya daha sonra umuma iletilmesi olarak tarif edilmektedir<sup>45</sup>.

Suçun ön şartı FSEK anlamında bir "eser" in olması gerekir<sup>46</sup>. Eğer

<sup>42</sup> Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 1127.

<sup>43</sup> Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 1116.

<sup>44</sup> Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, XII Levha Yay., 1. Bası, İstanbul 2012, s. 326.

<sup>45</sup> Arkan Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Yay., İstanbul 2005, s. 195.

<sup>46</sup> Bütün fikir ve sanat ürünleri eser olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bir kimsenin ufak bir çaba sonucu yazabileceği yazılar, gazete haberleri, fikri ürün olmakla beraber eser olarak kabul edilemez. Olguç Senai, Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Olguç Matbaası, İstanbul 1979, s. 10.

eser mahiyeti yoksa FSEK m. 86' daki ihlal ve haksız rekabet söz konusu olabilecektir<sup>47</sup>. Ayrıca eserin koruma süresinin dolamamış olması gerekir. Bu nedenle ceza yargılamasında suçun oluştuğunun kabulü için söz konusu fikri ürünün FSEK anlamında eser olup olmadığının öncelikle bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gerekir<sup>48</sup>.

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Kanun koyucu bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek veya yayınlamak hareketlerinden herhangi birinin yapılması ile tamamlanmış olur. Bir eser hem umuma iletilip hem de yayınlanmış ise, bu durumda hâkim TCK m. 61 çerçevesinde somut cezayı belirlerken birden fazla seçimlik hareketin gerçekleştirilmiş olmasını göz önünde bulunduracaktır.

Yayımlama, bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları, hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma ya da dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilmesini ifade eder (FSEK m. 7). Yayımlama ile eser ticari ürün haline gelir.

Bern Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 3. bendinde; yayımlanmış eserin çalışmasının yapısı dikkate alınarak, basım yöntemi ne olursa olsun, kamunun gereksinimlerini karşılayacak sayıda buluna yazarın rızası ile basılmış eserleri ifade ettiği belirtilmiştir. Keza 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2/b maddesinde, yayım; basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması olarak tarif edilmiştir.

Yayım farklı çoğaltma yöntemleri ile gerçekleştirilebilir. Yayım için mutlaka yayımın matbaa yoluyla yapılması şart değildir. Yayımlamanın olduğu her durumda 'yayma'nın da var olduğu kabul edilmelidir. Yayımlamada aleniyetten farklı olarak ticari amaç ön plana çıkmaktadır.

<sup>47</sup> FSEK m. 86' da "Resim ve portreler" başlığı altında " Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez. Birinci fıkradaki muvafakatin alınması: 1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hadiselerle müteallik resimlerle radyo ve film haberleri; için şart değildir." denilmiştir.

<sup>48</sup> Bkz. Kayıhan İçel, Telif Ceza Hukuku Açısından Eser Kavramı ve Bu Bağlamda Avukat Dilekçelerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10 Güz 2006/2 s. 100.

Bu suçun önceki hali FSEK m. 72/b.3-e bendinde yer almakta idi. Bu düzenlemede “Bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi, işaret ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yaygın veya yayımına aracılık eden kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükümlenir” şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemede teşmil hakkı ile umuma iletim hakkı aynı bent kapsamında düzenlenmişti.

Fail tarafından tipiklikte belirtilen hareketin yapılmasıyla netice de gerçekleştiğinden bu suç neticesi harekete bitişik suçtur. Suçun oluşumu açısından eser sahibinin herhangi bir zararının doğmuş olması gerekmez. Bu suç niteliği itibarıyla bir tehlike suçudur. Dolayısıyla suçun meydana gelmesi için herhangi bir zararın meydana gelmesi şart değildir.

### e-Netice

Netice, kanuni tipte yer alan ve fiil sonucu dış dünyada meydana gelen değişikliktir. Hak sahibinin izni olmaksızın eseri umuma iletim suçu, neticesi harekete bitişik suç olup, suçun oluşumu açısından herhangi bir neticenin gerçekleşmesi şart değildir. Neticesi harekete bitişik suçlarda failin cezalandırılması açısından ayrıca zararlı bir neticenin gerçekleşmiş olması aranmamaktadır<sup>49</sup>. Dolayısıyla nedensellik bağını da araştırmaya gerek yoktur. Neticesi harekete bitişik suçlarda netice bir unsur sayılmaz. *Carrara*’nın deyişiyle insan hareketinin yapılması ile kanun ihlal edilmiş olur<sup>50</sup>.

### 2-Suçun Manevi Unsuru

Maddenin 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki halinde “*kasten*” ibaresine yer verilmişti. Ancak kanun koyucu bu ibareyi gereksiz bularak yeni düzenlemede *kasten* ibaresine yer vermemiştir.

<sup>49</sup> Sulhi Dönmezer, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 1, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 383.

<sup>50</sup> İçel/Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver; Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 66, 58 no’lu dipnot.

Suçun manevi unsuru kasttır. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Fail burada eserin henüz kamuya sunulmamış olduğunu ve hak sahibinin rızasına aykırı olarak eseri umuma iletildiğini bilecek ve isteyecektir. Burada failin maddi unsurları öngörmesi değil, açıkça bilmesi ve istemesi gerekir. Zira öngörme kavramı taksir kapsamındaki tahmin etmeye yaklaşan bir kavramdır<sup>51</sup>. Yine maddede hukuka özel aykırılık hali söz konusu olduğundan suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir<sup>52</sup>. Bu konu aşağıda hukuka aykırılık unsuru bahsinde ayrıca ele alınacaktır.

### 3-Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık failin işlediği fiilin işlediği kanuni tipte yer alan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesini, hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olmasını ifade eder. Fiilin kanuni tipte düzenlenmiş olması hukuka aykırılık konusunda karine teşkil eder. Eğer olayda bir hukuka uygunluk sebebi varsa fiil hukuka aykırı olmaktan çıkar. Bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuken meşru hale getiren sebeplerdir.

FSEK m. 71/1’de “hak sahibinin yazılı izni olmaksızın” ibaresine yer verilmek suretiyle hak sahibi olan kişilerin yazılı izninin söz konusu olması halinde fiilin hukuka aykırı olmaktan çıkacağı belirtilmiştir. Bizim çalışma konumuz eser sahibinin hakkı olduğundan, diğer hak sahipleri olan bağlantılı hak sahipleri ve hakları sonradan devralan kişiler incelemenin kapsamı dışındadır.

İzin (rıza) ceza hukukunda kimi zaman suçun unsuru, cezayı hafifleten bir neden kimi zaman da kovuşturmanın yapılabilmesi için aranan bir şart olarak karşımıza çıkar<sup>53</sup>.

5237 sayılı TCK’da rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak açıkça düzenlenmiştir. TCK m. 26/2’de “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf

<sup>51</sup> Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 3. Bası, Ekim 2005, s. 392. Aksi görüş için bkz. Mantovani, s. 306, aktaran Yılmaz Yazıcıoğlu, s. 209.

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 7. Bası, Ankara 2008, s. 285, Artuk/Gökçen/Yenidünya; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 402.

<sup>53</sup> Hafızoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yay., Ankara 2012, s. 251.

*edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmüne yer verilmiştir.*

Rıza; açık veya zımnî, yazılı veya sözlü olabilir. Ancak maddede düzenlenen suç tipi açısından kanun koyucu rızanın mutlaka yazılı olması şartını aramıştır. Maddede, rızanın mutlaka yazılı izne tabi tutulması eleştirilebilir. Öyle ki ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi geçerli olup maddi gerçeğin ortaya konulması için hukuka uygun olmak şartıyla her türlü delilden istifade edilebilir. Bu bağlamda vicdani kanaatin oluşturulması ancak belli nitelikteki delillere bağlı tutulamaz. Hangi olgunun hangi sayıda ve hangi tür delille ispatlanacağı konusunun önceden belirlenmesi delil serbestisi ile bağdaşmayacaktır<sup>54</sup>.

Rızanın kanunun suç saydığı fiilin işlenmesinden önce veya fiilin işlenmesi esnasında gösterilmiş olması gerekir. Fiilin tamamlanmasından sonra gösterilen rıza (icazet) geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyecektir. Kanun koyucu açıkça yazılı rıza şartının varlığını aradığı için rızanın geri alınmasının da yazılı şekilde olması gerekir<sup>55</sup>. FSEK uyarınca bağlantılı hak sahiplerinin de umuma arz yetkisi olduğundan eser sahibinden alınan izin yeterli değildir.

Belirtelim ki hak sahiplerinin birden fazla olması halinde her birinin yazılı rıza beyanında bulunması gerekir ve tümü rıza göstermedikçe fiil hukuka uygun hale gelmez.

Hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayıda olmadığından ceza hukukundaki hukuka uygunluk sebepleri dışında FSEK’te yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde de fiilin hukuka aykırılık vasfı ortadan kalkacaktır.

İlgilinin rızası dışında, doğrudan mevzuattan kaynaklanan bir takım hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu olabilir. Fakat henüz alenileşmemiş bir eserin devlet tarafından kamuya sunulması bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., 9. Bası, İstanbul 2012, s. 666.

<sup>55</sup> Caner Yenidünya, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006\\_X\\_2\\_10.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_10.pdf). (Erişim Tarihi 01.01.2013).

<sup>56</sup> Diğer suçlar açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilecek olan devletin

Kanun koyucu eserle ilgili mali hakların korunmasını belirli bir süre ile sınırlı tutmuş olduğundan, bu sürenin dolması halinde artık suç oluşmayacaktır. Mali haklarda koruma süresi eser sahibi yaşadığı sürece ve öldükten sonra yetmiş yıldır (FSEK m.27).

Aynı şekilde FSEK m. 32’de yer verilen genel menfaat düşüncesiyle, FSEK m. 33’teki eğitim öğretim amaçlı fiiller, FSEK m. 34’te yer alan eğitim ve öğretim amaçlı olarak seçme ve toplama eserlerin meydana getirilmesi, FSEK m. 35’teki eser sahibinin ismi belirtilmek suretiyle gerçekleştirilen fiiller, niteliği bağdaştığı durumlarda bu suç açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilecektir.

Maddede ayrıca “*Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek*” ibaresine yer verilmiştir. Bu ibare hukuka özel aykırılık halini düzenlemektedir. Bu nedenle failin olayda hukuka aykırılık bilinci ile hareket edip etmediğinin araştırılması gerekir<sup>57</sup>. Zira hukuka özel aykırılık halinin arandığı suçlarda failin kastının hukuka aykırılığı içerip içermediğinin ispat edilmesi şarttır<sup>58</sup>.

Belirtelim ki bu ibare adeta bağlantılı hakların eser sahipliği kapsamında korunabileceği gibi yanlış bir izlenim uyandırmaktadır. Oysa ki bağlantılı haklar eser sahipliğinden bağımsız olarak FSEK tarafından korunmaktadır.

Maddenin değişiklikten önceki halinde de “*Bu Kanunun hükümlerine aykırı olarak kasten*” ifadesine yer verilerek hukuk özel aykırılık hali düzenlenmişti.

---

faydalanma salahiyeti bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Bkz. FSEK m. 46 “Devletin faydalanma salahiyeti” “Çoğaltma ve yayımı eser sahibi tarafından açıkça men edilmemiş olan ve umumi kütüphane, müze ve benzeri müesseselerde saklı bulunan henüz yayımlanmamış veya alenileşmemiş eserler, mali haklarla ilgili koruma süresi dolmuş olmak şartıyla, bulunduğu kamu kurum ve kuruluşuna ait olur. Bunlardan kamu kurum ve kuruluşları ile bilimsel ve sair amaçla yararlanmak isteyen kişi ve kuruluşların izin alacakları merci ve bunlardan alınacak ücretlerle bu ücretlerin hangi kültürel gayelerde sarf edileceği ve diğer hususlar, ilgili kuruluşların görüşü alındıktan sonra Kültür ve Turizm Bakanlığı’na hazırlanacak tüzükle belirlenir” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>57</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 11. Bası, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 20.

<sup>58</sup> Hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca gösterilmesinin sonuçlarına ilişkin görüşler hakkında bkz. Önde, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 216-217.



## IV- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Bir eserin umuma iletilmesi çeşitli vasıtalarla ve usullerle gerçekleştirilebilir. Örneğin, bir eserin internet üzerinden umuma iletilmesi halinde suç, iletim gerçekleştiği anda tamamlanmış olacağından teşebbüse elverişli değildir. Bu suç niteliği itibarıyla neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Nitekim tipiklikteki hareketin gerçekleştirilmesi suçun oluşması açısından yeterlidir.

Burada seçimlik hareketlerden yayımlama fiili açısından bakıldığında yayımlama mutlaka ticari amaçla yapılmayacağından çoğaltma işlemi suçun hazırlık hareketlerini oluşturacaktır. Ancak bazı fiillerde icra hareketlerinin bölünebilmesi söz konusu olduğundan teşebbüs mümkün olabilecektir. Örneğin, failin eseri umuma iletmek üzere bir takım hareketler yapması ve bu hareketlerin niteliği itibarıyla icra hareketi olması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Ancak eserin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla ses ve görüntülerin kaydedilmesi, suçun hazırlık hareketleri olduğundan teşebbüs söz konusu olmayacaktır<sup>59</sup>.

### 2. İştirak

Suçta iştirak konusunda FSEK m.74'te yer verilen düzenleme 5728 Sayılı Kanun'un 578. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>60</sup>. Bu nedenle artık iştirake ilişkin TCK'nın genel hükümleri uygulama alanı

<sup>59</sup> Yılmaz Yazıcıoğlu, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, XII Levha Yay., İstanbul 2009, s. 213.

<sup>60</sup> Maddenin eski halinde: "74 - 71, 72 ve 73'üncü maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mâni olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut herhangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır. Cezayı mucip fiil işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise bunlar fail gibi; temsilci veya müstahdem ise, yardımcı gibi cezalandırılır. Temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma gösterilmesi için karşılıklı veya karşılıksız olarak bir mahalli tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde vazife veya rol alan kimse, yardımcı olarak cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri çevirirken, 71, 72, ve 73'üncü maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse; masraf ve para cezasından tüzel kişi diğer suçlularla birlikte müteselsilen mesuldür. Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67'nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur" denilmiştir.

bulacaktır. Bu suça iştirakin her şekli mümkündür. İştirak açısından herhangi bir özellik arz etmediğinden iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu suç açısından fiilin birden fazla kimse tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır.

### 3. İçtima

5237 Sayılı TCK sisteminde işlenen fiil sayısınınca suçun oluşacağı esas kabul edilmiştir. Eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarında suç sayısı ihlal edilen hukuki değere göre belirlenecektir. Öyle ki inceleme konumuzu oluşturan eser sahibinin izni olmaksızın eseri umuma iletme suçunda; failin hareketi aynı zamanda manevi hakları veya bağlantılı hakları da ihlal etmişse birden fazla suçun ihlali söz konusu olacağından gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır<sup>61</sup>. Zira burada korunan hukuki değerleri ve konusu farklı olan üç ayrı suç tipi oluşacaktır. Örneğin, eser sahibinin izni olmaksızın eserin değiştirilerek kamuya sunulması, temsil edilmesi, daha sonra da umuma iletilmesi halinde eser sahibinin mali ve manevi hakları ihlal edilmiş olacaktır<sup>62</sup>. Diğer taraftan bir eser sahibinin birden fazla eserinin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında umuma iletilmesi halinde zincirleme suç söz konusu olabilecektir<sup>63</sup>.

## V. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

### 1- Genel Olarak

765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlık kurumu, suç sonrası pişmanlık olarak düzenlenmiştir<sup>64</sup>. Etkin pişmanlık fiilin haksızlık vasfını ortadan kaldırmayıp, haksızlığın meydana

<sup>61</sup> Aksi görüş için bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2191.

<sup>62</sup> "Yeşilcam'da Bir Sultan" isimli belgesel niteliğindeki bilimsel eserin önemli bir kısmının alınıp, "Aynalar" isimle sinema filmi haline getirilip televizyonda yayınlanmasının, eser sahibinin çoğaltma ve televizyonla umuma iletim(FSEK m. 25) hakları yanında işleme hakkının da ihlaline yol açacağı Yarg. 11 HD t. 07.05.2007, E. 2006/4311 K. 2007/6941 sayılı kararı. Bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 1150.

<sup>63</sup> Yılmaz Yazıcıoğlu, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, XII Levha Yay., İstanbul 2009, s. 216.

<sup>64</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tep, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 270.

getirdiği neticeleri azaltması dolayısıyla failin cezasında indirimle gildirmesini veya hiç ceza verilmemesini sağlayan bir şahsi sebeptir<sup>65</sup>. Etkin pişmanlık suçun işlenmesi anında mevcut olmayıp suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkar.

FSEK m. 71/ son'da bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükme göre *"Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir"* denilmiştir. Buradaki etkin pişmanlık hükmü 71. maddede yer verilen tüm suçlar için geçerli olmayıp; sadece hukuka aykırı olarak başkası tarafından üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayınlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satın alan, satışı arz eden veya satan kişileri kapsamaktadır. Lafzi yorum itibarıyla etkin pişmanlık hükmünün uygulanması açısından hem failin ürünleri temin ettiği kişilerin bildirilmesi hem de bunların yakalanmalarını sağlama şartı aranmış gözükse de kanaatimizce iddianamenin kabulüne kadar failin ürünleri kimden temin ettiğini açıklaması halinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecektir. Cumhuriyet savcısının etkin pişmanlık dolayısıyla takdir hakkını kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilmesi için, bu etkin pişmanlık halinin ceza verilmemesini gerektiren bir etkin pişmanlık hali olması gerekir.

## 2-Etkin Pişmanlığın Şartları

### a. Ürünlerin Kimden Temin Edildiğinin Bildirilmesi

Failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için soruşturma aşamasının sonuna kadar ürünleri kimlerden temin ettiğini bildirmesi gerekir. Kovuşturma aşaması iddianamenin kabulü ile başlayan bir süreç olup failin iddianamenin kabulü kararından önce bu bilgileri vermiş olması gerekir. Doktrinde failin bu bildirim şartının soruşturma aşamasıyla sınırlı tutulması eleştirilmektedir<sup>66</sup>. Kanaatimizce de

<sup>65</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 7. Bası, Ankara 2008, s. 575

<sup>66</sup> Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay.,

bunun soruşturma aşaması ile sınırlandırılması yerinde olmamıştır. Bu suç açısından fail tarafından verilen bilgilerin etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilmesi için ürünlerin temin edildiği kişilerin sadece adlarının verilmiş olması yeterli değildir. Verilen bilgilerin temin edilen kişilerin yakalanmasını sağlayacak nitelikte olması ve kovuşturma aşaması tamamlanmadan bu kişilerin yakalanması şarttır. Aksi takdirde fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

### **b. Ürünleri Temin Edenlerin Yakalanmasının Sağlanması**

Fail tarafından soruşturma aşamasında bildirilen isimlerin en geç kovuşturma aşamasının sonuna kadar yakalanmış olması gerekir. 5271 sayılı CMK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği belirtilmiştir.

Kovuşturma aşamasında ise maddedeki şartların varlığının tespiti halinde hâkim fail hakkında verilecek cezadan indirim yapabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçebilecektir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir başka husus fiilin iştirak halinde gerçekleştirilmesi durumunda faillerden birinin ürünlerin nereden temin edildiğini bildirerek bunların yakalanmasını sağlamanın bunun diğer suç ortaklarında sirayet edip etmeyeceğidir. Kanaatimizce burada failin etkin pişmanlık teşkil eden bu fillerine diğer suç ortaklarının belirli ölçüde bir katkısının aranması gerekir. Eğer diğer suç ortaklarının buna herhangi bir katkısı yoksa bunlar etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacaklardır.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tipi açısından bakıldığında seçimlik hareketlerden umuma iletim hareketi yönünden etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulmasa da hukuka aykırı şekilde yayım halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulacağını düşünmekteyiz.

## VI. Soruşturma ve Kovuşturma

FSEK m. 71'deki mali haklara tecavüz suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır<sup>67</sup>. Madde başlığı her ne kadar soruşturma ve kovuşturma ibaresini taşımakta ise de maddenin düzenlediği konular sadece soruşturmaya ilişkindir.

Şikâyet süresi, TCK m. 73 uyarınca; şikâyet hakkı sahibinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aydır. Hukuk davası açma hakkı olan kimselerin, ceza davası açılması için de şikâyet hakkının olduğu kabul edilmelidir<sup>68</sup>. Meslek sahiplerinin de bu suç dolayısıyla şikâyet hakları bulunmaktadır<sup>69</sup>. Eser sahipleri dışında Milli Eğitim, Kültür ve Turizm Bakanlıklarının şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Bunların sadece hak sahiplerinin şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilmelelerinin sağlanması yükümlülüğü söz konusudur. Umuma iletim hakkı, eser sahibinin mali bir hakkı olmakla eğer bu hak yazılı olarak herhangi bir kimseye devredilmiş ise bu mali hakkı devralan gerçek veya tüzel kişi şikâyet hakkına sahip olacaktır.

<sup>67</sup> Madde 75 - (Değişik: 23/1/2008-5728/140 md.) "71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve mali hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler. Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre el koyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır." denilmiştir.

<sup>68</sup> Abdullah Çelik , Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali- ihlalin Sonuçları, Seçkin Yay., Ankara 2011. s. 298.

<sup>69</sup> Yarg. 7. CD. 2008/5640 E., ve 2011/2162 K., 22.02.2011 tarihli kararında "Kitabevinde çalındığı tespit edilen "Karşı Pencere Film Müzikleri"nin eser sahibi ve icracı sanatçısı tarafından yapımcı şirkete verilmiş hak (yetki) devrine ilişkin sözleşme bulunup bulunmadığı araştırılarak, katılan meslek birliğinin bu hususa ilişkin belgelerini sunması halinde şikâyet ve dava hakkı olduğunun kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir.

Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir (FSEK m. 75/1). Eser sahipliği her türlü belge ile kanıtlanabilir.

FSEK'teki bu düzenleme, kanunun koruma sisteminin “*eser bağlamında koruma*” ilkesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hakka konu teşkil eden eserin neden ibaret olduğu bilinmeden soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesi mümkün değildir<sup>70</sup>.

Maddede geçen “*hakları kanıtlayan belgeler ve sair deliller*” kapsamı açık değildir<sup>71</sup>. Ancak eserin veya bundan kaynaklı hakkın mahiyetine göre bu belgeler bu kapsamdadır. Özellikle mali haklar yönünden bu kavramın geniş yorumlanması gerekmektedir.

## VI. Uzlaşma

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda mağdur ile şüpheli veya sanık uzlaşmak suretiyle yargılamayı sona erdirebilirler<sup>72</sup>. Nitekim 5846 Sayılı FSEK'te uzlaşmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından bu suç yönünden CMK m. 253 ve devamı maddeleri gereğince taraflar uzlaşma yoluna gidebileceklerdir.

## VII. Yaptırım ve Zamanaşımı

FSEK m. 71'de “*Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek 1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, tem-*

<sup>70</sup> Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 2261.

<sup>71</sup> Yarg. 7. CD'nin 16.03.2011 tarih ve 2007/17247 E. ve 2011/3011 K. sayılı ilamında “Müşteki vekili tarafından 5846 Sayılı Kanunun 75. maddesinde belirtilen hak sahipliği belgelerinin şikâyet dilekçesine eklendiği, eserin orijinal örnekleri ile radyo kanalına ilişkin yayın bantının hak sahipliğine ilişkin belgeler olmayıp, söz konusu kayıtların gerekli görülmesi halinde ilgili kuruluştan Cumhuriyet Başsavcılığınca istenebileceği gözetilmeden, yazılı gerekçe ile kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi doğru değildir” denilmiştir. Karar için bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 2272.

<sup>72</sup> Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., 9. Bası İstanbul 2012, s. 791.

*sil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir”* denilmiştir.

Diğer taraftan kanun koyucu cezalar arasındaki makası geniş tutarak, hâkime somut cezanın takdir alanını genişletmiştir. İşlenen fiilin ağırlığına göre TCK m. 61’deki diğer kıstaslar da göz önüne alınmak suretiyle somut ceza belirlenecektir.

Maddenin yaptırım kısmında hem adli para cezası ile hapis cezasına seçimlik olarak yer verilmiş olması hem de hapis cezasının alt ve üst sınırının arasının geniş olması yerinde olmamıştır. Bu durum cezaların eşitliği özelliğini zedeleyebilecek ve keyfiliklere yol açabilecek bir düzenlemedir.

5846 sayılı FSEK Ek m. 4/3’te bir koruma tedbirine yer verilmiştir. (Değişik üçüncü fıkra: 3/3/2004-5101/25 md.) *Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister. İhlâlê devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*

5846 sayılı FSEK’de zamanaşımı bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu konuda TCK’nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

5237 Sayılı TCK m. 66/e'de "Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer" denilmiştir. Hak sahibinin izni olmaksızın eseri umuma iletim suçunun yaptırımı bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası olduğundan dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

Ceza zamanaşımı da TCK m. 68'de düzenlenmiştir. TCK m. 68/e uyarınca beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl olarak belirlenmiştir.

## XI. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Yetkili mahkeme konusunda FSEK'te bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle Bu suçta yetkili mahkeme genel hüküm niteliğinde olan CMK m. 12 ve devamı maddelerine göre belirlenecektir. CMK m. 12 uyarınca davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

Kanunun 76. maddesinde görevli mahkemeye ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Öyle ki FSEK m. 76/1'de "Bu Kanunun düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezaya bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir" denilmiştir.

Bu konuda ihtisas mahkemesi olarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri kurulmuş olup, FSEK'te düzenlenen suçlarda yetkili mahkeme bu mahkemelerdir. Bu mahkemenin kurulmadığı yerlerde asliye ceza mahkemelerinde davalara bakılır. Asliye ceza mahkemelerinden hangisinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

## Sonuç

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun cezai hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde; kanun yapma tekniği açısından gerekli hassasiyetin gösterilmemiş olduğu intibai uyanmaktadır. Öyle ki



5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile eser sahibinin maddi, manevi ve bağlantılı haklarını ihlal suçları, tek bir madde çatısı altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak bu yapılırken manevi hakları ihlal eden suç tipleri ile mali ve bağlantılı hakları ihlal eden suç tipleri iç içe girmiştir. Keza korunan hukuki değeri farklı olan suç tipleri bir arada düzenlenmiştir. Bu nedenle uygulamada yasadaki fiillerin, bağımsız birer suç tipi mi yoksa aynı suçun seçimlik hareketleri mi olduğu konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Ceza hukukunda kişi özgürlüğünün de korunması amaçlandığı düşünüldüğünde bu düzenlemenin ceza hukukunun birçok ilkesi ile çelişmekte olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Belirtelim ki her zaman bir eserin mali, manevi ve bağlantılı hakları aynı kişide birleşmez. Yasada manevi hakları ihlale yönelik suçlar m. 71/1-1’de düzenlendikten sonra diğer bentlerde bazı manevi hakların ayrıca suç olarak düzenlenmesinin altında yatan mülahazayı anlamak güçtür. Mevcut düzenleme ile failin bir hareketle bir kimseye ait mali, manevi ve bağlantılı hakları ihlal etmesi halinde kanaatimizce tek suç oluşacağı yönünde bir izlenim doğmaktadır. Bir hareketle kimi zaman hem eser sahibinin hem de mali veya manevi hak sahibinin haklarını ihlal edebilecek olması gerçekliğine rağmen yasada adeta suçla bunlardan her zaman sadece birinin ihlal edilebileceği gibi yanlış bir izlenim oluşturulmuştur.

Ceza hukukunda hâkim olan kanunilik prensibi gereğince tipiklikte yer verilmeyen manevi hakların koruma kapsamı dışında kalması söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan mali hakların sınırlı sayıda olmayıp; çağın gelişimine paralel olarak yeni mali hakların ortaya çıkması konusundaki tartışmalar kapsamında yasa düzenlemesi eser sahibinin bütün mali haklarını koruma konusunda yetersiz kalmaktadır.

İnceleme konumuzu oluşturan suç açısından “*hak sahiplerinin meşru menfaatlerini ihlal etme*” şartı getirilerek bilim ve sanat hürriyeti ile bağdaşmayan, keyfi uygulamaların önüne geçilmesi gerekmektedir.

Ülkemizde ivedi olarak, eser sahiplerine etkin hukuki koruma sağlayacak bir fikir ve sanat eserleri kanununun yapılması, ve kanunun cezai hükümlerinin de genel ceza hukukunun ilkelerine uygun, açık ve yalın ifadelerle düzenlenmesinin, bilim ve sanat hayatına yapılacak en büyük hukuki katkı olacağına kuşku yoktur.

### KAYNAKÇA

- Arkan Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Yay., İstanbul 2005.
- Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yay., Ankara 2012.
- Ateş Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Ayiter Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Mat., Ankara 1981.
- Bayram Selçuk, Teknolojik Gelişmeler Işığında Müzik Eserlerinde Umuma İletim Hakkı ve Tüm Yönleriyle Mobil Haklar Kavramı, Ufuk Matbaası, İstanbul 2009.
- Beşiroğlu Akın, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2004.
- Bozbel Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, XII Levha Yay., 1. Bası, İstanbul 2012.
- Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., 9. Bası İstanbul 2012.
- Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., 3. Bası, Ekim 2005.
- Çelik Abdullah, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali- ihlalin Sonuçları, Seçkin Yay., Ankara 2011.
- Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:II, 11. Bası, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Dönmezer Sulhi, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhine Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1963.
- Erbek Özge, Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Basım Yılı 2009.
- Erdil Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler. Beta Yay., 1. Bası, İstanbul 2003.
- Erel Şafak, Türk Fikir Sanat Hukuku, Ankara 1998.
- Erem/Danışman/Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 14. Bası, Ankara 1997.
- Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yay., Ankara 2012.
- Hafizoğulları Zeki, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, [http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04\\_Hafizoğullari.pdf](http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04_Hafizoğullari.pdf), (Erişim Tarihi 30.03.2013).
- Hirsch Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara Basımevi, 1948.
- İçel/Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Suç Teorisi, 2. Bası, Beta Yay., İstanbul 2000.
- İçel Kayıhan, Telif Ceza Hukuku Açısından Eser Kavramı ve Bu Bağlamda Avukat Dilekçelerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10 Güz 2006/2.
- Karahan/Suluk/Saraç/Nal, Fikri Mülkiyet Hukukun Esasları, Seçkin Yay.,3. Bası, Ankara 2011.

- Olgaç Senai, Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Olgaç Matbaası, İstanbul 1979.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Öngören Gürsel, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri, İstanbul, Öngören Hukuk Yayınları, 2010.
- Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2012.
- Özderyol Teknail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar, Vedat Yay., İstanbul 2006.
- Özen Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 7. Bası, Ankara 2012.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay, 3. Bası, Ankara 2005.
- Suluk/Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt: II, Arıkan Yay., İstanbul 2005.
- Taner Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İsmail Akgün Mat., 3. Bası, İstanbul 1953.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Yay., 5. Bası, İstanbul 2012.
- Turan Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezaî Himayesi, Seçkin Yay., Ankara 2012.
- Tüysüz Mustafa, Fikri Haklar üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yay., Ankara 2007.
- Yavuz/Alıca/Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- Yazıcıoğlu Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, XII Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Yenidünya Caner, 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, [http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006\\_X\\_2\\_10.pdf](http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_10.pdf). (Erişim Tarihi 01.01.2013).
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul 2010.

## KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVALARI

**Yakalama ve Gözaltı-Tutuklama- Arama- Elkoyma- Hakimlerin  
Hukuki Sorumluluğu**

**Nuri DÜZGÜN**

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

**Şerafettin ELMACI**

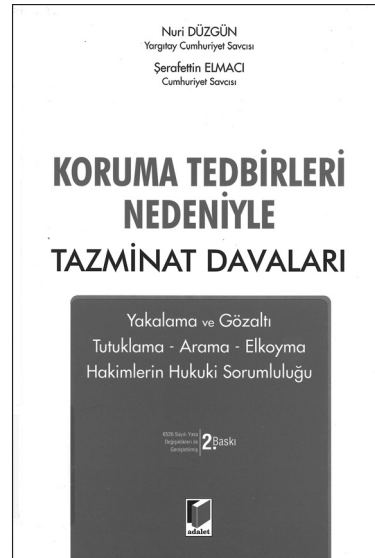
Cumhuriyet Savcısı

Adalet Yayınevi

Ankara- 2014

İkinci Baskı (6526 sayılı Yasa Değişiklikleriyle Genişletilmiş)

466 sayılı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılması ile yeni bir boyut kazanan "Koruma Tedbirlerine İlişkin Tazminat Davaları", bu kitapta karşılaştırmalı olarak açıklanmış, kişi hak ve özgürlükleri ile ihlallerin önlenmesine yönelik olarak CMK'da düzenlenen koruma tedbirleriyle ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur. "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" konusu hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre hem de 5271 sayılı Kanun'a göre ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak irdelenmiş ve konuya ilişkin Yargı Kararlarına da başlıklar altında ve belli bir sistematik dahilinde yer verilmiştir.



## CEZA MUHALEMESİNDE İSPAT ve ŞÜPHENİN SANIK LEHİNE YORUMLANMASI

**Doğan Gedik**

İstanbul Anadolu Cumhuriyet Savcısı

**Mahir Topaloğlu**

Emekli Ceza Hakimi

Adalet Yayınevi

Ankara- 2014

Birinci Baskı

Bir olaya ilişkin olarak “iki tanık lehte üç tanık aleyhte beyanda bulunduğunda ne şekilde karar vermek gerekir ya da ne şekilde karar veriliyor” sorusuna verilecek kısa bir cevap olmaması, yazarları bu çalışmayı hazırlamaya yönelten sebeplerden biri olmuştur. Önsözünde delillerin değerlendirilmesi, yöntemleri, boşlukları doldurma, akıl yürütme ve sonuç çıkarma, vicdani kanaat gibi konuların sadece hukuku değil mantık, psikoloji ve felsefe gibi disiplinleri de ilgilendirdiğinin belirtildiği kitapta; ispat ve ispat araçları, ispat ilkeleri, delil kavramı ve özellikleri, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi, sonuç çıkarma, delil yasakları ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi ayrıntılı ve sistematik bir şekilde anlatılmış ve Yargıtay İçtihatları ile desteklenmiştir.

Her iki kitap da yukarıda belirtilen özellikleriyle tüm meslektaşlarımızın ilgisine sunulur.

