



TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGITAY BAŞKANLIĞI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS)
VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE TÜRK MEVZUATI VE YARGITAY İÇTİHATLARI

TERÖR SUÇLARI İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇLARI KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
2016 ADLİ YIL AÇILIŞ SEMİNERİ
TÜRKİYE SUNUMU)

YAZARLAR

Dr. Mustafa SALDIRIM
(Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı)
Firdes ELMAAL GÖBEKÇİ
(Yargıtay Birinci Başkanlık Hâkimi)

Strazburg 2016



TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGITAY BAŞKANLIĞI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ (AİHS) VE
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM)
KARARLARI ÇERÇEVESİNDE
TÜRK MEVZUATI VE YARGITAY İÇTİHATLARI

TERÖR SUÇLARI İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇLARI KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
2016 ADLİ YIL AÇILIŞ SEMİNERİ
TÜRKİYE SUNUMU)

YAZARLAR

Dr. Mustafa SALDIRIM
(Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı)
Firdes ELMAAL GÖBEKÇİ
(Yargıtay Birinci Başkanlık Hâkimi)

**Strazburg
Ocak 2016**

ANLATIM PLANI

I.BÖLÜM:TERÖR SUÇLARI	3
GİRİŞ	3
I-TÜRKİYE'DEKİ TERÖR OLGUSUNA GENEL BAKIŞ	4
II-ULUSAL GÜVENLİK, KAMU GÜVENLİĞİ VE TERÖRİZM TANIMI	7
1-Kanunlardaki Ulusal Güvenlik, Kamu Güvenliği ve Terörizm Tanımı	7
2-Yargıtay İçtihatlarında Ulusal Güvenlik, Kamu Güvenliği ve Terörizm Tanımı	8
III-TERÖR SUÇLARINDA İLETİŞİMİN TESPİTİ VE BU KORUMA TEDBİRİNİN KÖTÜYE KULLANILMASININ ÖNLENMESİ KONUSUNDA GARANTİLER	12
IV-TERÖR SUÇLARINDA AİHS'nin 3,5,6 ve 8'inci MADDELERİNE AYKIRI DELİL ELDE EDİLMESİ	16
1-AİHS Bakımından Tesadüfen Elde Edilen Deliller	16
2-AİHS'nin 3'üncü Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller	17
3-AİHS'nin 5'inci Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller	19
4-AİHS'nin 6'ncı Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller	20
5-AİHS'nin 8'inci Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Kullanılması	22
II.BÖLÜM: İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇLARI	24
GİRİŞ	24
I-SOYKIRIM VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR KONUSUNDA TÜRKİYE'DEKİ MEVZUAT	25
1-Türk Ceza Kanunu'na Göre Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar	25
2-Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlara İlişkin Koruma Tedbirleri	28

a) Tutuklama.....	28
b) Elkoyma.....	28
II-CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA GÖRE MAĞDUR HAKLARI.....	29
III-SOYKIRIM İLE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR KONUSUNDA ZAMANAŞIMI VE AF.....	30

I.BÖLÜM:TERÖR SUÇLARI

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne terör saldırıları veya teşebbüsleri ile ilgili olarak yapılan başvurularda, şüphelilerin veya tutukluların yaşama hakkı tartışılmış ve AİHS'nin 2'nci maddesine göre bu hakkın korunacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede özellikle devletin kontrolü altında kaybolma, sivillerin silahlı çatışmada öldürülmesi ya da kaybolması sıklıkla AİHM kararlarına konu olmuştur. Bunun yanında, sözleşmenin 3,5,6 ve 8'inci maddeleri de terör ile ilişkilendirilebilen başvurularda sıklıkla tartışılan konular arasında yer almıştır.

"Background paper for the seminar Opening of Judicial Year January 2016" isimli belgenin "Introduction" kısmının 3'üncü fıkrasında Avrupa'daki terör olayları konusunda örnekler verilirken, yakın zamanda nitelik ve nicelik olarak daha şiddetli terör saldırılarının hedefi olan Türkiye'den örnek verilmemiştir. Terörizm konusuna bütünsel bir bakış açısı kazandırmak ve toplum yararı ile bireysel özgürlükler arasındaki dengenin gözetilmesi amacıyla öncelikle Türkiye'deki terör olgusu hakkında kısa bir bilgi verilmesi yararlı görülmüştür.

İkinci başlık altında, ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve terör suçunun kanunlarda ve içtihatlarda nasıl tanımlandığı açıklanacaktır.

Üçüncü başlık altında, elektronik iletişim de dahil olmak üzere, terör suçları hakkında alınan koruma tedbirleri ile bu tedbirlerin kötüye kullanılması üzerinde durulacaktır.

Dördüncü başlık altında, AİHS'nin 3,5,6 ve 8'inci maddeleri ihlal edilerek delil elde edilip edilmeyeceği, edilmesi mümkün ise hangi koşullarda bu delillerin kullanılabileceği konusunda açıklama yapılacaktır.

I-TÜRKİYE'DEKİ TERÖR OLGUSUNA GENEL BAKIŞ

Türkiye Cumhuriyeti kuruluşundan bu yana geçen 93 yıllık süre içerisinde bir kısmı Osmanlı İmparatorluğu'ndan miras kalan, bir kısmı "*Cumhuriyetin Kuruluş İdeolojisi*"ne yönelen tepkilerden kaynaklanan, bir bölümü de yer aldığı coğrafyanın özellikleri nedeniyle oluşan terörizm tehdidiyle karşı karşıya kalmıştır. Genel bir ifade ile Türkiye'nin yakın ve şiddetli terör olaylarını yaşamadığı dönemler istisnadır¹.

Türkiye'nin yakın tarihine kronolojik olarak bakıldığında; 1970-1980 yılları arasında Ermeni Terörizmi², yine aynı periyod içerisinde 12 Eylül 1980 ihtilali ile sonuçlanan sağ-sol çatışmalarından kaynaklı ideolojik terörizm, 1990-2000 yılları arasında etkin olan radikal dinci terör, 1984 yılından itibaren

¹ Türkiye ve Terörizm, (Rapor), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006 (Türkiye ve Terörizm), s.531.

² Osmanlı İmparatorluğu'nun İçişleri Eski Bakanı Talat Paşa'nın 15 Mart 1921'de Berlin'de; Osmanlı İmparatorluğu Dışişleri Eski Bakanı Said Halim Paşa'nın 6 Aralık 1921'de Roma'da; Osmanlı İmparatorluğu devlet adamları Bahaeddin Şakir Bey ile Cemal Azmi Bey'in 1922'de Berlin'de öldürülmeleri ile başlayan suikastlar zinciri nedeniyle, Ermeni terörizminin kökleri Birinci dünya savaşının sonlarına kadar dayandırılabilir. Bkz.Heath W. Lowry, Ninteenth and Twentieth Century Armenian Terrorism: "Threads of Continuty", (International Terorrism and The Drug Connection, Syposium on International Terorism, 17-18 April 1984, Ankara, Turkey, s.71-83), s.77.

başlayıp halen etkisi devam eden etnik bölücü terör Türkiye'nin gündemini meşgul etmiştir. Son yıllarda El Kaide ve bu örgütle paralel hareket eden diğer örgütlerin "küresel terörizm" kapsamındaki faaliyetleri de Türkiye'yi tehdit etmektedir. Öte yandan Türkiye'nin sınır komşuları olan Irak ve Suriye'de yaşanan karışıklıklardan dolayı kendine uygun bir ortam bulan İŞİD/DEAŞ da Türkiye için önemli bir tehlike oluşturmaya başlamıştır. Son olarak Şanlıurfa'nın Suruç İlçesinde 20 Temmuz 2015'teki saldırıda 34 sivil ölmüş ve 100'den fazla kişi yaralanmış; Ankara'da 10 Ekim 2015'te Ankara Garı'nda gerçekleştirilen bombalı eylem sonucunda 107 kişi hayatını kaybetmiş, 500'den fazla kişi de yaralanmıştır. Bu terör saldırılarının acısı henüz dinmeden, bir benzeri 13 Kasım 2015'te Paris'te yaşanmış, 140 kişi ölmüş ve çok sayıda insan yaralanmıştır.

Yukarıda çok kısa şekilde özetlenen Türkiye'nin yakın tarihinde maruz kaldığı ve halen süregelen terörizm tehdidinin belirgin iki özelliği vardır. İlk özellik; etnik, radikal dinci ve ideolojik olmak üzere neredeyse bilinen tüm terörizm türlerinin Türkiye'de ortaya çıkmış olması ve bazen de bu terör türlerinin eş zamanlı olarak faaliyette bulunmasıdır. İkincisi de karşılaşılan tüm terörizm tehditlerinin arkasında güçlü bir dış desteğin (veya desteklerin) varlığıdır³. Terörizm faaliyetleri, Türkiye'de son 40 yıl içinde onbinlerce insanın ölümüne, çok daha fazlasının yaralanmasına ve bu olaylardan kaynaklı nüfus hareketlerine neden olmuştur. Yüz milyarlarca dolarlık doğrudan ve dolaylı kayıplardan⁴ daha da önemli

³ Türkiye ve Terörizm, s.531,532.

⁴ Dolaylı zararlar arasında, Türkiye'nin yararlanabileceği doğrudan yatırımlar ile diğer yardımlar yer almaktadır. Türkiye son 40 yıl içinde ortalama 40,6 yurt içi terörüne, 6.50 uluslararası terör olayına maruz

olanı, terör olaylarından dolayı insanların yaşadıkları travmaların yarattığı manevi zararların telafisinin mümkün olmamasıdır.

Terörün Türkiye'ye verdiği zararların diğer bir boyutu da öncü ve üstün fikirleri ile geniş kitleleri etkileme gücü bulunan araştırmacı, gazeteci ve yazarların sistematik olarak öldürülmesi suretiyle toplumun "zeka ve anlama gücünün" zayıflatılması olmuştur. Bu olayların faillerinin neredeyse hiçbirinin yakalanamaması meselenin oldukça karmaşık ve derin boyutları olduğunu göstermektedir. Bazen terörist eylemlerin hedefi doğrudan yargı mensupları olmuş, en son 31 Mart 2015'te İstanbul Cumhuriyet Savcısı Mehmet Selim Kiraz, makam odasında terörist bir eylem sonucu şehit edilmiştir.

Geçmişte IRA ve ETA'nın 200-400, Kızıl Tugaylar'ın 50-70 ve Japon Kızıl Ordusu'nun 20-30 civarında eylemcisi bulunduğu hesaplanırken⁵, bugün Türkiye için güncel tehdit oluşturan PKK'nın ve İŞİD/DEAŞ'ın militan sayıları onbinler ile ifade edilmektedir. Bu da Türkiye'nin maruz kaldığı terör tehdidinin boyutlarını net olarak ortaya koymaktadır.

Yukarıda kısaca özetlendiği üzere Türkiye, hem bugüne kadar uğradığı maddi ve manevi kayıplar hem de halen devam eden terör tehdidinin nicelik ve nitelik olarak yoğunluğu bakımından, diğer Avrupa ülkeleri ile kıyaslanmayacak ölçüde yoğun bir terör saldırısı altındadır. Bu

kalmış olup, dünyada en çok teröre maruz kalan ülkeler arasında 7'nci sıradadır. Bkz. Subhayu Bandyopadhyay, Todd Sandler, Javed Younas: The Toll of Terrorism, Finance & Development, June 2015 (International Monetary Fund), s.26.

⁵ Türkiye ve Terörizm s.131.

nedenle Türk Yargıtay'ı terör suçları konusunda oldukça deneyimlidir.

Halkın teröre karşı korunması ile insan haklarının korunması birbirinin alternatifi değildir. İnsan hakları, etkili terör stratejilerine engel değildir. Terör, insan haklarını ciddi bir şekilde tehlikeye atmaktadır. Devletler, yargı yetkisi içindeki herkesin temel haklarını terör eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü altındadır.

II-ULUSAL GÜVENLİK, KAMU GÜVENLİĞİ VE TERÖRİZM TANIMI

1-Kanunlardaki Ulusal Güvenlik, Kamu Güvenliği ve Terörizm Tanımı

Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 1'inci maddesine göre, "**Terör**; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

TMK'nun 2'nci maddesinde **terör suçlusu** tanımlanmıştır. Buna göre, "(1) (yukarıda yer verilen) Birinci maddede

belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.- (2)Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır.”

TMK’nun 3’üncü maddesinde, Türk Ceza Kanunu’nun bazı maddeleri **terör suçu olarak kabul edilmiştir**. Bu maddeye göre, “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.”

TMK’nun 4’üncü maddesinde ise TMK’nun 1’inci maddesindeki amaçlarla işlenmesi halinde terör suçu sayılacak bir suçlar kataloğu bulunmaktadır.

Ceza kanunlarında “ulusal güvenlik” veya “kamu güvenliği” kavramlarının tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kavramların içeriği, bilimsel görüşler ve yargı uygulaması ile belirlenmektedir.

2-Yargıtay İçtihatlarında Ulusal Güvenlik, Kamu Güvenliği ve Terörizm Tanımı

Aşağıda alıntılanan iki Yargıtay kararında açıklandığı üzere, “ulusal güvenlik”, “kamu güvenliği” ve “terörizm” kavramları; Türkiye Cumhuriyet Anayasası’ndaki temel haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki ölçütler bir bütün olarak değerlendirilerek somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir.

Bir Yargıtay kararında bu husus şöyle açıklanmıştır:

"Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği olan Demokrasi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce tasarlanan ve sözleşmeyle bağdaşabilen yegane politik modeldir. Siyasi partiler ise, Anayasamızın 68/2. maddesinde de vurgulandığı gibi, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. - Siyasi partiye üye olma ve bir siyasi partinin çatısı altında siyasi faaliyetlerde bulunma örgütlenme özgürlüğü kapsamında iken, özgürlüğün topluca kullanımı bağlamında ifade özgürlüğü ile de ilişkilidir. -... Anayasamızın 68. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile tanınan siyasi partilere üye olma ve siyasi faaliyette bulunma özgürlüğünün kötüye kullanımı, yine Anayasamızın 14/2 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddeleri uyarınca yasaklanmıştır. Bir faaliyetin siyasi faaliyet-örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi ve **Anayasa ile Sözleşmenin korumasından yararlanabilmesi için gerçekleştirilmekte olduğu bağlam ile birlikte cebir ve şiddet ile ilişkisi**, kullanılan yöntem ve takip edilen amacın hukuk ve demokrasi kurallarına uygun olup olmadığı ve bir terör örgütü ile amaç veya yöntem bakımından ya da yapısal bir bağlantısının bulunup bulunmadığına bakılmalı ve **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ..."Sadak ve diğerleri" kararında yaptığı ayrım da dikkate alınmalıdır.** (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 22.01.2014 T, 2013/7004 E, 2014/632 K.)

Yargıtay'ın başka bir dairesinin kararında da öğretide görüşler değerlendirildikten sonra terör örgütü üyeliğinin koşulları şöyle açıklanmıştır:

"Örgüte yardım suçunda kast unsuru yönünden öğretideki görüşler incelendiğinde; bir suçun kanuni tanımında "bilerek",

"bildiği halde", "bilmesine rağmen" gibi ifadelerle açıkça yer veren suçlar olası kastla işlenemez. (Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ, TCK Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 241)-Kişi, örgütün işlediği somut fiili bilmesede de terör örgütü olduğunu, sağladığı yardımın örgütün yararına kullanılacağını bilmeli ve bu irade ile hareket etmelidir. İnsani mülahazalarla yapılan yardımlar örgüte yardım suçunu oluşturmaz. Yapılacak her türlü yardımın suç olarak değerlendirilmemesi gerekir. (Prof.Dr. A. Caner YENİDÜNYA - Arşt.Görv. Zafer İÇER, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, 1. Baskı, s. 56) - Örgüte yardım suçunda manevi unsurun oluşması için genel kasıt yeterli değildir. Özel kasıt ile işlenen bir suçtur. Fail örgütün amacını gerçekleştirmesine katkı sağlamak kastı ile hareket etmelidir. (Yrd.Doç.Dr. Namık Kemal TOPÇU, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları, s. 164) - Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek yardım edilmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yardım fiilinin örgütün suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğu bilinerek gerçekleştirilmiş olması gerekir. Fıkra metninde geçen "bilerek" ibaresi doğrudan kastı ifade eder. Doğrudan örgüte değil de örgüt mensuplarına yardım edilmesi halinde, yardım edilen kişilerin suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt mensubu olduklarının da bilinmesi gerekmektedir. Örgüt mensuplarına yapılan yardımı, aynı zamanda örgüte yapılan yardım olarak değerlendirmek gerekir. Ancak, bu yardımın örgütün amacını gerçekleştirmeye hizmet eden bir yardım olması gerekmektedir. (Prof.Dr.İzzet ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 7. Baskı, s. 38-39) - Silahlı örgüte üye olmadığı anlaşılan sanığın, örgütün amacını ve faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek ve bu amaçla patlayıcı madde bulundurma eylemi, silahlı örgüte yardım suçunun özel

bir şeklini düzenleyen TCK'nın 315. maddesinde tanımlanan suçu oluşturur. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 05.11.2009 tarih ve 2009/10374 E- 2009/11111 K.) - Yukarıda yer verilen öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin geçmişteki uygulamaları göz önüne alındığında; suç örgütleri veya silahlı terör örgütlerine yardım suçunun ancak doğrudan kastla işlenebileceği, yardımın örgütün amacını gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerektiği, örgüt üyelerine yapılan yardımın da örgüte yapılmış gibi kabul edilmekle birlikte örgüt üyesinin mensup olduğu örgütün bilinmesi ve bu yardımın da insani mülahazalarla değil örgütün amaçlarını gerçekleştirme gayesiyle yapılması hususunda ortak bir kanaat mevcuttur. - ...Türk Ceza Hukukunda silahlı terör örgütünün unsurları şu şekilde kabul edilmektedir; üye sayısı; en az 3 kişiden oluşur. (TMK 7/1, TCK 220-314 maddeleri.) - **Amaç ve saik;** terör örgütü siyasi maksatla faaliyet gösterir. Türk Ceza Hukuku'nda terör örgütleri, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetlerini yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla faaliyet gösterir. (TMK mad.1) - **Yöntem;** terör örgütü cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle hareket eder. (TMK 1-7.md.) - **Elverişlilik;** terör örgütünün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. (TCK 220.md.) - **Araç-gereç;** terör

örgütü silahlı bir örgüt türüdür. (TMK 7.md. TCK 314.madde.)- **Örgüt Üyeliği:** Örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyeliği temadi eden bir suçtur. Örgüte üye olmak kişinin rızasıyla örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmasıdır. Örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Sadece örgüte sempati duymak bu suçu oluşturmaz. - Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik uygulamasında; silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. ..." (16.CD, 30.04.2015 T, 2015/3344 E, 2015/926 K)

III-TERÖR SUÇLARINDA İLETİŞİMİN TESPİTİ VE BU KORUMA TEDBİRİNİN KÖTÜYE KULLANILMASININ ÖNLENMESİ KONUSUNDA GARANTİLER

Bu konu Yargıtay uygulamasında şu şekilde değerlendirilmektedir:

"...Güvenlik sağlanırken temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması da hukuk devletinin göstergelerindendir. Bu nedenle haberleşme hürriyetini ve özel hayatın gizliliğini sınırlandıran iletişimin tespiti Ceza Muhakemesi Kanununda sıkı şartlara bağlanmıştır. Uygulayıcıların meşru amaca varmak için kullandıkları araçlar da meşru olmalıdır. "Çok sayıda kişiyi dinler ve izlersem suç işleyeni tespit ederim" düşüncesi,

demokratik toplumlarda kabul görecek davranış şekillerinden değildir. Bireylerin unutulma hakkı, evrensel haklar arasında yer almaktadır.” (16.CD, 30.04.2015 T, 2015/3344 E, 2015/926 K).

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı Beşinci Bölümünde bu konu düzenlenmiştir. “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması” başlıklı CMK’nun 135’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir...” Bu fıkra uyarınca iletişimin tespiti kural olarak üç hakimli ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile vereceği kararla mümkündür. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise derhal mahkemeye sunmak üzere Cumhuriyet savcısı tarafından iletişimin tespitine karar verilebilir.

CMK’nın 135’inci maddesinin 2’nci fıkrasında ise genel bir dinleme yapılması engellenmiştir.

CMK’nın 135’inci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, (3)"Şüpheli veya sanığın" tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir." Bu şekilde özel hayatın ve aile hayatının gizliliği güvence altına alınırken, delil oluşturmayacak dinlemeler de engellenmek istenmiştir.

Yargıtay uygulaması şu şekildedir: "...dosya şüphelileri olarak haklarında soruşturma yürütülen A. Y. ve M. Y'a yönelik uygulanan dinleme faaliyeti sırasında sanık ile yaptıkları tespit edilen görüşmelerin de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle CMK'nın 135/2. maddesi uyarınca kayda alınamayacağı ve derhal yok edilmesi gerektiği,..." (16.CD, 4.5.2015 T, 2015/252 E, 2015/1078 K).

CMK'nın 135'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında dinlemelere yasal süreler getirilmiş olup, hakim kararıyla dahi olsa ancak belli bir süre ile iletişimin tespitine karar verilebileceği belirtilmiştir. Süre sınırı olmaksızın hakim kararıyla dahi olsa iletişimin tespiti yasaklanmıştır.

CMK'nın 135'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında ancak somut olay bakımından dinleme yapılmasına olanak tanınmıştır. Genel ve soyut olarak iletişimin tespiti bu hükme göre yasaktır.

CMK'nın 135'inci maddesinin 7'nci fıkrasına göre "(7) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur." Bu şekilde özel hayatın ve aile hayatının gizliliği korunurken, kamu güvenliğinin sağlanması da dikkate alınmıştır.

CMK'nın 135'inci maddesinin 8'inci fıkrasında terör suçları da dahil olmak üzere ancak kanunda açıkça sayılan suçlar bakımından iletişimin tespitine karar verilebilir. Daha açık bir anlatımla her suç bakımından iletişimin tespiti yoluyla delil elde etmek mümkün değildir.

CMK'nın 135'inci maddesinin 9'uncu fıkrasına göre, "(9) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve

kayda alamaz.” Daha açık bir anlatımla iletişimin tespiti idari makamların kararları ile yapılamaz. Aynı şekilde bir soruşturma konusu olmadan yapılan önleme dinlemesi (istihbarat amaçlı dinleme) sonucu elde edilen deliller ise bir suçun ispatında kullanılmaya elverişli değildir (CGK’ nın 17.5.2011 tarih ve 2011/93-95 sayılı kararı.)

İletişimin tespiti bakımından savunma hakkının korunması da özel bir hükümle sağlanmıştır. “Müdafiin Bürosu ve Yerleşim Yeri” başlıklı 136’ncı maddeye göre, “ (1) Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135’inci madde hükmü uygulanamaz.” Bu hüküm uyarınca sanık veya şüphelilerin avukatları hakkında iletişimin tespiti tedbiri uygulanması yasaktır.

“Kararların Yerine Getirilmesi, İletişim İçeriklerinin Yok Edilmesi” başlıklı CMK’nın 137’nci maddesinde iletişimin tespitine ilişkin kayıtların başka amaçlarla kullanılmasının engellenmesi amacıyla kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ya da Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim tarafından onaylanmaması durumunda iletişimin tespitine ilişkin kayıtların yok edilmesi gerekir. Ayrıca bu durumda, hakkında iletişimin tespiti işlemi uygulanan kişiye bilgi verilmektedir.

Terör suçlarında “somut delillere dayanan” kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir (CMK m.140).

IV-TERÖR SUÇLARINDA AİHS'nin 3,5,6 ve 8'inci MADDELERİNE AYKIRI DELİL ELDE EDİLMESİ

1-AİHS Bakımından Tesadüfen Elde Edilen Deliller

CMK'nın "Tesadüfen Elde Edilen Deliller" başlıklı 138'inci maddesine göre, " (1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir - (2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135'inci maddenin 6'ncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir." Bu şekilde tesadüfen elde edilen delillerin kullanılmasına yasa olanak tanımaktadır. Ancak bu hükmün, AİHS'nin 3,5,6 ve 8'inci maddelerini ihlal eden bir yönü yoktur. Zira bu deliller sonuçta hakim kararına dayalı olarak tespit edilmektedir. Ayrıca, ancak iletişimin tespiti tedbirinin uygulanabildiği suçlar bakımından bu delilin hukuki bir değeri vardır.

Yargıtay uygulaması şu şekildedir:

"Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek şekildeki "tesadüfen elde edilen

deliller” CMK’nın 135/8. maddesinde düzenlenen katalog kapsamındaki suçlara ilişkin ise, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Buna karşın CMK’nın 138/2. maddesinin açıklığı karşısında katalog kapsamında yer almayan suçlara ilişkin kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değildir. Kanunda, kişiler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yalnızca belirli ağırlıktaki suç tipleri bakımından meşru kabul edilmiş, bunlar dışındaki suçlar yönünden ise özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına ilişkin yarar üstün tutulmuştur.” (16.CD, 2015/1114 E, 2015/622 K)

2-AİHS’nin 3’üncü Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller

AİHS’nin 3’üncü maddesine göre, “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 17’nci maddesine göre, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.-Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. **Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.**”

CMK’nun “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlıklı 148’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, “Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. - **(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. -**

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz” Bu hüküm açık olup, terör suçları bakımından bu maddeye istisna teşkil eden bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasak yöntemlerle elde edilen delillerin terör suçları dahil olmak üzere herhangi bir suç bakımından delil olarak kullanılması mümkün değildir.

CMK’nın 230’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendine göre hakim kararında, dosyada mevcut olması halinde “Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri” de göstermelidir. CMK’nın 289/1-i hükmüne göre, “i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.” hali kesin bozma nedenidir. Daha açık bir anlatımla hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillere göre mahkumiyet kararı verilemez. Bu kuralın terör suçları bakımından bir istisnası yoktur. Aşağıda alıntı yapılan **Yargıtay uygulamasına göre, gizli tanık beyanı tek başına mahkumiyet için yeterli delil sayılmaz. Ayrıca, hakkında iletişim tespiti kararı bulunmayan kişinin dinlenilmesi yoluyla elde edilen delile göre de mahkumiyet kararı verilemez. Karar şu şekildedir:**

“...sanık hakkında usulüne uygun olarak alınmış bir iletişim tespiti kararı bulunmadığı halde yine aynı Mahkemenin 2013/2324 ve 3668 sayılı kararları ile bu kez bahse konu hattı sanığın kullandığından bahisle tedbirin birer ay uzatılmasına karar verildiği, ancak anılan ilk tedbir kararlarının süresi boyunca elde edilen ve hükme esas alınan

tape kayıtlarının sanığa yönelik uygulanan bir tedbir kararına dayanmaması nedeniyle hukuka aykırı delil niteliğinde bulunduğu, ayrıca sanığın kardeşleri olan ve başka dosya şüphelileri olarak haklarında soruşturma yürütülen A.Y.Y. ve M. Y'a yönelik uygulanan dinleme faaliyeti sırasında sanık ile yaptıkları tespit edilen görüşmelerin de tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında gerçekleştirilmiş olması nedeniyle CMK'nın 135/2. maddesi uyarınca kayda alınamayacağı ve derhal yok edilmesi gerektiği, sanığın tüm aşamalarda iletişimi dinlenen hatların ve kaydedilen görüşmelerin kendisine ait olmadığını savunduğu, bunun dışında gizli tanık beyanının da tek başına sübut delili olarak kabul edilemeyeceğinin anlaşılması karşısında; sanığın silahlı terör örgütüne yardım etme suçunu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı başkaca delil de elde edilemediği gözetilmeden yüklenen suçtan beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi yanlıştır..." (16.CD, 4.5.2015 T, 2015/252 E, 2015/1078 K)

Türk Ceza Kanununda "işkence" ağır bir suç olarak tanımlanmış olup, bu suçun sonucunda mağdurda kalıcı bir zarar oluşursa, ceza daha da ağırlaşmaktadır. Ayrıca, işkence suçunda zamanaşımı yoktur (TCK m.96/son).

3-AİHS'nin 5'inci Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller

CMK'nın 91'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "1) Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için

gözüaltına alınmasına karar verilebilir. Gözüaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.”

CMK’nın 91’inci maddesinin 3’üncü fıkrası, terör suçları da dahil olmak üzere toplu işlenen suçlarda gözüaltı süresini düzenlemektedir. Bu hükme göre, “Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözüaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözüaltı süresinin uzatılması emri gözüaltına alınana derhal tebliğ edilir.” Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında da şiddet olaylarının yaygınlaşması sonucunda kamu düzeninin bozulması halinde gözüaltı süresi en fazla 4 gündür.

CMK’nın 100’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren “somut delillerin” ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez.” Bunun dışında terör suçları bakımından kuvvetli şüphe bulunması halinde, tutuklama nedeni var sayılabilmektedir.

4-AİHS’nin 6’ncı Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller

Türkiye, Birleşmiş Milletler düzeyinde insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri ve AİHS’ni kabul etmiş ve

AİHM'e bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerde, adil yargılanma hakkı ve bunun gerekleri olan suçsuzluk karanesi, susma hakkı, silâhların eşitliği ilkeleri ve savunma hakları gibi hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90'ıncı maddesi uyarınca, bugün artık Türk iç hukukunun uyulması zorunlu kısımları hâline gelmişlerdir. Söz konusu sözleşme hükümleri, Yargıtay ve mahkemeler tarafından doğrudan uygulanmakta, Anayasa Mahkemesi'nce de destek norm olarak kullanılmaktadır.

Ancak, adil yargılanma hakkı küresel bir tehdit haline gelen terörizm ile mücadelede bir eksiklik olarak algılanmamalı, ağır suçlar bakımından temel insan hakları korunarak bazı özel koruma tedbirlerine başvurulabilmelidir. Bu kapsamda TMK'nın 20'nci maddesinde terörle mücadele eden kamu görevlilerine bazı ek korumalar sağlanmıştır. Ancak bu korumalardan yararlananların tanıklıkları tek başına mahkumiyet için yeterli değildir.

Yargıtay uygulamasına ilişkin iki karara aşağıda yer verilmiştir:

"Hakkında 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 5/1. maddesinin "a" ve "b" bentlerine göre koruma tedbiri uygulanan tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceğine ilişkin anılan Kanunun 9/8. maddesindeki hüküm nazara alınmadan ve bunun dışında sanığın yüklenen suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu

itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA,” (9.CD.2013/14311 E, 2014/11178 K)

“...soruşturma kapsamında yakalanan sanık S.B.'in önceki tarihler itibarıyla suça karışıp karışmadığı yönüyle yapılan araştırmalar sırasında, bir başka soruşturma evrakı üzerinden bilgi ve beyanlarına başvurulmuş gizli tanık “S.” isimli şahsın Cumhuriyet Savcısı huzurunda yapmış olduğu ifadedeli fotoğraf teşhis tutanağında, sanık S. B.'in Siteler Polis Merkezine 14.12.2011 ve 18.12.2011 günü patlayıcı madde atılması eylemlerini gerçekleştiren kişiler arasında bulunduğunu beyan etmesi nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiş ise de; 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9/8. maddesi uyarınca "bu kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez" şeklindeki emredici düzenlemeye göre; mahkumiyet için başka delil de elde edilememesi karşısında, salt gizli tanığın beyanından başka mahkumiyet hükmüne esas teşkil edecek delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde karar verilmesi,... kanuna aykırıdır.” (16. CD,29.4.2015 T, 2015/1399 E, 2015/1060 K)

5-AİHS'nin 8'inci Maddesine Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Kullanılması

AİHS'nin 8'inci maddesinde aile ve özel hayata saygı düzenlenmiştir.

Bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımı şu şekildedir:

“Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukuk mevzuatımızdan sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. Diğer taraftan, Sözleşmenin 8. maddesinde güvenceye alınan özel hayat ve haberleşme hürriyetine ilişkin kişi haklarına aykırı şekilde elde edilen delilin soruşturma veya kovuşturmada kullanılması, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir.” (16.CD, 2015/1114 E, 2015/622 K).

Yukarıda AİHS’nin 3’üncü maddesinde yapılan açıklamalar çerçevesinde, terör suçları bakımından AİHS’nin 8’inci maddesine aykırı şekilde elde edilen delillerin kullanılması yasaktır.

II.BÖLÜM: İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇLARI

GİRİŞ

İnsanlık kavramı oldukça geniş bir kavramdır. Bu sebeple "insanlığa karşı suç" tipinin, savaş suçlarından ayrı, başlıbaşına bir suç olarak düzenlenmesi devletlerin itirazlarıyla karşılaşmış ve zaman almış, tarihsel olarak diğer uluslararası suçların aksine, çeşitli uluslararası mahkemelerin statülerinde yer alarak gelişmiştir.

Türk hukuk uygulamasında "soykırım suçu" ve "insanlığa karşı suçlar"a ilişkin bir içtihat birikimi bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışma, ilgili mevzuat hakkında verilen bilgilerle sınırlı tutulmuştur.

Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı Kararıyla onaylanarak imzaya açılmış ve Türkiye söz konusu Sözleşmeye 23/3/1950 tarihli ve 5630 sayılı Kanun uyarınca çekince koymaksızın katılmıştır. Onamaya ilişkin Kanun 29/3/1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmenin 1 inci maddesinde "Sözleşen taraflar, soykırımın, ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun, bir devletler hukuku suçu olduğunu tasdik ederler ve bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ederler " ifadesine yer verilmiştir. Sözleşme'nin 3 üncü maddesinde, cezalandırılması gereken eylemler belirtilmekte, 5 inci maddesinde ise taraf

devletlerin, “Sözleşme” hükümlerinin yürürlüğe konmasını ve özellikle 3 üncü maddede belirlenen suçları işlemekten sanık kişiler için etkin cezaların verilmesini sağlamak üzere gerekli kanunları, anayasaları çerçevesinde, yürürlüğe koymaları gereğine işaret edilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90’ıncı maddesinin son fıkrasına göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

I-SOYKIRIM VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR KONUSUNDA TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT

1-Türk Ceza Kanunu’na Göre Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar

26.9.2004 Tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK’nun) “Özel Hükümler”e ilişkin İkinci Kitabının “Uluslararası Suçlar” başlıklı Birinci Kısımının, “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölümünde “Soykırım” ve “İnsanlığa Karşı Suçlar” düzenlenmiştir.

TCK’nun “Soykırım” başlıklı 76’ncı maddesine göre, “(1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırkı veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların

üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.
- c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.
- d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.
- e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

TCK'nun "İnsanlığa karşı suçlar" başlıklı 77'nci maddesine göre, "(1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kasten yaralama.
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme.
- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma.
- e) Bilimsel deneylere tabi kılma.
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.
- g) Zorla hamile bırakma.
- h) Zorla fuhşa sevk etme.

(2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek ictima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

TCK'nun "Örgüt" başlıklı 78'inci maddesine göre, "(1) Yukarıdaki maddelerde yazılı suçları işlemek maksadıyla örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu örgütlere üye olanlara beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(3) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, dünyanın barış ve güvenliğini tehdit etmesi, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlar olması ve bu suçların içerdiği haksızlıkların diğer suçlardan daha yoğun olması nedeniyle TCK'da özel hükümlerin ilk maddelerinde düzenlenmiştir.

2-Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre soykırım ve insanlığa karşı suçlara ilişkin koruma tedbirleri

a) Tutuklama

4.12.2004 Tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK'nun) "Tutuklama nedenleri" başlıklı 100'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." Ancak, aynı maddenin 3'üncü fıkrasına göre "(3) Soykırım ve insanlığa karşı suçların (madde 76, 77, 78) işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir." Bu hükümlere göre, soykırım ve insanlığa karşı suçlarda kuvvetli şüphe bulunması tutuklama için yeterli olup, ayrıca somut delillerin ve diğer tutuklama nedenlerinin bulunmasına gerek yoktur.

b) Elkoyma

CMK'nun "Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma" başlıklı 128'inci maddesine göre, "(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait malvarlığına el konulabilir. CMK'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasının a-1 hükmü uyarınca, yukarıdaki koruma önlemi soykırım ve insanlığa karşı suçlarda da uygulanır.

“Zorlama amaçlı elkoyma ve teminat belgesi” başlıklı CMK’nun 248’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “(1) Kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafiiine bildirilir.” Aynı maddenin 2’nci fıkrasının a-1 hükmü uyarınca bu hüküm soykırım ve insanlığa karşı suçlarda da uygulanır.

II-CEZA MUHAEMESİ KANUNU’NA GÖRE MAĞDUR HAKLARI

CMK’nun 237/1 hükmüne göre, “(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.” Ayrıca, CMK’nun 239’uncu maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “(1) Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir.” Dolayısıyla soykırım ve insanlığa karşı suçlarda mağdurlara ücretsiz avukat yardımı sağlanmaktadır. CMK’nun 243’üncü maddesine göre, “Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler.”

CMK’nun 260’inci maddesine göre, “Hakim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını

alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.”

CMK bakımından, yukarıda öngörüldüğü şekilde, “mağdur” veya “suçtan zarar görenler” davaya katılabilirler. Bu kavramların içeriği ve sınırları mahkeme içtihatlarıyla somut olayın koşullarına göre belirlenir.

III-SOYKIRIM İLE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR KONUSUNDA ZAMANAŞIMI VE AF

Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Soykırım Suçu”nu düzenleyen 76’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasına göre, soykırım suçundan dolayı zamanaşımı işlemez. Daha açık bir anlatımla bu suçlar, zamanaşımına uğramazlar. Aynı kural, “insanlığa karşı suçlar” için de geçerlidir (TCK m.77/3). Bu konuda örgüt kuranlar ile bu örgüte katılanların suçları da zamanaşımına uğramaz (TCK, m.8).

Uluslararası anlaşmalarda genel affın sınırlanması konusunda Türkiye’nin taraf olduğu pozitif bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Anayasa’nın 87’nci maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), genel ve özel af yetkisine sahiptir (AY md. 87). “Soykırım ve insanlığa karşı suçların affına” ilişkin Türk iç hukukunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK’de genel af konusunda “soykırım suçu” ve “insanlığa karşı suçlar” bakımından istisnai bir hüküm de yoktur (m. 65, 74). Ancak, çalışmanın giriş bölümünde açıklandığı üzere, “Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” uyarınca bu suçların cezalandırılması Türkiye tarafından taahhüt edilmiştir. Bu taahhüt karşısında, söz konusu suçların affedilmesi

konusunda TBMM'nin nasıl bir tutum içinde olabileceği, bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır.