

Toplantı Raporu: 25 Temmuz – 31 Temmuz 2012’de Giessen ve İstanbul’daki “Alman ve Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku – Toplumsal Temelleri İçinde Hukuk Sistemleri” Milletlerarası Kolokyumu*

Selman DURSUN
*Sebastian HOFFMANN***

2009’dan beri Giessen Justus Liebig Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi’nin ceza hukuku enstitüleri arasında Alexander von Humboldt enstitü işbirliği bulunmaktadır. 25 Temmuz ila 31 Temmuz arasında, Hessen Başbakanı *Volker Bouffier*’in himayelerinde, Rauischholzhausen Şatosu’nda (Giessen JL Üniversitesi’nin toplantı mekânı) ve İstanbul Üniversitesi’nde, *Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Gropp* (Giessen JL Üniversitesi), *Prof. Dr. Bahri Öztürk* (İstanbul Kültür Üniversitesi), *Prof. Dr. Adem Sözüer* (İstanbul Üniversitesi) ve *Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW Madison)* (Giessen JL Üniversitesi) tarafından düzenlenen Alman ve Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku milletlerarası kolokyumuyla üç yıllık “toplumsal temelleri

* Bu Rapor, Tagungsbericht: Internationales Kolloquium vom 25.-31.7.2012 in Gießen und Istanbul „Deutsches und türkisches Straf- und Strafprozessrecht – Rechtssysteme in ihrer gesellschaftlichen Verankerung“ başlığıyla Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 6/2013, s. 286-288’de (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2013_6_759.pdf) yayınlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr. Selman DURSUN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyesidir. Sebastian HOFFMANN, Giessen Justus Liebig Üniversitesi’nde araştırma görevlisidir. Her ikisi üç yıllık Alexander von Humboldt Enstitü İşbirliği Projesi kapsamında birlikte “Türk ve Alman Ceza Hukuku’nda Silah Kavramı”nı araştırmışlardır.

içinde hukuk sistemleri” karşılaştırmalı hukuk araştırma projesinin sonuçları sunulmuştur. Bir Alman ve bir Türk (genç) akademisyen, Alman-Türk Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunun münferit bir sorununu Giessen ve İstanbul’da birlikte araştırdılar (araştırma çiftleri) ve karşılaştırmalı hukuk düşüncelerini böylelikle tartışmaya sundular. Davet edilen eş tebliğciler, çiftlerin vardığı sonuçları eleştirel olarak değerlendirdiler ve tamamlayıcı yönleri tartışmaya dâhil ettiler. Bundan başka her üç enstitüden, yılın başından beri müstakil araştırma çiftleri olarak birlikte çalışan öğrenciler, araştırma tebliğlerine ilişkin Alman-Türk örnek olay incelemeleriyle, karşılaştırmalı hukuk çalışmasını tamamladılar.

Anayasa Mahkemesi emekli Başkanı *Prof. Dr. Dr. mult. h.c. Jutta Limbach*, açılış tebliğinde Alman Dilinin hukuk bilimi ve milletlerarası ortak çalışma için önemini açıkladı: “Kanun, onu formüle edenlerden daha akıllı olmak zorundadır”. *Limbach* ifadesini, AİHM’nin, AİHS’i “günümüz koşullarının ışında yorumlanması gereken yaşayan bir araç” olarak anlayan sözleriyle vurguladı. Bir kanunun belirli bir yorumu, kültür ve dinden etkilenir. Farklı kültürlerin birbirinden ayrılığı, örneğin Köln Eyalet Mahkemesinin dini sünnete dair güncel kararında kendini göstermektedir. Köln kararının sorunu, pozitif hukukun dini ibadet hareketleriyle çakışması ve çok kültürlü bir bakış gerektirmesidir. Kültürel çeşitlilik bir toplum için büyük bir zenginlik teşkil etmektedir.

Takip eden on çalışma oturumunda proje katılımcıları, temel adlı hakların, ceza muhakemesine dair muhakeme modelleri ve ilkelerinin, ceza özel hukukunun tanım sorunlarının ve ceza genel hukukunun yapısal sorunlarının temeline yönelik meseleler hakkındaki görüşlerini ayrıntılı olarak açıkladılar. Burada temel adlı hakların ceza muhakemesinde hukuk devleti ilkesi için taşıdığı anlama yeterince değer biçilemez. Bu nedenle ilk çalışma oturumu, *Katharina Levermann* (Giessen JL Üniversitesi) ve *Esra Alan-Akcan* (İstanbul Kültür Üniversitesi) tarafından sunulan ceza muhakemesinde sanığın hukuki özne statüsü ve kendisine tanınan temel adlı haklar tartışmasıyla başladı. Bu sunum, Alman ve Türk hukuki çerçevesinin birbirinden neredeyse hiç ayrılmadığını gösterdi. Eş tebliğci *Prof. Dr. Helmut Goerlich* (Leipzig Üniversitesi) bunu laikleşmeye bağladı. Laik

devlet, orada yaşayan tüm insanların hukuki eşitliğinin koşulu ve modern anayasal devletin zaruri bir şartıdır. Ancak o zaman temel adlî hakların tasarım imkânı mevcut olur. *Prof. Dr. Durmuş Tezcan*’ın (İstanbul Kültür Üniversitesi), Türkiye’de görme yeteneğinin kaybı halinde hâkimlik görevinin ifası imkânının kanunen kapalı olmasıyla ilgili eş tebliği, uygulamada kısmen çözülemez problemlerin ortaya çıkabileceğini açıkça gösterdi.

Sonrasında tebliğciler *Öztürk* ve *Wörner*, delil yasaklarının uzak etkisinin uygulamada ortaya çıkan problemlerini ve sistem bağıntısını ortaya koydular. Çalışmaları, esasen, kapsamlı bir delil yasağının uygulanmamasının (Almanya) veya uzak etki yasağı dâhil olmak üzere bunun uygulanmasının (Türkiye) toplumsal faktörlere dayanılabileceğini gösterdi. Etkili bir cezai takip ön planda olduğunda, kapsamlı bir delil yasağıyla muhakemenin aksamasından edişe edilecektir (Almanya). Sanığın hukuki durumunun iyileştirilmesi ve cezai takip makamlarının disipline edilmesi ön planda olduğunda, usule uygun bir muhakeme yapmaya yönelik kapsamlı bir yasak daha da çok gerekli olacaktır (Türkiye). Ancak burada, hâlihazırda izin verilen yasak istisnalarını geliştirmek zorunda olan Türkiye gibi Kıta Avrupası ceza muhakemesinde, *fruit of the poisonous tree* (zehirli ağacın meyvesi) şeklindeki kapsamlı bir yasak ilkesinin tesisiyle hangi problemlerin ortaya çıkacağı sorusu halen açıklığa kavuşturulmamıştır. *Doç. Dr. Krisztina Karsai* (Szeged Üniversitesi) eş tebliğinde isabetli olarak delil yasaklarının, delillerin elde edilmesinde hukuk ihlallerinin çok fazla olmasından dolayı geçmişle hesaplaşmanın bir aracı olduğuna işaret etti.

Devamında *Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem* (Yaşar Üniversitesi, İzmir) ceza hukukunda Alman ve Türk kanun yolu muhakemesinin reform ihtiyacından bahsetti ve böylece ceza muhakemesi hukukuna dair tartışmaları tamamlamış oldu. *Erdem* AİHS’in ihlalini, Türkiye’de ceza muhakemesinin yenilenmesi sebebi olarak inceledi. *Erdem* Türk mahkemelerinin, 2004’teki Türk Anayasası değişikliği ve bu kapsamda insan hakları sözleşmesi olarak AİHS’in sıradan kanunlara karşı tanınan üstünlüğü karşısında AİHM’in içtihatlarına yönelik duyarlı hale getirilmeleri gerektiğini özellikle vurguladı. Buna karşılık Hessen Emekli Başsavcısı *Dieter Anders* ceza davalarında Alman kanun yolu

muhakemesine ilişkin olarak, ceza hukukunda uzman avukatların nitelikli bir meslek içi eğitimi sayesinde Almanya’da temyizlerin kalitesinin toptan yükseldiğini, bununla uzman avukatlık sisteminin yanı sıra genişletilmiş temyizi (istinaf yerine) de kastettiğini belirtti.

Toplantının ikinci kısmında katılımcılar CK’nın özel kısmına dair sorunlara değindiler ve öncelikle araştırma çifti olarak *Sebastian Hoffmanns* (Giessen JL Üniversitesi) ve *Dr. Selman Dursun* (İstanbul Üniversitesi) silah kavramı özel sorununa istinaden ceza kanunlarının belirliliğini tartıştılar. Türkiye 2005 Ceza Hukuku Reformuyla CK’nın genel kısmında silahın sistematik olarak sınırlanmış bir kanuni tanımını düzenlemiştir (md. 6 fıkra 1 bent f), oysa Alman CK, özel kısmın suç tiplerindeki münferit kavramları içermektedir. Kavramın sistematik olarak şekillendirilmesinden bağımsız olarak aynı zorluklar hukuk uygulamasında da ortaya çıkmakta olup, *Dr. Zsolt Szomora* (Szeged Üniversitesi) da silah kavramının Türk sistematığıyla çok benzer Macar sistematığına yönelik eş tebliğinde bunu teyit etmiştir. Devamındaki hararetli bir tartışmada toplantı katılımcıları, maddi ceza hukukunda yeknesak kavramlaştırmaların ve kanuni tanımların gerekliliği sorusu üzerinde tartıştılar.

İstanbul’a hareket etmeden hemen önce, Frankfurt/Main Havalimanı Federal Polis İdaresi’yle işbirliği içinde, oradaki salonlarda gerçekleştirilen açık oturum, “Yazılı Hukuk & Gerçek Hukuk- Türk ve Alman Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Normu ve Uygulama İlişkisi” başlığını taşımaktaydı. Frankfurt/Main Havalimanı Federal Polis İdaresi Başkanı *Wolfgang Wurm*’un toplantı katılımcılarını karşılamasından ve Türkiye Frankfurt/Main Başkonsolosu *İlhan Saygılı*’nın selamlama konuşmasından sonra, *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, M.C.J.* (MPE/Freiburg Üniversitesi)’nin yöneticiliğinde, *Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE)* (Würzburg Üniversitesi), *Prof. Dr. Henning Rosenau* (Augsburg Üniversitesi), *Prof. Dr. Bahri Öztürk* (İstanbul Kültür Üniversitesi), *Prof. Dr. Adem Sözüer* (İstanbul Üniversitesi), *Prof. Dr. Thomas Weigend* (Köln Üniversitesi) ve *Wolfgang Wurm* (Frankfurt/Main Havalimanı Federal Polis İdaresi Başkanı), yazılı ve uygulanan hukuk arasındaki kaçınılmaz ve muhtemel çelişkiler ile bunların aşılması hakkında tartıştılar. *Beck* yazılı hukukun, bir ülkenin yolsuzluğa yöneldiği ölçüde fiilen yaşayan hukuktan ayrıldığını, zira özellik-

le hukuki sonuca varma iradesinin azaldığını belirtti. Ancak hukuki sonuca varma iradesinin eksikliği her zaman devam eden yolsuzluğa götürür. *Öztürk* bu nedenle kanunilik ilkesinin önemine vurgu yaptı. Ne var ki *Rosenau*, nihayetinde hukukçuların yazılı hukuk ile hukuki gerçeklik arasındaki çelişkide yine de yaşayabileceklerini ekledi. Daha büyük çelişkilerin bir örneği olarak *Sözüer*, Türkiye’de yeniçerilerdeki şüpheli kişilerin sopayla gözünün korkutulduğu geleneksel gelişmeden sonra bugün dahi korkutma aracı olarak kullanılan tutuklamaya dair yaklaşımı zikretti. Gerçi bu “etkili” olmakla birlikte toplum için yüksek düzeyde zararlıdır, zira kanun tutuklamayı korkutma aracı olarak öngörmemektedir. *Weigend*, bu bağlamda gerçeği bulmaya yönelik çok önemli katkıda bulunan kovuşturmada delillerin toplanmasının doğrudan doğruyalığı ilkesinin anlamını tartıştı. Son olarak *Wurm* hukuk ve kanunun Almanya’da polis idaresi için temel olduğunu ve kanunların yürütülmesinde sistematik olarak keyfi davranma riskine girmediklerini tekrar açıkça ifade etti.

Toplantı İstanbul Üniversitesi Doktora Salonu’nda devam etti. *Volker Bützler* (Giessen JL Üniversitesi) ve *Aykut Ersan* (İstanbul Üniversitesi) düşünce özgürlüğü suçları olarak anılan ceza hukuku düzenlemeleri üzerine konuştular. Buna göre Türkiye’de şahsi ve milli şeref arasında keskin bir ayırım yapılması söz konusudur. Şahsi şeref milli şeref üzerine inşa edilmekte, dolayısıyla her ikisi de ceza hukuku açısından korumaya layık olmaktadır. Buna karşılık Almanya’da şeref koruması yıllar geçtikçe en azından fiilen azalmıştır. Böylece günümüzde Almanya’da şeref, *Dr. Silvia Tellenbach*’ın (MPE Freiburg) eş tebliğinde ortaya koyduğu gibi, genel olarak yalnızca toplumsal kabul aracılığıyla elde edilebilen bir şey olarak anlaşılmaktadır. Bu değişim, şimdiye kadar Türkiye’de çok güçlü kaydedilmemiştir. Toplantı katılımcıları Türkiye’nin gerçekten yalnızca bir gelişmenin peşinden mi gittiğini yoksa düşünce özgürlüğü ve insan onurunun, özel demokratikleştirme belirtilerinin yanı sıra zorunlu olarak diğer gelişmeleri gerektirip gerektirmediğini tartıştılar.

Kast ve taksirin ayrımını ele alan *Gropp* ve *Dr. Yasemin Saygılar* (İstanbul Kültür Üniversitesi) tarafından başlatılan üçüncü toplantı oturumunun odak noktasında, ceza hukukunun genel kısmına dair temel sorunlar yer aldı. *Gropp*, yeni Türk kanunlarının gereklerinin

Yargıtay hâkimlerinin zihinlerine yerleştiğini ve karar gerekçelerinin kalitesinin Federal Yüksek Mahkemeninkilerden ayırt edilemeyeceğini belirtti. Türkiye’de kastın tespiti için failin bilmesi belirleyicidir. Buna karşılık Alman ceza hukukunda iradi unsur baskın bir rol oynamaktadır. *Dr. Pınar Ölçer*’in (Leiden Üniversitesi) Hollanda ceza hukuku için de vurguladığı gibi, münasip bir kavram olarak *dolus eventualis*’in tanımı sorunu çözülmüş sayılamaz.

Wörner/Sözüer’in eksik teşebbüse ilişkin tebliğlerinde de tanımsal (Almanya) ve kanun koyucuya dair (Türkiye) problemler merkezde yer aldı. Konuşmacılar her iki ülkede teşebbüs kavramının tarihi gelişimini incelediler. Her iki düzenlemenin ortak izler taşıdığı, fakat kültürel arka planların da dikkate alınması gerektiği sonucuna vardılar. *Prof. Dr. Dres. h.c. F.C. Schroeder* (Regensburg Üniversitesi) de ilk defa teşebbüs ve vazgeçmenin tüm önemli gereklerini kanunen bir araya getiren İmparator V. Karl’ın Cezai Muhakeme Kanunu’nun (1532) teşebbüs hükmünün anahtar durumunu haklı olarak vurguladı.

Hukuka uygunluk ve mazeret, rıza ve *actio libera in causa*’ya dair takip eden tebliğler, nihayetinde Türk ceza hukukundaki, keza hareket öğretisi alanındaki önemli yeni gelişmeleri gösterdi. *Dr. Serdar Talas* (İstanbul Üniversitesi) ve *Florian Wania* (Giessen JL Üniversitesi) hukuka uygunluk ve mazeret arasındaki ayırımı incelediler. Alman ceza hukuku için bu ayırım açıkça kanuni iken, Türkiye için bunlar ceza kanunundan kendiliğinden değil, fakat CMK m. 223, f. 2, b. (d)’nin sistematik nitelendirmelerinden çıkarılmalıdır. *Eser*, eş tebliğinde hukukun tek mil bir düzen olarak anlamını ve böylece ceza muhakemesi hükümlerinin maddi hukukun yorumu için önemini vurguladı. Muhakeme hukuku, hâkimlere yönelik bir talimat ve belirli durumlarda da vatandaşlar için bir davranış normudur.

Hukuki temeldeki farklılıklar, *Gropp/Sırma*’nın (hukuka uygunluk teşkil eden) rıza sorununa dair tebliğlerinde de aşikârdı. *Dr. Özge Sırma*’nın (İstanbul Kültür Üniversitesi) belirttiği gibi, Türkiye rızanın açık bir düzenlemesini tercih etmişken, buna karşılık Almanya’da rızanın koşullarını açıkça düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır. Yalnızca yaralamada rıza, ACK 228’le kendi kaderini tayin hakkının korunmasına yönelik olarak bunun ahlaka aykırılığı yoluyla

sınırlanmıştır. Ancak öldürmedeki rızayla ilgili olarak, ahlaka aykırılığın herhangi bir önemi yoktur. *Prof. Dr. Ferenc Nagy* (Szeged Üniversitesi) eş tebliğinde, Macaristan’da rızaya yönelik, hatta ahlaka aykırılığa dair hiçbir düzenleme olmadığından söz etti. Ne var ki ceza hukuku dışındaki kanunlarda, askerlik hizmetinden kaçınma, çocuk düşürme veya sigorta dolandırıcılığı olayında olduğu gibi rıza gösterilen fiille sosyal değerlerin tehlikeye düşürülemeyeceğini açıklığa kavuşturan düzenlemeler vardır.

Genel olarak özetlemek gerekirse, burada bu proje çerçevesinde gerçekleştirildiği gibi, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuku reformunu bu denli kapsamlı ve uzun süreli karşılaştırmalı hukuk şeklinde incelemek yalnızca Alexander-von-Humboldt Vakfı’nın enstitü desteğiyle ancak mümkün olmuştur. Ayrıca bilim adamlarının, genç bilim adamlarının ve öğrencilerin ortak olarak tartışabilmiş olmaları ve bilimsel çalışmalar ile olay çalışmalarının birbirlerini tamamlamaları tüm proje için büyük bir avantaj olmuştur. Hiçbir şekilde tabii olmayan, tüm bunların Alman dilinde gerçekleşmesidir. Bu, Almanya’nın yerini bilim yeri olarak güçlendirmektedir. Üç yıllık araştırma projesini, araştırma çiftlerinin sonuçlarının ve karşılaştırmalı hukuk analizlerinin yayınıyla tamamlayan araştırma kitabı cildi¹ de burada yapılan enstitü projelerinin muhtemel devamı gibi merakla beklenebilir.

¹ Toplantı kitabı, 2009 açılış kolokyum cildi, *Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner*, Alman ve Türk Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Dair Tebliğler, 2010 gibi, Nomos Yayınevi’nde, *Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner*, Hukuk Sistemlerinin Toplumsal Temelleri İçinde Gelişmesi, 2014 adıyla yayınlanmıştır.