



# KÜRESEL BAKIŞ

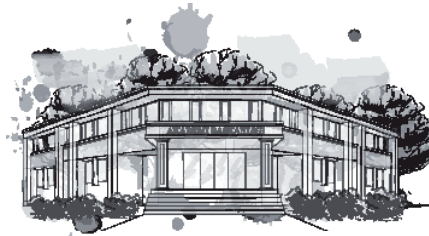
## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

25

YIL: 8, SAYI: 25, Aralık 2018

ISSN: 2146-1376



**SAHİBİ/OWNER**

Adalet Bakanlığı Adına,  
Bakan Yardımcısı  
Cengiz ÖNER

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Şahin ALTUĞ  
Hâkim

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Abdulkadir TUTAR  
Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Abdulkadir TUTAR  
Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Uğur PARLAK  
Hâkim

Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi Müdür V.

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

Bilimsel ve Akademik Dergiler Editörü

Adnan DÖNDERALP

Hâkim

Sosyal ve Kültürel Dergiler Editörü

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*

**YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING  
DESIGN&COORDINATION**

Menekşe ÖRME

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ  
PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı  
Çankaya/Ankara

**Tel:** 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

**E-posta:** adaletakademisi.dergi@gmail.com

**Web:** www.hsem.adalet.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
3. Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Hakim ve Savcı Eğitim Merkezi Enformasyon Şubesine ulaştırılması gerekmektedir.
4. Çevirilerin öncelikle <http://hsem.adalet.gov.tr> internet sitesinden “makale ve çeviri gönder” bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
7. Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
8. Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 1.5 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
9. Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

\* Hatalı veya izinsiz çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

## DANIŐMA KURULU\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNİCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ  
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN  
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Şafak NARBAY  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit BIÇAK  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veyşel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

\* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.



**Veri Tabanlarında Taranmaktadır.**



## İÇİNDEKİLER

**Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Macaristan'ın Türk Nakliyecilerinden Transit Geçiş Bedeli Alamayacağına İlişkin Kararı.....1**

*Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Fatma SARIASLAN, Dr. Osman SARIASLAN*

**“Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunda Belirtilen Suçlarda Genel ve Devrim Mahkemelerinin Yetkisi” Konusunda İnan Yüce Yargı Divanı'nın İçtihat Kararı .....17**

*Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Mohammad MAGHAMİNİA*

**Tüm Yönleriyle Hükümet Sistemleri, Parti Siyaseti ve Kurumsal Mühendislik.....21**

*Çeviren: Arş. Gör. Abdulkadir SAKA*

**Uluslararası Daimi Adalet Divanı “Wimbledon” Buharlı Gemisi Davası (17.08.1923).....35**

*Çeviren: Arş. Gör. Mehmet Emin BÜYÜK*

**Ara Seçimler ve Seçim Barajı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin “Cerne – Romanya” Kararı Çevirisi.....53**

*Çeviren: Arş. Gör. Pınar DİKMEN*

**Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Tarafından Onaylanan Milletlerarası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Metninin Çevirisi.....67**

*Çeviren: Av. Muhammed Beheşti AYDOĞAN*

**Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Jean-Pierre Bemba Gombo Kararı.....73**

*Çeviren: Stj. Av. Oğuzhan ÖZTÜRK*





# AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN MACARİSTAN'IN TÜRK NAKLİYECİLERİNDEN TRANSİT GEÇİŞ BEDELİ ALAMAYACAĞINA İLİŞKİN KARARI<sup>1</sup>

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Fatma SARIASLAN\* - Dr. Osman SARIASLAN\*\*

## DİVAN KARARI (İkinci Daire)<sup>2</sup>

19 Ekim 2017

(Ön Karar Başvurusu — Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma — 9. Madde — AB-Türkiye 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı — 4, 5 ve 7'inci Maddeler — Gümrük Birliği — Karayolu Taşımacılığı— Motorlu Taşıtlar Vergisi — Türkiye’de Kayıtlı Ağır Yük Taşıtlarının Macaristan’dan Transit Geçişlerinde Vergilendirilmeleri)

C 65/16 sayılı Davada,

ABİHA madde 267 uyarınca Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (İdare ve İş Mahkemesi, Szeged, Macaristan) tarafından 18 Ocak 2016 tarihli karar ile yapılan 8 Ekim 2016 tarihinde Divan’a ulaşan ön karar başvurusu, İstanbul Lojistik Ltd ve Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság arasındaki cezai uyuşmazlık ile ilgilidir.

DİVAN (İkinci Daire),

Daire Başkanı M. Ilešič, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal and E. Jarašiūnas (Raportör) hâkimlerden oluşmaktadır.

\* Bursa Teknik Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü. E-posta: fatmasariaslan@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-9295-6477

\*\* Zonguldak Vergi Mahkemesi Başkanı. E-posta: sariaslanosman@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0002-5485-6280

<sup>1</sup> Karar Dili: İngilizce; Karar URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5290800f5315045a99c71a66481d58f97.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaTe0?text=&docid=195747&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=514811>

<sup>2</sup> Türk-AB ticaretine yılda 3,5 milyar avro kaybettiren engellerin ortadan kalkmasını sağlayan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu kararı Türkiye’de oldukça ses getirmiştir. İstanbul Lojistik Hiz. Taş. ve Tic. Ltd. Şti.’nin Ekonomi Bakanlığı, Türkiye İhracatçılar Meclisi (TİM) ve Uluslararası Nakliyeciler Derneği’nin (UND) desteğiyle Macar Ulusal Vergi ve Gümrük Dairesi aleyhine açtığı dava Türkiye’nin lehine sonuçlanmıştır.

Hukuk Sözcüsü: H. Saugmandsgaard Øe,

Kâtip: I. Illéssy, Administrator,

Yazılı usul ve 19 Ocak 2017 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak,

- S. Habóczky, V. Weiss ve A. Nagy, ügvyédek tarafından İstanbul Lojistik Ltd,
- Vekil sıfatıyla M.M. Tátrai, E.E. Sebestyén, M.Z. Fehér ve G. Koós tarafından Macaristan Hükümeti,
- Vekil sıfatıyla G. Palmieri tarafından ve Savcılar A. Collabolletta ve G. Rocchitta tarafından İtalyan Hükümeti,
- Vekil sıfatıyla J. Hottiaux, E. Georgieva ve L. Havas tarafından Avrupa Komisyonu adına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

6 Nisan 2017 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünün ardından; Aşağıdaki kararı vermiştir:

### **Karar**

1. Bu ön karar başvurusu, 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da Türkiye Cumhuriyeti ve AET üyeleri arasında imzalanan Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında bir Ortaklık Yaratan Anlaşma'nın 9. maddesi; bu anlaşmanın daha sonra 23 Aralık 1963 tarihinde konfirme edilip onaylandığı 64/732/AET Konsey Kararı'nın (OJ 1973 C 113, s. 1) ('AET-Türkiye Anlaşması') 22 Aralık 1995 tarihli AB-Türkiye 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın (OJ 1996 L 35, s. 1) ('1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı') 4., 5. ve 7. maddeleri; ABİHA'nın 3(2) maddesi ve Avrupa Parlamentosu'nun (AT) 1072/2009 Sayılı Tüzüğü'nün<sup>3</sup> 1(2) ve 1(3)(a) maddeleri ve 21 Ekim 2009 tarihli uluslararası karayolu nakliye pazarına giriş için ortak kuralların (OJ 2009 L 300, s. 72) yorumuna ilişkindir.
2. Bu başvuru, bir Türk nakliye firması İstanbul Lojistik Ltd'ye ait ağır yük taşıtının Macaristan sınırını geçmesinden dolayı bir vergiye tabi tutulması dolayısıyla İstanbul Lojistik Ltd. ve Macaristan Yüksek Mahkemesinin Ulusal Vergi ve Gümrük Dairesi (Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság) ('ikinci vergi dava dairesi') arasındaki kovuşturmaya ilişkin yapılıdır.

---

<sup>3</sup> 1072/2009 sayılı Uluslararası Karayolu Yük Taşımacılığı Piyasasına Erişime ilişkin Ortak Kurallar başlıklı Tüzük. (ç.n.)

## Hukuki Çerçeve

### AB Hukuku

3. AET-Türkiye Anlaşması'nın 9. maddesinde:  
'Akit Taraflar, Anlaşma'nın uygulanma alanında, 8. maddenin uygulanması ile ilgili olarak ortaya konabilecek özel hükümler saklı kalmak üzere, uyruklu dolayısıyla uygulanan her türlü ayırımın, Topluluğu kuran Anlaşmanın 7. maddesinde anılan ilke uyarınca yasak olduğunu kabul ederler.'
4. 23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve AET-Türkiye Anlaşması'na eklenen; 19 Aralık 1972 tarihli (OJ 1977 L 361, s. 60) (EEC) 2760/72 Sayılı Konsey Düzenlemesi ile Topluluk adına akdedilmiş, kabul edilmiş ve tasdik edilmiş Katma Protokol'ün ('Katma Protokol') 62. maddesi, bu Protokol ve eklerinin, Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık yaratan Anlaşma'nın ayrılmaz parçaları olduğunu öngörür.
5. Katma Protokol'ün 42 (1) maddesi aşağıdaki şekildedir:  
'Ortaklık Konseyi, özellikle-Türkiye'nin coğrafi durumunu da göz önünde bulundurarak, tespit edeceği usullere göre, Topluluğu kuran Antlaşma'nın ulaştırma ile ilgili hükümlerini Türkiye'ye teşmil eder. Ortaklık Konseyi, bu hükümlerin demiryolu, karayolu ve su yolu ulaştırmalarına uygulanması amacıyla Topluluk tarafından alınmış olan kararları Türkiye'ye, aynı şartlar içinde, teşmil edebilir.'
6. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 1. maddesi:  
'Ankara Anlaşması ile Katma ve Tamamlayıcı Protokollerinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Ortaklık Konseyi bu Karar'la, yukarıda anılan Anlaşma'nın 2. ve 5. maddelerinde öngörülen Gümrük Birliği'nin son döneminin uygulamaya konmasına ilişkin kuralları belirlemektedir.'
7. Karar'ın malların serbest dolaşımı ve ticaret politikasına ilişkin I. Kısmı 'Gümrük vergilerinin ve eş etkili vergi ve resimlerin kaldırılması' başlıklı I. Bölümü içermektedir. Kararın bu bölümün bir kısmını oluşturan 4. Maddede:  
'Topluluk ile Türkiye arasında ithalat ve ihracatta alınan gümrük vergileri ile eş etkili vergi ve resimler bu Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihte tamamen uygulamadan kaldırılır. Topluluk ile Türkiye o tarihten itibaren yeni ithalat ve ihracat vergileri ile eş etkili vergi

ve resimleri uygulamaya koymaktan kaçınırlar. Bu hükümler mali nitelikte gümrük vergilerini de kapsar.' denilmektedir.

8. Bu Kısımın 'Miktar kısıtlamalarının ve eş etkili önlemlerin kaldırılması' başlıklı II. Bölümü, 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 5 ila 11'inci Maddelerini içermektedir. Bunlarla ilgili 5. Madde'ye göre:

'Taraflar arasında ithalatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlem yasaklanmıştır.'

9. Kararın 6. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

'Taraflar arasında ihracatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlem yasaklanmıştır.'

10. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 7. maddesi:

'5. ve 6. maddelerin hükümleri, genel ahlak, kamu düzeni veya kamu güvenliği; insanların, hayvanların veya bitkilerin sağlığının ve yaşamının korunması; sanat değerı veya tarihi ya da arkeolojik değer taşıyan ulusal varlıkların veya sınai ya da ticari mülkiyetin korunması gerekçesiyle malların ithalinin, ihracının veya transit geçişinin yasaklanmasını veya kısıtlanmasını engellemez. Ancak bu yasaklar ve kısıtlar Taraflar arasındaki ticarete keyfi bir ayırım aracı veya örtülü bir kısıtlama oluşturamaz.'

11. Kararın 66. maddesinde:

'Bu Kararda yer alan hükümlerden Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşmanın mukabil hükümleriyle esas itibariyle aynı olanları, Gümrük Birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları bakımından Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ilgili kararlarına göre yorumlanır.' denilmektedir.

12. 1072/2009 Sayılı Tüzüğün 'Amaç' başlıklı 1. maddesi:

'1. Bu Tüzük, Topluluğu'nun sınırları içerisinde gerçekteştirilen karayoluyla uluslararası malların taşımacılığında yolun kiralanması veya seferlerin ücretlendirilmesi için uygulanır.'

2. Bir üye devletten üçüncü bir ülkeye veya tam tersi (üçüncü bir ülkeden üye devlete) bir nakliye olması durumunda, bu Yönetmelik, transit geçilen herhangi bir Üye Devletin topraklarındaki sefer kısmı için uygulanır. Topluluk ile söz konusu üçüncü ülke arasında anlaşma yapılmadığı sürece, seferin üye devlet topraklarındaki yükleme veya boşaltma kısmı için uygulanmaz.
3. 2. paragrafta atıfta bulunulan sözleşmelerin sonuçlanmasına kadar, bu Yönetmelik aşağıdakileri etkilemez:
  - (a) bir üye devletten üçüncü bir ülkeye ve tam tersi (yani üçüncü bir ülkeden üye devlete) nakliye ile ilgili hükümler ve bu üçüncü ülkelerle üye devletler tarafından imzalanmış olan ikili anlaşmalar kapsamına giren hükümler;
  - ...'

### **Macar Hukuku**

13. 14 Eylül 1968 tarihinde Budapeşte'de imzalanan (Magyar Közlöny 1969/78 (X. 11.)) ('Macaristan-Türkiye Anlaşması') Macaristan Halk Cumhuriyeti Hükümeti ve Başkanlık Konseyi ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında akdedilen hükümeti ile H Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşması'nın 18(3) maddesi uyarınca:

'Diğer Âkit Tarafın toprakları üzerinden mal taşıyan araçlar, boşalma dâhil, malların taşınması, yolların bakımı ve onarımı ile ilgili maliyetleri karşılamak üzere ödenen herhangi bir ücret, ek ücret, vergi ve harçlara, diğer Âkit Tarafın ulusal kuralları uyarınca müsaade edilen azami ağırlıkları aşan araçlar ile ilgili masraflar da dahil olmak üzere, masraflardan sorumludurlar.'

14. *Gépjárműadóról szóló 1991. évi LXXXII. törvény* (LXXXII Sayılı 1991 Motorlu Taşıtlar Vergisi) (*Magyar Közlöny 1991/145 (XII. 26.)*) ('Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu) girişinde şöyle devam etmektedir:

'Ulusal Meclis, motorlu araç trafiği ile ilgili kamu maliyetlerinin daha orantılı olarak paylaşımı, yerel yönetimlerin ya da -başkent olması durumunda- belediyelerin gelirlerinin arttırılması ve kamu karayolu ağının korunması ve geliştirilmesi için gerekli olan fon kaynaklarının genişletilmesi için motorlu taşıtlar vergisine [mevcut kanunu adapte eder].'

**15.** Bu Kanunun 1. maddesinde:

‘1. Motorlu taşıtlar vergisi, Macaristan kayıtlı plakalı herhangi bir araç veya römork ile Macar topraklarında sürülen yurtdışında kayıtlı olan herhangi ağır yük aracı (müştereken “araç” olarak anılacaktır) için ödenir...

2. İşbu kanunun kapsamı..., yurt dışında kayıtlı, Avrupa Birliği Üyesi bir Devlette kayıtlı ağır araçlar sınıfıdır.’

**16.** Motolu Taşıtlar Vergisi Kanununun 10. maddesi ‘verginin, aracı işleten kişi tarafından ödeneceğini’ öngörmektedir.

**17.** Bu kanunun 11. maddesine göre, ‘vergi mükellefiyeti Macar topraklarına girildiği gün başlar’.

**18.** 15 Madde şöyle öngörmektedir:

‘1. Yerel taşımacılık için kullanılan bir taşıma lisansı altında sürülen, azami yüklü ağırlığı 12 tondan fazla olmayan bir araç (ya da bu fıkra çerçevesinde, birleşmiş araçlar) olması durumunda, hem çıkış hem de dönüş yolculuğuna ilişkin olarak 10 000 [Macaristan Forinti (HUF)] [(yaklaşık 33 EUR)] tutarında vergi ödenmeli iken, yerel taşımacılık için kullanılan bir taşıma lisansı altında sürülen, azami yüklü ağırlığı 12 tondan fazla olan bir araç için, hem çıkış hem de dönüş yolculuğuna ilişkin olarak 30 000 HUF ([yaklaşık 100 EUR]) tutarında bir vergi ödenmelidir. Transit amaçlı kullanılan bir taşıma lisansı altında sürülen (üçüncü bir ülkenin çıkardığı yetki kullanımını içeren), azami yüklü ağırlığı 12 tondan fazla olmayan bir araç için, hem çıkış hem de dönüş yolculuğuna ilişkin olarak 20 000 (HUF) [(yaklaşık 66 EUR)] tutarında vergi ödenmeli iken, transit amaçlı kullanılan bir taşıma lisansı altında sürülen, azami yüklü ağırlığı 12 tondan fazla olan bir araç için hem çıkış hem de dönüş yolculuğuna ilişkin olarak 60 000 HUF ([yaklaşık 200 EUR]) tutarında bir vergi ödenmelidir. Söz konusu hükümlere göre vergiyi ödeme yükümlülüğü, nakliye lisansının geçerli olmadığı durumlarda, veya vergi sorumlusunun lisansı yasadışı olarak kullandığı veya aracı herhangi bir nakliye izni olmaksızın sürdüğü hallerde de uygulanacaktır.

2. 1. fıkrada belirtilen vergi tutarları, çıkış veya dönüş yolculuğunda ve Macar topraklarında her bir seyahat için 48 saati aşmamak kaydıyla kalındığında ödenecektir. Eğer kalış süresi uzarsa, vergi, yukarıdaki 1. fıkranın hükümlerine uygun olarak, her ilave 48 saatlik periyot ya da kısmı için ayrıca ödenecektir. ...

3. 1. fıkrada ödenmesi gereken vergi miktarı, Macaristan topraklarına girişte karayolu nakliye lisansına eklenecek bir damga pulu satın alarak - yerel ulaşım durumunda, toplam yolculuk süresi için ve transit amaçla nakliye durumunda çıkış ve dönüş yolculukları için ayrı ayrı- ödenir. Damga pulu/damga pulları iliştirildikten sonra, vergi yükümlülüğü bulunan kişinin kendisi giriş tarih ve zamanını (yıl-ay-gün-saat) bu pul/pulların üzerine işaretlemesi gerekmektedir. Vergi tabi bir nakliye lisansı ile vergi ödemesi yükümlülüğü (damga pulu) yerine getirilmeksizin cezaya tabi tutulmadan araba kullanmak, ancak Macaristan topraklarına giriş noktasından itibaren en fazla 5 km çaplı bir alanda mümkündür.'

19. Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 17(2) maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

'Vergi yükümlüsü olan kişi, vergi yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yerine getirmezse, idare vergi borcunun tahakkuk ettiğini bildirir ve bu borcun beş misline eşit vergi cezası keser. ...'

20. *Közúti közlekedésröl szóló 1988. évi I. törvény* (I Sayılı 1988 Karayolu Trafiği Kanununun) (*Magyar Közlöny 1988/15 (IV. 21.)*) konuyla ilgili 20(1)(a) maddesinde, 'Bu yasada veya belirli mevzuatta veya Topluluk kanunlarında öngörüldüğü şekilde bir belgeye sahip olmayı ve yetkiyi şart koşan ulusal veya uluslararası karayolu taşımacılığı hizmetlerine (kişilerin veya malların taşınması) ilişkin hükümleri ihlal eden herhangi bir kişiye para cezası uygulanabilir'. denilmektedir.

21. Ticari nakliye, kendi hesabına karayolu taşımacılığı, otobüsle ve kendi hesabına yolcu taşımacılığı ile ticari yolcu taşımacılığı faaliyetleriyle ilgili yasal kuralların değiştirildiği (261/2011 Sayılı Hükümet Kararnamesinin (XII. 7.) *Magyar Közlöny 2011/146 (XII. 7.) 4. maddesinde* (*Dij ellenében végzett közúti árutovábbítási, a saját számlás áruszállítási, valamint az autóbusszal dij ellenében végzett személyszállítási és a saját számlás személyszállítási tevékenységröl, továbbá az ezekkel összefüggő jogszabályok módosításáról szóló 261/2011. (XII. 7.):*

'1. Macaristan toprakları üzerinden uluslararası trafik bağlamında ticari karayolu taşımacılığı veya kendi hesabına karayolu taşımacılığı, bu faaliyetlere ilişkin,

- (a) [1072/2009 Sayılı Tüzüğün] 4. maddesinde öngöröldüğü gibi...  
— uluslararası karayolu taşımacılığı için çıkarılan—Topluluk  
lisansı,  
(b) Uluslararası Taşımacılık Forumu'nun yetki belgesi..., ya da  
(c) ikili veya çok taraflı bir anlaşmaya dayalı olarak ağır ticari  
araçlar için verilen lisans ile yapılabilir.'

**22. Malların ve insanların karayolu ile taşınmasına, ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi nedeniyle kesilecek cezalar ve cezaların kesilmesine ilişkin idari makamların görevlerine ilişkin (156/2009 Sayılı Hükümet Kararnamesinin (VII. 29.) (Magyar Közlöny 2009/107 (VII. 29.) 2. maddesinde közüti áruíuvarozáshoz, személyszállításhoz és a közüti közlekedéshez kapcsolódó egyes rendelkezések megsértése esetén kiszabható bírságok összegéröl, valamint a bírságolással összefüggő hatósági feladatokról szóló 156/2009. (VII. 29.):**

'I Sayılı 1988 Karayolu Trafíđi Kanununun 20(1)(a) maddesi çerçevesinde, aksi öngörölmedikçe,

...

(b) Malların taşınmasına ilişkin 216/2011 Sayılı Hükümet Kararnamesinin 4(1)(c) maddesinde belirlenmiş, karayolu taşımacılığı hizmetlerini yürütmek için gerekli yetkiler ve belgelerle ilgili hükümleri ihlal eden herhangi bir kişiye Ek 1'de belirtilen miktarda para cezası kesilir.

Ek 1'in 5(a) maddesi mucibince, geçerli bir karayolu taşımacılığı lisansı olmayan ya da geçerli olmayan bir karayolu taşımacılığı lisansına sahip herhangi bir nakliyecisi 300 000 HUF para cezası [(yaklaşık 1.000 EUR)] ödeyecektir. '



### **Esas Davadaki Uyuşmazlık ve Ön Karar İçin Gönderilen Soru**

23. İstanbul Lojistik, Türkiye'de ve Avrupa Birliği'nde yerleşik işletmeler adına Türkiye'den çeşitli üye ülkelere, özellikle de Almanya'ya, karayolu ile mal taşıyan Türkiye'de kayıtlı olan bir şirkettir.
24. 30 Mart 2015 tarihinde *Nemzeti Adó- és Vámhivatal* (Macaristan Ulusal Vergi ve Gümrük Dairesi) Romanya sınırına yakın Nagylak (Macaristan) çevresinde Türkiye'de tescilli ve İstanbul Lojistik tarafından işletilen, azami yüklü ağırlığı 12 tondan fazla olan bağlı römorklu araçlar ile ilgili bir denetim gerçekleştirmiştir. Bu şirket, transit ülke olarak Macaristan vasıtasıyla Türkiye'den Almanya'ya tekstil ürünlerini nakletmek için kullandığı, ağır yük taşıyan araç için bir Macar-Türk transit lisansı almıştır. Transit lisansı Macar kuralları uyarınca gereken tüm bilgileri içermekle birlikte, zorunlu motorlu taşıtlar vergisi miktarının ödenmiş olduğunu gösteren damga pulu lisansa eklenmemiştir.
25. Ulusal Vergi ve Gümrük Dairesi, bu incelemeyi sonradan kabul edilen 31 Mart 2015 tarihli idari kararlarla, İstanbul Lojistik'in Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu uyarınca vergi ödeme yükümlülüğüne uymadığını ve bu nedenle transit lisansının geçersiz olduğunu beyan etmiştir. Bu merci, İstanbul Lojistik'ten bu vergi için 60 000 HUF (yaklaşık 200 EUR), 300 000 HUF vergi cezası ile birlikte (yaklaşık 1 000 Avro) aynı miktarda bir idari para cezası, toplamda 660 000 HUF tutarında (yaklaşık 2 200 EUR) tutarında bir ödeme yapmasını istemiştir.
26. İstanbul Lojistik'in, bu kararlara karşı idari başvuruda bulunmasına karşın, ikinci vergi dava dairesi 13 Mayıs 2015 tarihinde bu kararları onamıştır.
27. Bunun üzerine şirket, ikinci vergi dava dairesinin kararlarına karşı İdare ve İş Mahkemesi (*Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*) nezdinde bir dava açmıştır.
28. İstanbul Lojistik iddialarını desteklemek için, kendisine uygulanan Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu hükümlerinin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4 ila 6. Maddelerini ihlal ettiğini iddia etmektedir. Şirket, motorlu taşıtlar vergisinin, ABİHA'nın 30. maddesi ve dolayısıyla kararın 4'üncü maddesi kapsamında, gümrük vergisi ile eşdeğer bir etkiye sahip bir mali yükümlülük olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Ona göre, bu vergi hem ayrımcı

hem de koruyucu nitelikte ve AB yasalarına aykırı olan malların serbest dolaşını üzerinde bir kısıt oluşturacak şekilde alınmaktadır.

29. İkinci vergi dava dairesi davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.
30. Szegeđi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (İdare ve İş Mahkemesi, Szeged) motorlu taşıtlar vergisinin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4. maddesine aykırı olarak gümrük vergisi ile eşdeğer bir etkiye sahip olup olmadığı hususunda kesin bir kanıya varamamıştır. Ulusal mahkeme, sözkonusu ulusal mevzuat uyarınca bir üye devlette kayıtlı motorlu taşıtları işleten kişilerin motorlu taşıtlar vergisini ödemeleri gerekmemekle birlikte, Türkiye'de kayıtlı motorlu taşıtları işleten kişilerin, Macaristan üzerinden transit geçiş için bu vergileri ödemeleri gerektiğini belirtmektedir.
31. Mahkeme, motorlu taşıtlar vergisinin gümrük vergisi ile eşdeğer etkiye sahip bir mali yükümlölük olmadığını tespit ederse, başvurucu mahkemeye göre bu verginin, niceliksel bir kısıtlamaya denk bir önlem ve dolayısıyla, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 5. maddesine aykırı bir tedbir olup olmadığı konusunda bir soru ortaya çıkacaktır.
32. Bu sorunun olumlu cevaplanması halinde, başvurucu mahkeme, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 7. maddesi uyarınca, yol güvenliği gerekçesiyle kanun ihlallerinin takip edilebilmesi için verginin haklı olup olmadığını sormaktadır. Başvurucu mahkeme, Motorlu Taşıt Vergisi Kanununun, diğerlerinin yanı sıra, motorlu taşıt trafiği ile ilgili kamu giderlerinin daha orantılı bir şekilde paylaşılmasını, yerel makamların gelirini artırmasını ve kamu karayolu ağının bakımını yapmak ve geliştirmek için gerekli kaynakların güvence altına alınmasını gözettiğini belirtmektedir. Başvurucu mahkeme, motorlu taşıtlar vergisinin orantılı olup olmadığı, takip edilen hedeflerin elde edilmesini sağlamak için uygun olup olmadığı ve ayrımcı olup olmadığı konusunda da net değildir.

33. Başvurucu mahkemeye göre karayolu taşımacılığı Avrupa Birliği'nin münhasır yetkisine girdiği için, alınan bu vergi gümrük vergisine eşdeğer etkiye sahip bir mali yükümlülük değilse ve aynı zamanda niceliksel bir kısıtlamaya denk bir önlem teşkil etmiyorsa, başvurucu mahkeme Macaristan-Türkiye Anlaşması'nın uygulanmasının ABİHA'nın 3. (2). maddesi ve 1072/2009 sayılı Tüzük ile uyumlu olup olmadığını sormaktadır.
34. Başvurucu mahkeme ayrıca, verginin Türk nakliyecilerini AET-Türkiye Anlaşması'nın 9'uncu maddesi uyarınca ayrımcılığa maruz bırakıp bırakmadığı hususunda da şüphede bulunmaktadır.
35. Bu arkaplana karşı, Szegedi Közizgazatási és Munkaügyi Bíróság (İdare ve İş Mahkemesi, Szeged) davayı sürdürmüş ve aşağıdaki soruları ön karar için Divan'a göndermiştir:

[1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın] 4. maddesi, Türk bir nakliyeciden tarafından işlenen ve mal taşımacılığı için kullanılan Türk sicil numarasına sahip ağır yük taşıtlarından, başka bir üye devlete ulaşmak için - Türkiye'den başlayıp Transit üye devlet olarak Macaristan'dan geçerek - Macar sınırını aşması nedeniyle Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda öngörülen sözkonusu verginin (bu kanuna uygun olarak) alınması gümrük vergisine eşdeğer etkiye sahip bir mali yükümlülük arz ettiği ve bu sebeple de sözkonusu kanun hükmüyle uyumlu olmadığı şeklinde mi yorumlanmalıdır?

(2) (a) Şayet ilk sorunun cevabı hayır ise, [1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın] 5. maddesi, Türk bir nakliyeciden tarafından işlenen ve mal taşımacılığı için kullanılan Türk sicil numarasına sahip ağır yük taşıtlarından başka bir üye devlete ulaşmak için - Türkiye'den başlayıp Transit Üye Devlet olarak Macaristan'dan geçerek - Macar sınırını aşması nedeniyle Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda öngörülen verginin (bu kanuna uygun olarak) alınması niceliksel bir kısıtlamaya denk bir önlem teşkil ettiğinden bu hükümlerle uyum olmadığı şeklinde mi yorumlanmalıdır?

(b) [1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın] 7. maddesi, Türk bir nakliyeciden tarafından işlenen ve mal taşımacılığı için kullanılan Türk sicil numarasına sahip ağır yük taşıtlarından başka bir üye devlete ulaşmak için - Türkiye'den başlayıp transit üye devlet olarak Macaristan'dan geçerek - Macar sınırını aşması nedeniyle

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda öngörölen verginin (bu kanuna uygun olarak) alınmasına yol güvenliği gerekçesiyle ve kanun ihlallerinin yasal takibatı amacıyla alındığı şeklinde mi yorumlanmalıdır?

- (3) ABİHA'nın 3(2) maddesi ve 1072/2009 sayılı Tüzüğü'nün 1(2) ve (3)(a) Maddeleri, Türk bir nakliyeciden tarafından işletilen ve mal taşımacılığı için kullanılan Türk sicil numarasına sahip ağır yük taşıtlarından başka bir üye devlete ulaşmak için - Türkiye'den başlayıp transit üye devlet olarak Macaristan'dan geçerek - Macar sınırını aşması nedeniyle Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda öngörölen verginin (bu kanuna uygun olarak) transit üye devletin Türkiye ile imzaladığı ikili bir nakliye sözleşmesine dayanarak alındığı şeklinde mi yorumlanmalıdır?
- (4)[AET-Türkiye Anlaşması] 9. Madde, Türk bir nakliyeciden tarafından işletilen ve mal taşımacılığı için kullanılan Türk sicil numarasına sahip ağır yük taşıtlarından başka bir üye devlete ulaşmak için - Türkiye'den başlayıp Transit Üye Devlet olarak Macaristan'dan geçerek - Macar sınırını aşması nedeniyle Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda öngörölen verginin (bu kanuna uygun olarak) alınması tabiyet/uyrukluk gerekçesiyle ayrımcılığa maruz kaldığından bu hükümle uyuşmadığı şeklinde mi yorumlanmalıdır?

### Gönderilen Soruların Değerlendirilmesi

36. Başvurucu mahkeme ilk sorusu ile, esasen, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 4. maddesinin ana davalarda sözü edilen motorlu araçlar hakkındaki bir verginin Macar topraklarından transit olarak Türkiye'de kayıtlı ağır ticari araç çalıştıran kişiler tarafından ödenen bir gümrük vergisine bu madde bağlamında eşdeğer bir etki oluşturduğu şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır.
37. Ortaklık Konseyi Kararının 1. maddesi, Gümrük Birliği'nin Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki son aşamasının uygulanmasına ilişkin kuralları açıkça ortaya koymaktadır. Kararın 4. maddesine göre, yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti arasında gümrük vergisi ile eşdeğerde olan ithalat veya ihracat gümrük vergileri ve ücretleri tamamen kaldırılacaktır.

38. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66'ncı maddesi, karar hükümlerinin, AT Antlaşmasının, artık Avrupa Birliği'nin İşleyişi (FEU) Hakkında Anlaşma, ilgili hükümlerine özdeş oldukları ölçüde, Adalet Divanı'nın ilgili kararlarına uygun olarak yorumlanmasını öngörmektedir. Kararın 4. maddesi ABİHA'nın 30. maddesiyle özdeş olduğu için, Mahkeme'nin bunlardan ikincisinin (yani ABİHA'nın 30. maddesinin) hükümlerine ilişkin içtihadına uygun olarak yorumlanmalıdır.
39. Buna göre, ne kadar küçük olursa olsun ve tasarımı ve uygulama modu ne olursa olsun, bir sınırı geçtiği gerçeğinden dolayı tek taraflı olarak mallara uygulanan ve tam manasıyla bir gümrük vergisi olmayan herhangi bir maddi bedelin, ABİHA'nın 28. ve 30. Maddeleri kapsamında eşit bir etkiye sahip bir mali yükümlülük oluşturduğu kaydedilmelidir (18 Ocak 2007 yargılamaları, *Brzeziński*, C-313/05, AB:C:2007:33, paragraf 22 ve mezkur içtihatlar ve 2 Ekim 2014 tarihli *Orgacom*, C-254/13, AB:C:2014:2251, paragraf 23). Gümrük vergileri ile eşdeğer bir etkiye sahip mali yükümlülüklerin yasaklanmasının gerekçesi, bu mali yükümlülüklerin malların taşınmasında bir engel teşkil etmesi ile ilgilidir; zira bunlar ithal veya ihraç edilen malların fiyatlarının yerli mamuller karşısında suni bir artışa neden olmaktadırlar. 21 Mart 1991, *Komisyon v İtalya*, C 209/89, AB: C: 1991: 139, paragraf 7).
40. Ayrıca, gümrük vergileri ile eşdeğer etkiye sahip olan mali yükümlülükler, hangi amaçla çıkarıldıklarına ve husule getirdikleri gelirlerin varış yerine bakılmaksızın yasaktır (21 Haziran 2007 tarihli karar, *Komisyon v İtalya*, C-173/05, AB:C:2007:362, paragraf 42 ve mezkur içtihatlar).
41. Aynı zamanda, ABİHA'nın 36. maddesinde listelenen dayanak gerekçelerinin mühansıran miktar kısıtlamasına denk gelen önlemlere tatbik edildiğine ve gümrük vergisine eşdeğer etkili mali yükümlülükler için uygulanmadığına da dikkat edilmelidir (diğer hususların yanı sıra, bkz. 14 Haziran 1988 tarihli karar, *Dansk Denkavit*, 29/87, AB:C:1988:299, paragraf 32).
42. Ayrıca Gümrük Birliği üye devletler arasında malların serbest dolaşımını mutlak anlamda gerektirir. Üye devletlerin, transit malların dolaşımına herhangi bir şekilde mani olmaları veya müdahale etmeleri mümkün olsa, bu özgürlük tam anlamıyla oluşturulamaz. Gümrük Birliği'nin bir sonucu olarak ve Üye

Devletlerin karşılıklı çıkarları doğrultusunda, Avrupa Birliği'nde malların transit geçiş özgürlüğünün ilkesel düzeyde kabul edilmesi gereklidir (21 Haziran 2007 tarihli karar, *Komisyon v İtalya*, C-173/05, AB:C:2007:362, paragraf 31 ve mezkur içtihatlar). Esasında, üye devletler kendi topraklarından transit olarak gönderilen mallar için transit gümrük vergileri veya transit için öngörülen diğer mali yükümlölükler uygularlarsa, bu ilkeye aykırı hareket etmiş olurlar (16 Mart 1983 tarihli karar, *SIOT*, 266/81, AB:C:1983:77, paragraf 19).

43. Ayrıca, malların taşınmasıyla başlatılan ve aslında bir ürüne değil, fakat üründen ötürü gerekli bir faaliyete dayatılan bir yükümlölüğün, ABİHA Madde 30 kapsamında olabileceği yönünde Divan'ın evvelce hüküm verdiği de dikkate alınmalıdır (*Essent Netwerk Noord ve diğerleri*, C:206/06, AB:C:2008:413, paragraf 44 ve mezkur içtihatlar). Nitekim böyle bir bedel, malların nakliyesi veya yolların kullanımı üzerine alınmış olsa dahi, ürünlere uygulanır ve evvela ağır yük taşıtımını işleyen kişi tarafından ödenir (bu hususta bkz. 17 Temmuz 1997 tarihli karar, *Haahr Petroleum*, C-90/94, AB:C:1997:368, paragraf 38).
44. Yukarıdaki 37. ve 38. paragraflarda belirtilen nedenlerle, Avrupa Birliğinde malların serbest dolaşımı ile ilgili Avrupa Birliği'nin İşleyişi (FEU) Hakkında Anlaşma'nın hükümlerinin yorumu, AET-Türkiye Anlaşmasından kaynaklanan Gümrük Birliği'ndeki malların serbest dolaşımı ile ilgili hükümlere geçirilebilir.
45. Mevcut davada, ana davaya konu olan Motorlu Taşıt Vergisi Kanunu, üçüncü ülkelerde kayıtlı ağır ticari araçlara ilişkin olarak Macar topraklarında giriş tarihinde motorlu araç vergisinin, hem çıkış hem de dönüş yolculuğuna ilişkin olarak ödenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Vergi miktarı, diğerlerinin yanı sıra, taşınabilecek malların miktarına ve varış yerlerine dair kriterlere bağlıdır.
46. Buna göre, Divan, yukarıdaki 40 ila 43. paragraflarda anılan içtihatlar ışığında, motorlu taşıtlar vergisi aslında ürünlere uygulanmamasına rağmen, üçüncü bir ülkede, hususi olarak Türkiye'de, kayıtlı araçlarla taşınan mallara Macaristan sınırını geçtiklerinde uygulanmaktadır. Bu vergi, Macaristan ve İtalyan Hükümetleri tarafından ileri sürüldüğu gibi ulaştırma hizmetinden alınmamış, mallara uygulanmış olduğunu tespit etmektedir.

47. Yukarıdaki 39 ila 41. paragraflarda anılan içtihatlar ışığında, Macar Hükümeti tarafından savunulduğu gibi vergi tutarının düşük olduğu ve bu verginin uygulanmasının ulusal yol şebekesinin bakım ihtiyacı ve bu türden ulaşımlardan kaynaklanan ekolojik hasarla gerekçelendirilmesi bu açıdan konunun kapsamı dışında kalmaktadır.
48. Ana davaya konu olan bir motorlu taşıt vergisi, tek taraflı olarak vaz edildiği ve mallar üzerinden bir sınırı geçmelerinden ötürü alınan maddi bedel olarak ödendiği için, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4. maddesi kapsamında gümrük vergisi ile eşdeğer bir etkiye sahip mali bir yükümlölük oluşturduğu sonucuna varılmıştır.
49. Yukarıdaki hususlar ışığında, birinci sorunun cevabı, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4. maddesinin, ana davaya konu olan motorlu taşıtlara ilişkin bir verginin Türkiye'de kayıtlı ve Macaristan topraklarında transit halde bulunan ağır yük taşıtlarını işleten kişiler tarafından ödenmesi, ilgili maddenin anlamı dahilinde gümrük vergisine eşdeğer bir bedel teşkil ettiği yönündedir.
50. Birinci sorunun cevabı ışığında, ikinci ila dördüncü soruları cevaplamaya gerek yoktur.

### **Masraflar**

51. Buradaki yargılama, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest bir davada aşama olduğundan, masraflar hakkındaki karar başvurucu mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, ilgili tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (İkinci Daire) şu şekilde karar vermektedir:

**Gümrük Birliğinin son safhasının uygulanmasına ilişkin 22 Aralık 1995 tarihli AB-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/95 Sayılı Kararının 4. maddesi, Türkiye'de kayıtlı ve Macaristan topraklarından transit geçiş yapan ağır vasıta işleten kişiler tarafından ödenmesi gereken ana davaya konu olan motorlu araçlara uygulanan bir verginin, bu maddenin anlamı dahilinde gümrük vergisine eşdeğer bir mali yükümlölük oluşturduğu şeklinde yorumlanmalıdır.**

[İmzalar]





**“ÜLKE EKONOMİ DÜZENİNİ İHLAL EDENLERİN  
CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN KANUNDA BELİRTİLEN  
SUÇLARDA GENEL VE DEVRİM MAHKEMELERİNİN  
YETKİSİ” KONUSUNDA İRAN YÜCE YARGI DİVANI’NIN  
İÇTİHAH KARARI**

( No: 10/11/2007 H/5626)<sup>1</sup>

*Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Mohammad MAGHAMİNİA<sup>2</sup>*

**A. Giriş**

49/85 sayılı içtihadî birleştirme dosyasına ilişkin Yüce Divanın genel kurul toplantısı, 10/11/2007 tarihinde Salı günü sabah, saat 9’da Yüce Divan başkanı Ayetullah Mofit başkanlığında, Başsavcu Ayetullah Dori Necefabadi’nin müdahil sıfatıyla ve Yüce Divan daire üyelerinin katılımı ile adliye toplantılar salonunda kurulmuş ve Kur’an-i Kerim’den ayetlerin tilaveti ve dosya raporunun okunmasından sonra konuya ilişkin üye katımcıların değişik görüşlerinin sunulması ve tartışılmasıyla aşağıdaki şekilde aktarıldığı gibi sayın başsavcunun 16/10/2007-704 sayılı yargı içtihadî birleştirme kararını bildirmesiyle sona ermiştir.

**B. Dosya Raporu**

Saygıyla bildirilir ki, Yüce Divan’ın 33.dairesi ile 27.dairesi, genel ve devrim mahkemelerinin ülke ekonomi düzeninin ihlal suçlamasına ilişkin yetkisi konusunda iki farklı görüş belirtmiştir. Bu durum Yücel Divan genel kurulunun görüşünü almak üzere sunulacaktır.

a) İsfihan genel mahkemesinin 109.dairesinin 824/83 sayılı dosyasında sayın Ali’nin oğlu Hasan Süleyman İyzedi, 1)dolandırıcılık, 2) ekonomi düzen ihlaline ilişkin ceza kanununun 1.maddesinin (H) bendinin konusu ekonomi düzenin ihlali, 3)Kaimiye Sanduk-e Karz-el Hasene (Hasene Ödünç Sandığı) yönetim Kurulu üyelerine yönelik emanete hıyanet, 4)müşterilere Riba ödeme, 5) dört adet karşılıksız çek düzenlemekten, takip altına alınmıştır. Buna göre,

---

<sup>1</sup> صلاحیت دادگاههای عمومی و انقلاب در رسیدگی به جرائم مندرج در قانون مجازات اخلاگران در

نظام اقتصادی کشور (رأی شعبه 37 دیوان عالی کشور بشماره و تاریخ 5626 ه/1386.8.19)

(alıntı tarihi 05.10.2017) [http://rc.majlis.ir/fa/law/print\\_version/129319](http://rc.majlis.ir/fa/law/print_version/129319)

<sup>2</sup> Gümüşhane Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, e.posta: m.magami@gumushane.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-2345-6789

İsfihan genel ve devrim adliyesi bütün bu suçlama eylemleri, ekonomi düzene ihlal saymış ve İslami devrim mahkemesine göndermiştir. Yukarıda anılan maddenin (H) bendiyle aynı kanunun 2 ve 5.maddesindeki fıkralar ile ve İslami Ceza Kanunu’nun 47 ve 18. maddesinin fıkrası göz önünde tutmakla ceza isteminde bulunmuştur.

İslami devrim mahkemesinin 6.dairesi, 29/09/2007-847 sayılı karar ile Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun 2.maddesinin 6.istisnası ve Genel ve Devrim Mahkemeleri’nin Kuruluş Kanunu’nun düzeltilmesi gereğince ilga edildiği anlaşıldığına göre kendi yetkisizlik kararını vererek bu yetkinin İsfihan genel mahkemelerine ait olduğunu belirterek dosyayı 109. daireye iade etmiştir. Bu daire, 15/10/2006-916 sayılı karar ile Genel ve Devrim Mahkemeleri’nin Kuruluş Kanunu’nun 5.maddesinde belirtilen konuların eski devrim mahkeme yetkilerinin tamamlayıcısı olduğu ve anılan maddedeki konuların devrim mahkemelerinin eski yetkilerini ortadan kaldırmadığını gösterdiği yorumunda bulunmuştur. Bu bağlamda ilgili daire, Medeni Konulara İlişkin Genel ve Devrim Mahkemelerinin Yargılama Usul Kanunu’nun 28.maddesine dayanmakla kendi yetkisini ret eder ve dosyayı uyuşmazlığın çözümü için Yüce Divan’a gönderir.

Yüce Divan’ın 33.dairesi 02/11/2005-33/644 sayılı kararında şu şekilde görüş bildirmiştir: Dosya içeriğine göre ve 06/07/1994 tarihli Genel ve Devrim Mahkemelerin Kuruluş Kanunu’nun, İslami devrim mahkeme yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin 5.maddesiyle bu maddenin düzeltilmesine ilişkin 20/10/2002 tarihli kanunu ve ayrıca, 10/12/1990 tarihli ülke Ekonomi Düzenini İhlal edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun anılan her iki kanundan daha eski olduğu, göz önünde tutulduğunda, İsfihan İslami devrim mahkemesinin 6.dairesinin görüşü isabetlidir. Buna göre İsfihan genel mahkemesinin 109. dairesinin davaya bakma yetkisi onaylanıp uyuşmazlık çözülmüştür.

**b) Benzer bir konuda, Ekber Gulami adında bir kişi ve diğer kaç kişi,ekonomi düzenini ihlal etme suçundan İsfihan İslami devrim mahkemesinin 5.dairesince gözaltına alınmıştır. İlgili daire, Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun 2.maddesinin 6. fıkrasının Genel ve Devrim Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu ve düzeltilmesi gereğince ilga edildiği görüşünden hareketle kendi yetkisizliğini ve İsfihan genel mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin karar vermiştir. Genel mahkemenin 114.dairesi, bu yetki aktarımına göre 511/85 sayılı kararla Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun bir özel kanun olduğunu ve sonraki genel kanunun kabul ile ilga olmayacağı sonucuna varmıştır. Bu nedenle kendi yetkisizliğini ileri sürmüştür ve bu uyuşmazlığa ilişkin dosyayı Yücel Divana göndermiştir. Yüce Divan’ın 27.dairesi, bu yetkilendirmeye göre 13/08/2006-790 sayılı kararla görüşünü şu şekilde bildirmiştir:**

Dairenin görüşü: İsfihan ceza genel mahkemesi’nin 114.dairesinin aynı şehirde bulunan İslami devrim mahkemesinin ilgili uyuşmazlığa bakmakla yetkili olduğuna ilişkin yorumunu onaylamakla öncelikle o mahkemenin 5.dairesince uyuşmazlık çözülecektir. Buna göre durum, Genel ve Devrim Mahkemelerinin Ceza Yargılama Usul Kanunu’nun 270.maddesinin uygulamasında ilan edilecektir (ki, Yüce Divan genel kurulunda gündeme gelip hakkında görüş bildirilecektir). Başsavculuğun Birinci Yardımcısı, Seyid Ahmet Murtezevi Mukaddem.

### **C) Baş Savcılığın Görüşü:**

Saygılarla, Yüce Divan genel kurulunun 49/85 sayılı yargı içtihadi birleştirme dosyasındaki uyuşmazlık konusu Yüce Divanı’nın 27 ve 33. dairesinin 10.12.1990 tarihli Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun ve 1994 tarihli Genel ve Devrim Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu’nun 5.maddesinin ekonomi düzeni ihlal suçlamasına ilişkin genel mahkeme ve İslami devrim mahkemesinin yetkisi konusunda düzenlenen raporu da göz önünde tutarak görüşlerini aşağıdaki şekilde belirtmektedir:

“Her ne kadar Anayasa’nın 159.maddesi, adli yargı mahkemelerin genel kaynağı kamu şikayetlere ilişkin olsa dahi, adli yargı örgütünde devrim mahkemesinin kuruluşu, genel mahkemelerinin karşısında özel mahkemenin oluşturulması anlamına gelmez. Ancak devrim mahkemesi, adli yargıda bir özel mercidir. 1994 tarihli Genel ve Devrim Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu’nun 5.maddesinin kuralları, Devrim Mahkemesinin tekel yetkilerini belirleme niteliğinde değildir. Oysa kanun kurallarına göre, devrim mahkemesi, anılan 5.maddesinde belirtilen durumlara ek olarak tıbbi suçlar gibi diğer suçlara bakma yetkisine de sahiptir. Bizim bulunduğumuz söz konusu durumla ilgili Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun kuralları, özel kanun hükümleri, Genel ve Devrim Mahkemelerinin Kuruluş Kanunu’nun 5.madde kuralları ise genel kanun hükümleri olarak sayılır. Usul kuralları gereğince sonraki genel kurallar, kendisinden önceki kuralları ilga etmez. Özellikle bu konuda Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunu’nun 6. fıkrasındaki kuralların ifade açıklığı (sarih olması) dolayısıyla diğer kuralların anlamı ve şekline baskındır. Bu nedenle bu kuralların (hükümlerin) 2004 tarihli Genel ve Devrim Mahkemelerinin Kuruluş Kanununun düzeltme Kanunu ile değişikliği veya ona aykırılık durumu söz konusu olmaz. Nitekim kanun koyucu, özellikle 2005 tarihinde ilgili kanunun 1. maddesine bir bent ve bir fıkra eklemekle, kanunun 6. fıkrasındaki kurallarını da göz önünde tutmuştur ki bununla devrim mahkemesinin Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunun konusuna giren suçlara bakma yetkisine ilgi göstermiş ve anılan fıkradaki kurallarının geçerliliğine karşı çıkmamıştır. Herhangi bir şekilde 1990 tarihli Ülke Ekonomi Düzenini İhlal

Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunun açık ifadesi, öngörülen örtülü ilga veya buna benzer şekillerle geçerliliğini kaybetmez. Nitekim, 5. maddenin (a) bendinin, ekonomi güvenlik konuları da kapsadığı iddianın kanuni yorumuna veya ek bir desteğine gerek duyulmuştur. İlgili kanunun 5. maddesinin sınırlayıcı nitelikte olduğunun ileri sürülmesi ancak kavramsal bir anlayıştır ve kanunun mantık ve açıklığı ile bağdaşmamaktadır. Her halükarda, bizce 27. dairenin görüşü daha doğrudur. Eğer sayın hakimler konuyu incelediklerinde ihlal edenlerin cezalandırılmasına ilişkin kanunu istisna ederlerse onların girişimleri kurallara göre yapılmış sayılacaktır. Bu açıdan Yüce Divan’ın 27. dairesinin kararı, anılan durumlar açısından kanuni ölçütler ile uyarlı görüldüğünden onaylanmıştır.

#### **D) Genel Kurulun 16/10/2007-704 Sayılı İçtihadi Birleştirme Kararı:**

“2002 tarihli Genel ve Devrim Mahkemelerin kuruluş Kanunu’nun düzeltilmesine ilişkin Kanunun 5. maddesinin birinci bendine göre, ülke iç ve dış güvenliğine karşı bütün suçlara ve yeryüzünde fesada karşı mücadeleye İslami devrim mahkemelerinde bakılır ve Ülke Ekonomi Düzenini İhlal Edenlerin Cezalandırılmasına İlişkin Kanunun birinci maddesinin çeşitli bentlerinde belirtilen suçlara da bakmak, eğer bu kanunun ikinci maddesine göre İran İslam Cumhuriyetinin düzenine zarar verme kasdı veya kasten onunla mücadele etme veya bu girişimin düzenle mücadelede etkili olacağını bilerek kalkışması halinde ülkenin iç ve dış güvenliğine karşı bir girişim içerdiğinden yetki bu mahkemelere aittir. Diğer durumlarda son anılan kanunun ikinci maddesinin 6.fıkrasının örtülü olarak ilga edilmiş olmasından dolayı bakma yetkisi genel mahkemelere aittir. Buna göre Yüce Divan genel kurul üyelerinin çoğunluğunun görüşüne göre Yüce Divan 33. dairesinin kararı bu görüşle uyumluluk oranında doğru ve kanuni tespittir”. Bu karar, Genel ve Devrim Mahkemeleri’nin Ceza Yargılama Usul Kanunu’nun 270. maddesine göre, Yüce Divan Dairelerini ve mahkemeleri benzer durumlarda bağlayıcıdır.

---

\* 2017&kopya hakkı, İran İslami Şura Meclisinin Araştırmalar Merkezine aittir.

# TÜM YÖNLERİYLE HÜKÜMET SİSTEMLERİ, PARTİ SİYASASI VE KURUMSAL MÜHENDİSLİK<sup>1</sup>

Yazar: Robert ELGIE<sup>2</sup>

Çeviren: Arş. Gör. Abdulkadir SAKA<sup>3</sup>

## ÖZET

Ülkeler sık sık anayasal reform bahsini tartışmaktadır. Genellikle bu tür tartışmalar ülkenin başkanlık ve yarı başkanlık ya da parlamenter hükümet sistemine mi sahip olması gerektiğine odaklanır. Her bir sistemin avantaj ve dezavantajları artık çok iyi bilinmektedir. Bununla birlikte her bir sistemin ayrı ayrı artı ve eksilerine dair basit bir başlık tartışmasının ötesine geçmek önemlidir. Çünkü her üç hükümet sisteminin işleyişi, hem partilerin işlev gördüğü siyasi bağlama hem de devletin yasama ve yürütme organındaki aktörlerine verilen belirli yetkilere bağlıdır. Bu demektir ki, anayasal reform dikkate alındığında, hesaba katılan değişikliklerin bütünlüğünü ve reformun uygulamaya konulacağı kendine has bağlamı etraflıca düşünmek önem arz eder.

## Kurumsal Reformu Tartışmak

Başlıca üç tane hükümet sistemi vardır -başkanlık ve yarı başkanlık hükümet sistemleri ve parlamentarizm. Yıllar içinde birçok ülke bir sistemi diğeri ile değiştirmeyi tartışmış ve bazıları bu değişikliği yapmaya karar vermiştir. Parlamenter sistemden yarı başkanlığa geçiş Başkan Charles de Gaulle idaresindeki Fransa ile tanınmaktadır. Türkiye'nin daha yakın zamanda parlamenter sistemden, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçimi sonrasında bir yarı başkanlık sistemine geçişi de oldukça tanındıktır. En son Aralık 2015'te Ermenistan, yarı başkanlığı parlamenter sisteme dönüştürmek için (2017-2018'deki gelecek seçim döneminden sonra) oy kullanmıştır. Üç temel hükümet sisteminin her birinin hem lehinde hem de aleyhinde herkeşçe bilinen iddialar vardır. Makale bu iddiaların yerini bağlamı içerisinde belirleyecektir. Çalışma üç sistemin tarif edilmesi ile başlayacaktır; bu bir bakıma onların net bir biçimde tanımlanmasına imkân sağlayacaktır.

<sup>1</sup> Makalenin aslının künye bilgisi şu şekildedir: **ELGIE, Robert**:“*Government Systems, Party Politics, and Institutional Engineering in the Round*”, Insight Turkey, Vol 18, No 4, pp.79-92, 2016.Makalenin aslına TÜBİTAK bursu vasıtasıyla İngiltere’de yapılan araştırmalar esnasında ulaşılmış, yurda dönüş yapıldıktan sonra da tercümesine karar verilmiştir. Bu vesile ile makalenin yazarı Robert Elgie’ye ve tercülemeye müsaade eden Insight Turkey dergisi yazı işleri müdürü Muhittin Ataman’a teşekkürlerimi sunarım.

<sup>2</sup> Profesör, Dublin City Üniversitesi.

<sup>3</sup> Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: abdulcadirsaka@erciyes.edu.tr.  
ORCID ID: 0000-0002-7585-521X

Daha sonra her bir sistemin artı ve eksilerine ilişkin basit ve basma kalıp argümanların ötesine geçmenin gerekli olduğunu ileri sürecektir. Bunun yerine, bu tür sistemlerin tesirlerinin, belirli kurumsal esaslar ve parti siyasasının karşılıklı etkileşimi şartına bağlı olduğu noktasına parmak basacaktır. Bu şu anlama gelmektedir ki, karar alıcılar bir hükümet sisteminden diğerine geçiş ile alakalı başlık tartışmalarına daha az odaklanarak böyle bir değişikliğin uygulamaya konulacağı siyasi bağlamı ve genellikle sistem düzeyindeki değişimin eşlik ettiği daha ayrıntılı kurumsal reformların etkilerini daha fazla düşünmelidirler.

### **Üç Temel Hükümet Sistemi**

Hükümet sistemlerinin üç yaygın tipi iki farklı anayasal esasın kombinasyonuna dayanılarak ayırt edilebilir: i) devlet başkanının doğrudan seçilip seçilmediği ve ii) hükümetin ya da kabinenin yasamaya karşı müşterek biçimde sorumlu olup olmadığı. Başkanlık sistemlerinde, devlet başkanı -başkan- doğrudan seçilir ve kabine yasamaya karşı müştereken sorumlu değildir. Parlamenter sistemlerde, devlet başkanı -parlamenter monarşideki monark ya da parlamenter cumhuriyetteki devlet başkanı da olabilir- doğrudan seçilmez fakat kabine meclise karşı müştereken sorumludur. Yarı başkanlık sistemlerinde, devlet başkanı doğrudan seçilir ve kabine müştereken sorumludur. Dördüncü olası kombinasyon -bağımsız meclis sistemi, ki orada cumhurbaşkanı doğrudan seçilmez ve hükümet müştereken sorumlu değildir- sadece İsviçre’de bulunabilir. Makale çerçevesinde bu bir kenara bırakılabilir.

Türüne göre tasnif edilen bu basit kombinasyon, üç temel hükümet sistemi modelini birbirinden ayırmaya yeterlidir. Genellikle, bununla birlikte iki anayasal esas da bunlara (hükümet sistemleri) atfedilmektedir. İlki devlet başkanlığı dönemini ilgilendirmektedir. Başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde, devlet başkanları belli bir süre için görev yaparlar ve bu ara dönemde sadece görevden alınma süreci yoluyla azledilebilirler. İkinci esas yasama dönemi ile ilgilidir. Başkanlık sistemlerinde yasama belli bir süre için görev yapar ve bu sürede başkan tarafından feshedilemez. Buna karşın, parlamenter sistemlerde ve yarı başkanlık sistemlerinde, yaklaşık olarak belli süreli parlamentolar her ne kadar iki sistemin özelliği de olsa genelde yasama feshe açıktır, bilhassa Norveç’te. Parlamentolar erken feshedebileceği zaman, parlamenter sistemlerde feshi etkileyecek güce sahip kişi genelde başbakandır, yarı başkanlık sisteminde de başbakan ya da devlet başkanı böyle bir güce sahiptir.

Bu esasların nasıl bir araya geldiğini düşünmek her sistemin bilinen örneklerini oluşturur. Amerikan tarzı başkanlık sistemi, halk tarafından seçilen belli süreye sahip başkana ve belli süreli bir kongreye sahiptir. Amerika’da başbakan yoktur. Kabine için yapılan başkanlık atamaları senato tarafından

onaylanmalıdır, fakat kabine ne müştereken yasama tarafından onaylanır ne de ona karşı mesuldür. Bunun aksine Alman tarzı parlamenter sistem, yasamanın alt kanadının -Bundestag- bütün üyeleri ve eşit sayıda bölgesel meclis üyelerinden oluşan federal kongre tarafından seçilen bir devlet başkanına sahiptir. Vazifesini üstlenmek için parlamentonun alt kanadının oy desteğini almak ve Bundestag'dan güven oyu alamadığında hükümeti görevden ayrılmak zorunda olan, ki bu durumda yeni parlamento seçimleri düzenlenir, bir başbakan -Şansölye- vardır. Almanya'da parlamenter dönem belli süreli değildir (semi-fixed), Şansölye'nin, görev süresinin bitmesinden önce parlamentonun feshini planlayıp düzenleyebileceği yollar vardır fakat Şansölye basit bir şekilde parlamento seçimleri için çağrı yapma gücüne her defasında sahip değildir. Son olarak Fransız tarzı yarı başkanlık cumhuriyeti belli bir sürede görev yapan doğrudan seçilmiş bir cumhurbaşkanına sahiptir. Fransız yasamasının alt kanadının güven oyunu alamadığında makamını terk etmesi gereken hükümetin başında olan bir başbakan ve bazı kısıtlamalara tabi, Cumhurbaşkanı tarafından feshedilebilen, Ulusal Meclis vardır. Fransa'da devlet başkanı, başbakanı ya da kabineyi azledecek anayasal yetkiye sahip değildir.

Gayet basit olan bu anayasal esasların tasnif pratiği, hükümet sistemleri hakkında düşünmenin standart yolu haline gelmiştir. Çünkü bu pratik, üç temel sistemin açık ve net bir biçimde tanımlanmasına olanak sağlamaktadır. Bu akla da yatkındır çünkü tasnife esas teşkil eden kurallar birbirini dışlamaktadır. Devlet başkanı doğrudan seçilir ya da seçilmez. Hükümet yasamaya karşı müştereken sorumludur ya da değildir. Esasların kombinasyonuna bağlı olarak bir sistem başkanlık veya parlamenterizm ya da yarı başkanlıktır. Asla bir karışım değildir. Diğer taraftan farklı hükümet sistemlerini tanımlamak için uzmanlık bilgisine ihtiyaç da yoktur. Örneğin, bir ülkenin başkanlık mı yarı başkanlık mı olduğunu basitçe anayasasındaki temel esaslara bakarak açıklamak mümkündür, ki anayasanın kendisi kamuya açık bir belgedir. Farklı hükümet sistemlerini açık ve net bir biçimde tanımlayabilmek faydalıdır çünkü bu, bilim adamlarının, politikacıların ve benzer şekilde halkın belirli bir sisteme atıfta bulunduğu zaman bununla neyin kastedildiğini tam olarak bilmelerine imkân tanır. Bu, hükümet sistemlerinin bilimsel karşılaştırmasının yanı sıra sistemlere dair anlaşılır kamusal müzakereleri de kolaylaştırır. Bir başka ifadeyle, insanların hükümet sistemlerini tasnif ederek düşünmediği zaman bu, başkanlık ve yarı başkanlık gibi terimlerin belirli bir yandaş menfaatine, siyasi veya kişisel menfaate uygun olarak kullanıldığı durumlar dahil olmak üzere bilim adamlarının, politikacıların ve kamunun bu durumdan haberdar olmasına da imkân tanır.

Hükümet sistemlerini sınıflandırarak düşünmenin çok önemli bir sonucu vardır. Farklı sistemleri açıklayan esaslar devlet başkanı da dahil olmak üzere

siyasi liderlerin iktidarına yönelik gerekli sonuçları içermezler. Çünkü “iktidar” kavramı, var olsun veya olmasın, basit bir anayasal kural değildir ve kavrama sınıflandırma yapılarak müracaat edilebilir. Bunun yerine iktidar ekonomik, sosyal ve siyasi birden ziyade faktörün birleşimidir. Bu aynı hükümet sistemini paylaşırsanız bile başkanlığın ve başbakanlığın gücünün bir ülkeden diğerine değişiklik gösterebileceği anlamına gelmektedir. En uç farklılıklara yarı başkanlık sistemlerinde rastlanabilir. Burada Fransa standart referans noktası olabilir fakat Azerbaycan, Belarus ve Rusya’yı içeren bazı ülkelerde devlet başkanları çok kuvvetliyken, Finlandiya, İzlanda ve Slovenya gibi diğerlerinde ise sadece sembolik başkanlardır. Ancak yarı başkanlık sistemleri bu bağlamda yalnız değildir. İktidarın hatırı sayılır derecede farklılığı başkanlık sistemlerinde de mevcuttur. Amerika başkanlık sisteminin ya da başkanlığın en fazla zikredilen örneği sayılabilir fakat bu pek çok açıdan oldukça olağandışıdır. Sadece Latin Amerika dahilinde başta Brezilya olmak üzere, başkanlık otoritesinin sık sık sorgulandığı ülkeler ve başkanlık iktidarının despot bir şekilde kullanıldığı Venezuela’yı da kapsayan diğer ülkeler vardır. Her iki kısımdaki ülkeler de sistemi Amerika’dan çok farklı şekilde işletirler. İktidardaki farklılıklar parlamenter sistemde de vardır. Birleşik Krallık bazen “seçimli diktatörlük” olarak nitelendirilir çünkü başbakan çok kuvvetlidir, fakat çok zayıf hükümetlerin olduğu parlamenter sistem örnekleri de vardır; Dördüncü Cumhuriyet süresince Fransa başta olmak üzere, savaş sonrası İtalya ve aynı dönemin büyük bir bölümünde Japonya.

Özetlersek, “başkanlık”, “yarı-başkanlık” ve “parlamenter” terimleri sadece hükümet sisteminin belirli anayasal esasların tasnifi pratiğini temel alarak tanımlanan üç farklı hükümet sistemine atıfta bulunmak için kullanılmalıdır. Belirli bir sistemdeki, belirli bir ülkedeki devlet başkanlarının ve/veya başbakanların ya da bahsi geçen ülkedeki belirli bir liderin iktidarına ilişkin hiçbir şeye işaret etmek için kullanılmamalıdır. Bu nedenle “başkanlık” terimi bir ülkenin icraatta güçlü bir başkana sahip olduğunu kast etmek için kullanılmamalıdır. Parlamenter terimi de başbakanın muhakkak güçlü ya da zayıf bir figür olması gerektiğini kast etmek için kullanılmamalıdır. Bu hususu anlamadan, doğru dürüst bir bilimsel tartışmaya veya tarafsız bir kamusal müzakereye kalkışmak mümkün değildir.

### **Farklı Sistemlerin Avantaj ve Dezavantajları**

Başkanlık ve parlamenter hükümet sistemlerinin avantaj ve dezavantajları hakkında uzun süredir devam eden bir tartışma vardır. Akademik mutabakat, başkanlık sistemlerinin tecrübesiz demokrasiler için parlamenter sisteme nazaran daha riskli olduğu yönündedir lakin güçlü karşı argümanlar da söz konusudur.



Juan J. Linz gibi akademisyenler başkanlık sistemi ile ilişkili birtakım problemleri teşhis etmiştir.<sup>1</sup> Mesela, başkanlık sisteminde hem başkan hem de yasama organı halk tarafından seçilir ve bu nedenle her ikisi de halkın iradesini ifade etme talebinde bulunabilir. Bu, yönetimin iki şubesi arasında çatışmaya ve/veya çıkmaza yol açan rakip iki meşruiyet iddiası oluşturabilir, bu da ya başkanı yasama organını bertaraf ederek kararname ile yönetmeye ya da askeriyeyi çıkmazı çözümlmek için müdahalede bulunmaya teşvik edebilir. Ayrıca hem yasamanın hem de başkanlığın belli süreli oluşu sistemde bir katılık oluşturabilir -sadece belirli tarihlerde yapılan seçimler nedeniyle-. Bu şu anlama gelmektedir ki; siyasi sisteme, hızla değişen bir duruma tepki vermek zor gelebilir, muhtemelen askeriye açısından da kriz olarak düşünebileceği durumu çözmek için kaynağını anayasadan almayan bir değişikliğe tevessül etmek yönündeki saik kuvvetlenmektedir. Başkanlık, rakip siyasi güçler ile iktidarın paylaşılması imkânını zayıflatan, kazananın her şeyi aldığı bir makamdır. Başkanlık seçimlerinin, adaylar seçilmek için yeterli oyu kazanmaya çabaladığından, en düşük ortak paydayı -popülist siyaset tarzı- teşvik ettiği de söylenir. Bu tip adayların, demokratik ilkelere saygısı az, siyaset kurumuna yabancı figürler olması muhtemeldir.

Linz gibi akademisyenler için, parlamenter sistemler, yazarın “başkanlık sisteminin tehlikeleri” şeklinde isimlendirdiği şeylerin tümünü önleyebilir.<sup>2</sup> Parlamenter sistemlerde, meşruiyetin sadece bir kaynağı vardır -yani yasama- ve bu da kurumsal çatışma potansiyelini azaltır. Yasama döneminin belli süreli olmadığı parlamenter sistemdeki ülkelerde ve bu dönemin yarı sabit olduğu durumlarda bile, yeni seçimler şartların gerektirdiği hemen her zaman yapılabilir, bu da sistemi daha esnek hale getirir. Ayrıca hükümetler genellikle yasama çoğunluğunun desteği ile göreve gelir, bu da, kabinelerin çoğunlukla koalisyon şeklinde oluşması anlamına geldiğinden iktidar paylaşımına olanak tanır. Parlamenter seçimler aday merkezli seçimlerden ziyade esasen parti odaklı yarışmalardır ve bu popülizm potansiyelini azaltmaktadır. Başbakanlar genellikle parti çekirdeğinden yetişerek arkalarındaki parlamenter tecrübe ile iktidara gelirler yani siyasete yabancı kimseler değildirler.

Bununla birlikte parlamenter sistemle ilgili potansiyel sorunlar da vardır. Eğer yasama kompozisyonu çok parçalı ise bu durumda bir kabinenin ardından diğeri görevden uzaklaştırılırken sistem şiddetli hükümet istikrarsızlığından muzdarip olabilir. Buna karşılık eğer tek bir parti büyük ve birbirine bağlı bir çoğunluğa sahip olursa, sonrasında başbakan karar alma sürecinde tam anlamıyla kontrol sahibi olabilir ve bu durumda yasama ve yürütme organları arasındaki denge ve denetleme mekanizmaları etkin bir biçimde ortadan kaldırılabilir. İlaveten, partiler genellikle liderlerinin hâkimiyeti altındadır ve bu parlamenter seçimleri fiilen başkanlık seçimi benzeri popülist tarzdaki seçimlere dönüştürmektedir.

Parlamente sistem karşıtı argümanlar olmakla birlikte diğer bir yandan başkanlık sisteminin lehinde argümanlar da vardır. Örneğin belli süreli başkanlık ve yasama dönemleri kurumsal istikrarı temin edebilir. Dahası Jose Cheibub gibi akademisyenler, başkanlık sistemlerinin Linz'in iddia ettiği kadar kötü olup olmadığını sorgulamıştır.<sup>3</sup> Mesela başkanlığı kazanmak için adaylar genellikle destek ittifakları oluşturmak zorundadır. Bu da galip gelen ittifakı yansıtan kabineleri atamak zorunda oldukları anlamına gelir- önceki muhalefet partilerini hükümete dahil ederek. Aynı ölçüde başkanlar daima yasama üzerine kafa yormalıdır- burada da ittifak inşasını teşvik ederek-. Cheibub ayrıca başkanlık sistemlerinin askeri darbe geçmişi olan ülkelerde başarısız olmaya meyilli olduğuna dair kanıt sunar-kendilerinden sorunlu olmaktan ziyade, belki de kendilerine uygun olmayan yerlerde uygulandıklarını ileri sürerek-.

Yarı başkanlık sistemlerinin avantaj ve dezavantajlarını ilgilendiren tartışmalar bir nebze daha az gelişmiştir, fakat akademik mutabakat nettir. Her şey hesaba katıldığında tecrübesiz demokrasiler için yarı başkanlık sistemi sorunlu bir tercih olarak düşünülür, belki de başkanlık sistemlerinden bile daha fazla. Teoride yarı başkanlık sistemleri lehinde sağlam argümanlar vardır. Belli süreli devlet başkanlığı dönemi yürütme istikrarını temin edebilir aynı zamanda hükümetin yasamaya karşı sorumluluğu esnekliğe olanak sağlayabilir böylece diğer her iki temel sistemin görünen faydası birleştirilebilir. En dikkat çeken hem devlet başkanının hem de başbakanın varlığı bölünmüş toplumlarda iktidar paylaşımı imkanını ortaya çıkarır. Eğer bir ülke iki muhalif grup arasında bölünmüşse bu durumda bir grubun devlet başkanlığını diğerinin de başbakanlığı kontrol etmesi, iki gruba da sistem içerisinde bir pay sahibi oldukları hissi verebilir bu da bir bütün olarak rejime olan desteği artırır.

Yarı başkanlık sistemleri lehinde argümanlar olmakla birlikte aleyhinde olan argümanlar da vardır. Bu sistem diğer iki sistemin dezavantajlarını bazen birleştiriyor gibi görünür. Mesela devlet başkanlığı seçimleri, başkanlık sistemlerinde olduğu gibi siyasetle ilgisi olmayan adayları ve popülist siyaseti teşvik edebilir. Aynı zamanda, eğer yasama organı çok bölünmüş ise hükümetin parlamentoya karşı olan sorumluluğu ile birlikte yarı başkanlık sistemi, bazı parlamente sistemlerde olduğu gibi benzer hükümet istikrarsızlığından muzdarip olabilir.

Daha da önemlisi yarı başkanlık kendine has iki belirli problem meydana getirmektedir. Hem devlet başkanlığı hem de yasama seçimlerinin varlığı devlet başkanının yasama çoğunluğuna karşı çıkma ihtimaline yol açar. Başkanlık sistemlerinde bu durum, başkan ve kongre arasında anlaşmazlığa ve/veya çıkmaza yol açabilir. Oysa yarı başkanlık sistemlerinde bu durum, bir yandan yürütme ile devlet başkanı arasında diğer yandan da başbakan ile hükümet

arasında kohabitasyona yol açabilir. Çünkü hükümet yasamaya karşı sorumludur. Yasama çoğunluğu devlet başkanına karşı olduğunda, devlet başkanı yine de yasama desteğine sahip bir başbakanı atmalıdır. Eğer devlet başkanı bir başbakanı muhalif bir yasamaya kabul ettirmeye uğraşırsa o zaman bu, yasama organı basit bir şekilde devlet başkanının tercihine engel olabileceğinden, başbakanlık düzeyinde istikrarsızlık sorunlarına yol açabilir. Devlet başkanı yasama desteğine sahip olan muhalif (kendine) bir başbakanı atadığı zaman, Roy Pierce’ın tabirini kullanırsak yürütme “kendi içinde bölünmüş” olmaktadır.<sup>4</sup> Devlet başkanı yürütme organında başbakan ve kabine karşısında yalnız kalır, ki bu durum istikrarsızlaştırıcı olabilir. Örneğin, silahlı kuvvetlerin başı başbakan ya da savunma bakanı olmakla birlikte devlet başkanı başkomutan olduğunda orduya kim kumanda edecektir? Tecrübesiz demokrasilerde kohabitasyon üstesinden gelinmesi çok zor bir problem olabilir.

Yarı başkanlık sisteminde bununla birlikte bir problem daha vardır; kohabitasyonun zıt kutbu olan durum. Devlet başkanı yasamanın sadık bir çoğunluğunun desteğine sahip olduğunda, Arend Lijphart’ın “süper başkanlık” adını verdiği problem söz konusu olabilir.<sup>5</sup> Bu koşullarda, devlet başkanı politikalarını yürürlüğe koyan sadık bir başbakan atayabilir ki bu halde yasama organı ilgili tasarrufları sadece otomatik olarak onaylamaya razı olur. Süper başkanlık sorunludur, çünkü devlet başkanının iktidarı çifte demokratik bir temele sahiptir, bu temel devlet başkanlığı ve yasama seçimlerinin her ikisinden geldiğinden buna itiraz geliştirmek de zordur. Bununla birlikte aynı zamanda iktidarı tek bir kişide toplamaktadır. Bu, tecrübesiz bir demokrasinin pamuk ipliğine bağlı olduğu anlamına gelebilir.

Bu kısa değerlendirmeden, parlamenter sistemlerin belirli bir akademik üstünlüğe sahip olduğu ile başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinin ikisi ile de ilişkilendirilen problemler olduğu sonucuna varmak makuldür. Fakat, önemli bir şekilde, bütün sistemlerin lehinde ve aleyhinde olan argümanlar vardır. Lehte olanlar bütün eleştirilerden muaf olmadığı gibi aleyhte olanlar da tamamen değersiz değildir. Dahası, herhangi bir genel argümanı boşa çıkaran belirli vakalara dikkat çekmek çok kolaydır. Nitekim, örnek vermek gerekirse, Türkiye de dahil olmak üzere, demokrasinin çöktüğü parlamenter sistemler vardır. Demokrasinin ayakta kaldığı başkanlık sistemleri de olduğu gibi, bilhassa Amerika’da, başarılı olmuş pek çok yarı başkanlık sistemi de vardır; 1962’den bu yana Fransa başta olmak üzere 1990’dan sonra Orta ve Doğu Avrupa’nın büyük bölümü. Bu, hükümet sistemlerinin münferiden avantaj ve dezavantajları hakkında basit ve basmakalıp argümanların ötesine geçmenin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Bundan ayrı olarak, belirli bir sistemin uygulanmasının mutlaka kesin bir sonuca yol açacağını ileri sürmek, esasen yanıltıcıdır. Örneğin,

demokratikleşmenin başarısını veya başarısızlığını tespit etmek için birçok unsur bir araya gelmektedir. Bu unsurların bazıları münferiden ülkelere özgüdür. Bu tür ülkeye özgü argümanlar, genellikle yandaş çıkarlarını ya da şahsi ve ideolojik menfaatleri gizleyen bir sis perdesi olsa bile neticede sadece Türkiye Türkiye'dir ve sadece Amerika Amerika'dır. Fakat diğer unsurlar daha geneldir. Makalenin geri kalanında, odak noktası demokratikleşme projesinin başarısını tespit etmeye katkıda bulunmak için, genellikle farklı hükümet sistemi şekilleri ile bir araya gelen iki unsura yönelecektir; yani parti siyasasına ve anayasal esasların daha geniş bir dizisine.

### **Hükümet Sistemleri, Parti Siyaseti ve Anayasal Esasların Etkileşimi**

Parti siyasası, hükümet sistemlerinin işleyişinin şekillenmesine katkıda bulunmaktadır. Bu husus önceki bölümde sunulan bazı argümanlarda bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse, yasama organındaki parti düzeni parçalanmış bir haldeyse bu durumda hem parlamenter sistemlerin hem de yarı başkanlık sistemlerinin şiddetli hükümet istikrarsızlığı sıkıntısından muzdarip olabileceğine dikkat çekilmişti. Bundan şu sonuç çıkar ki, bir parlamenter sistem ya da yarı başkanlık sistemi yasama organındaki parti düzeninin parçalanmamış olduğu bir ülkede uygulanırsa, o halde bu problemin ortaya çıkması daha az muhtemeldir. Aynı sebeple parti siyasasının önemi, başkanlık sistemlerinin yasama/yürütme çatışması ya da çıkmazı probleminden muzdarip olabileceği ve yarı başkanlık sistemlerinin de kohabitasyona meyilli olabileceği iddiasında saklıydı. Bu problemlerin, bir ülkenin iki kutuplu bir parti sistemine sahip olduğu bir durumda ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir, yani sisteme nispeten denk fakat muhalif iki partinin veya parti bloğunun hâkim olduğu durum. Çünkü başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde hem devlet başkanlığı hem de yasama seçimleri manidar olabilir. Seçimler ve parti sistemi ziyadesiyle kutuplaştığında, bir parti bloğunun bir seçimi diğer parti bloğunun da diğer seçimi kazanma ihtimali vardır. Bu şekildeki iki parti bloğu üzerinden koalisyon inşasının zor olduğunu farz edersek, her bir blok iki seçim mücadelesinden sadece birini kazandığında aralarında anlaşmazlık ortaya çıkması ihtimali vardır. Yine, bundan şu sonuç çıkar ki, bir başkanlık ya da yarı başkanlık sistemi iki bloktan oluşan bir parti siyasasının olmadığı bir ülkede uygulanırsa o zaman bu tür sistemlerin doğasında olan bazı problemlerin ortaya çıkması daha düşük ihtimallidir. Parti siyasasının mahiyeti, bir hâkim parti sistemindeki esas siyasi liderlerin iktidarını da şekillendirir. Disiplinli tek bir siyasi parti parlamenter sisteme hâkim olduğunda, bu parti yasama ve yürütme arasındaki her türlü denge ve denetleme mekanizmasını etkili bir biçimde ortadan kaldıracaktır. Böyle bir parti yarı başkanlık sistemine hâkim olduğunda, süper başkanlık sorununa yol açabilir. Önceki gibi bundan yine şu sonuç çıkar ki, eğer parlamenter sistem ya da yarı başkanlık sistemi, disiplinli tek bir partinin sisteme hâkim olmadığı

bir ülkede uygulanırsa, o zaman bu tür problemlerin ortaya çıkması daha düşük ihtimallidir.

Parti siyaseti hükümet sistemlerinin işleyişinin şekillenmesine katkıda bulunur fakat kurumsal esaslar da parti siyaseti ile birleşerek önemli sonuçlar meydana getirir. Hükümet kurmak için koalisyona ihtiyaç duyulan, ılımlı bir çok partili sistemin olduğu bir yarı başkanlık sistemi örneğini ele alalım. Bu durumda, ilk başta Mathew Shugart ve John Carey'nin ileri sürdüğü<sup>6</sup> ve ondan sonra benim ampirik olarak teyit ettiğim gibi,<sup>7</sup> yarı başkanlık sisteminin işleyişi, asgaride, devlet başkanının başbakanı ve hükümeti azledecek anayasal güce sahip olup olmadığına göre, bir ölçüde belirlenir. Sadece yasama organının başbakanı görevden alma yetkisine sahip olduğu vakit, hükümetin kurulması aşamasında devlet başkanı yasama ile pazarlık etmek için daha mühim bir sebebe sahip olmaktadır. Çünkü devlet başkanı bilmektedir ki, hükümet bir kere kurulursa sonrasında sadece yasama organı onu görevden alacak güce sahiptir. Dolayısıyla devlet başkanının, sonrasında hükümet üzerindeki nüfuzunu devam ettirmek için sürecin en başında hükümet kompozisyonunu şekillendirmesi gerekmektedir. Yasama organının da hükümetin kuruluşunda devlet başkanı ile müzakere etmeye hevesli olması muhtemeldir- tek alternatifin devlet başkanına bir hükümeti kabul ettirmeye çalışmak olduğunu aksi halde müzakere etmemekten kaynaklanan, müteakip herhangi bir istikrarsızlık yüzünden suçlanma riskini bildiğinden. Bu bağlamda, hem devlet başkanı hem de yasama organı kurulan ve birlikte çalışacakları hükümette bir pay sahibi olduklarını muhtemelen hissetmektedir. Buna karşılık, hem yasama organı hem de devlet başkanı, başbakanı ve hükümeti görevden alma gücüne sahip olduğu zaman, başlangıçta diğeriyle kalıcı bir anlaşmaya varmak için her iki tarafta da istek uyandıracak daha az şey vardır. Her bir taraf bilmektedir ki, diğeri dilediği zaman hükümeti görevden alabilir. Her ikisinin, diğeri tarafın anlaşılması herhangi bir hususta sözünden dönerek siyasi avantaj elde etmeye çabalayacağını hesaplaması muhtemeldir. Bu yüzden, herhangi bir hükümet anlaşmasına az miktarda yatırım yapılması muhtemeldir,- çünkü her iki taraf da hükümette uzun vadeli bir hisseye sahip olduğunu hissetmez.

Bu örnek, söz konusu parti sistemi bağlamında sonuçların, münferit bir anayasa kuralının varlığına ya da yokluğuna bağlı olarak değişebileceğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte anayasalar kurallar paketinden oluşmaktadır. Hükümet sistemlerinin etkisinin, münferit anayasa kurallarının nasıl birleştirileceğinde en azından kısmen bir fonksiyonu olacaktır. Bu husus devlet başkanlığı yetkileri bağlamında fark edilebilir. Başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde, devlet başkanlığı yetkileri çok önemli olabilir. Bunlar, devlet başkanının kabineye başkanlık etme ve kabinenin gündemini belirleme yetkisine sahip olup olmadığını; kanunları veto etmeyi ve/veya bir yasa

tasarısını, anayasallığına karar verilmesi için ülkenin en yüksek mahkemesine göndermeyi; yasama organını görev süresinin dolmasından önce feshetmeyi, belirli bir konuda referanduma başvurmayı; yüksek seviyeli kamu görevlerine atamalar yapmayı ve buna benzer yetkileri içerebilir. Yakın tarihli bir çalışmada, David Doyle ile birlikte akademik ilginin, -adım adım-, devlet başkanlığı gücünün etkisine, öncesine nazaran daha fazla yönelmeye başladığını ortaya koymuştuk.<sup>8</sup> Akademisyenler, devlet başkanlığı yetkisindeki farklılığın tesirini, ekonomik politika reformlarından, seçime katılım oranına, parti sisteminden demokratikleşmeye kadar değişen başlıklarda değerlendirmiş; birçok durumda, devlet başkanlığı yetkisinin bu gibi sonuçların kayda değer bir alameti olduğunu bulmuştur. Bu çalışma, hükümet sistemleri başlığının etkilerini değerlendirmenin ötesine geçmeyi ve ayrıyeten devlet başkanının anayasal yetkilerinin etkisine daha genel olarak odaklanmanın önemli olduğunu ileri sürmektedir.

Bu nokta İrlanda vakası ile örneklendirilebilir. İrlanda, tam anlamıyla zayıf devlet başkanının olduğu bir yarı başkanlık anayasasına sahiptir. Bunun başlıca nedeni devlet başkanının çok az anayasal yetkiye sahip olmasıdır. Çok özel şartlarda devlet başkanı başbakanın yasamayı feshetme talebini reddedebilir. Devlet başkanı, bir kanun tasarısını da Yüksek Mahkemeye gönderebilir, yine belirli şartlar altında. Fakat yetkileri bundan ibarettir. Bu aşırı sınırlamalar nedeniyle, kohabitasyon kavramının İrlanda özelinde kesinlikle bir ehemmiyeti yoktur. Devlet başkanının partisinin hükümette temsil edilmediği buna binaen teknik olarak bir kohabitasyon döneminin var olduğu zamanlar olmuştur fakat siyasi sistemin işleyişi bir nebze olsun değişmemiştir. Başka bir ifadeyle İrlanda “kohabitasyon” sorunundan muzdarip olmayan bir yarı başkanlık ülkesidir çünkü devlet başkanlığı yetkileri paketi çok küçüktür. Bu örnek yarı başkanlık sistemlerinde “kohabitasyon” probleminin üstesinden gelinebileceğini göstermektedir. İşin sırrı, devlet başkanının yetkilerini azaltmaktadır. Bu husus yarı başkanlık sistemlerinde daha genel olarak gerçekleştirilebilir. Eğer devlet başkanlığı yetkileri azalır, bu hükümet sistemi türü ile ilgili bazı problemler hafifletilebilir.

Anayasa devlet başkanına geniş bir yetki paketi verdiğinde durum ne olur? Bu başkanlık sistemi ya da yarı başkanlık sistemi için her zaman iyi bir fikir midir? Bir hâkim parti sistemi olduğunda, anayasal açıdan kuvvetli bir devlet başkanı, her iki sistemde de demokrasi için tehlikeli olabilir. Yasama organında disiplinli bir çoğunluk tarafından desteklenen devlet başkanı, yetkisini daha az denge ve denetleme ile kullanabilir. Bu durumda, sistem devlet başkanının kişiliğine büyük ölçüde bağlıdır. Tarih kuvvetli devlet başkanlarının nadiren hayırlı olduğunu göstermektedir; en azından çok uzun bir süredir. İki kutuplu bir parti sistemi olduğunda da benzer problem ortaya çıkmaktadır. Anayasal açıdan güçlü

bir devlet başkanı yasama organından daha fazla hükmetmeye çabalayabilir. Başkanlık sistemlerinde yasama organı devlet başkanına muhalefet eden bir parti tarafından kontrol edildiğinde, devlet başkanını kışkırtan şey yasama iradesinin aleyhine kararname ile hükümet etmektir. Yarı başkanlık sistemlerinde “kohabitasyon” dönemi boyunca devlet başkanını kışkırtan şey, yasama organının desteğine sahip olmayan devlet başkanlığı hükümetlerini atamaktır. Bu hükümeti ve yasama organını birbirine düşürebilir. Bu şartlar dahilinde büyük bir başkanlık yetkisi paketi ile belirli bir parti sisteminin birleşimi demokrasi için potansiyel olarak tahrir edici olabilir. Sadece aşırı derecede parçalanmış bir yasama organı olduğunda güçlü bir devlet başkanı potansiyel olarak avantajlı olabilir. Bu beşinci Fransız Cumhuriyeti’nin kurulduğu bağlamdı. Bu aynı zamanda İtalya’da doğrudan seçilen devlet başkanı uygulaması hakkındaki tartışmanın uzun süredir cereyan ettiği bağlamdır. Yasama organı parçalanmış bir halde olduğu vakit güçlü bir devlet başkanı sisteme, oldukça çok ihtiyaç duyulan yürütme istikrarını getirebilir. Böyle olmasına rağmen dikkat edilmesi gerekmektedir. Yürütme istikrarının ikamesi çok geçmeden devlet başkanlığı iktidarının aşırı kullanımına dönüştürülebilir. Tecrübesiz bir demokrasi açısından bu, sadece sorunlu bir durumu diğeriyle değiştirir. Gerçekten de Scott Mainwaring bir zamanlar, güçlü bir devlet başkanı ve çok partili bir sistem kombinasyonunu, “güç bir birliktelik” olarak nitelendirmişti.<sup>9</sup> Bu hususlar, güçlü bir devlet başkanının bir ülkeye faydalı olabileceği durumların olabileceğini göstermektedir fakat parti siyaseti genellikle güçlü devlet başkanlarını demokratikleşmeye tehlikeli olabilecek biçimde şekillendirme eğilimi gösterir. Kısacası, başkanlık iktidarının olası tehlikelerinden nasıl kaçınılacağı göz önünde tutularak, kuvvetli devlet başkanlığı yetkileri yönünden durum çok dikkatli bir biçimde hesap edilmelidir.

Fransız sistemi, siyasal süreci şekillendirmek için, hükümet sistemi, parti siyaseti, başkanlık yetkileriyle esasen diğer kurumsal özelliklerin ne şekilde bir araya geleceği üzerine düşünmenin neden önemli olduğunu net bir biçimde ortaya koyar. Fransa bir yarı başkanlık sistemine sahiptir. Ancak bizatihi bu, bize çok az şey söyler. Açıklandığı üzere yarı başkanlık sistemleri çok farklı şekillerde işleyebilir. Fransa örneğinde devlet başkanı münhasıran diğerlerine göre sade bir anayasal yetkiler paketine sahiptir fakat İrlanda örneğinin aksine bu yetkiler, siyasal süreçte devlet başkanını önemli bir figür yapmak için yine de yeterlidir. Fakat daha da önemlisi, Fransız devlet başkanının iktidarı, siyasal sürecin en önemli ögesi konumundaki devlet başkanlığı seçimi ile iki kutuplu parti siyaseti düzeninin birleşiminden kaynaklanmaktadır. Devlet başkanlığı seçimi genelde seçimdeki başarı sayesinde yasama organında başkan lehindeki çoğunluğu vücuda getirmiştir -ara seçimler bazen devlet başkanına karşı olan bir yasama çoğunluğuna ve bunun neticesinde meydana gelen “kohabitasyona” yol açmış olsa bile. Dolayısıyla nispeten sınırlı anayasal yetkilere sahip bir devlet

başkanı iktidarını kullanmak için sadık bir başkanlık çoğunluğuna yaslanabilmiş ve destekleyici bir başbakanın atanması marifetiyle dolaylı olarak hükümet edebilmiştir. Fransa’da diğer kurumsal esaslar, devlet başkanının otoritesini pekiştirme işlevi görmüştür. En dikkat çeken ise devlet başkanlığının ve yasama organının görev süreleri artık aynı uzunluktadır ve önce başkanlık seçiminin yapılması ve sadece birkaç hafta sonra gelen yasama seçimi ile iki seçim grubu sıraya konulmuştur. Bu, seçim sayesinde yasama organında oluşacak devlet başkanlığı çoğunluğu ihtimalini büyük ölçüde artırır ve “kohabitasyon” ihtimallerini azaltır. Özetle, Fransız devlet başkanının çok kuvvetli olmasına sebep olmuş olan yalnızca Fransız yarı başkanlık sistemi değildir. Parti siyasetine ilişkin faktörler ile kurumsal faktörlerin çok daha geniş bir grubu ile bu sistemin birleşimidir.

Bu kısa taslak sadece hükümet sistemleri başlığına odaklanmaktan ziyade kurumsal mühendislik ile ilgili etraflıca düşünmenin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Politikacılar Fransız sistemini desteklediklerini söylediğinde, bundan çıkan anlam, onların sadece yarı başkanlık sistemini uygulamaya koymak istedikleridir, başka bir deyişle doğrudan seçilmiş bir devlet başkanı ve yasama organına karşı sorumlu bir hükümet. Fakat çıkan anlamın daha fazla olması gereklidir; Fransız sistemi, belirli bir parti sistemi, anayasadaki devlet başkanlığı yetkilerinin bir paketi ayrıca ek olarak daha geniş bir kurumsal esaslar kümesidir. Devlet başkanının anayasal yetkileri hükümet sistemlerini genel olarak tanımlamak için kullanılan özelliklerden herhangi birinin çok ötesine geçer. Daha geniş kurumsal özellikler kümesi; iki türlü seçim sistemini, seçimlerin belirlenmiş zamanlamasını ve bağımsız bir Anayasa Konseyi’nin varlığı da dahil olmak üzere aslında sistemdeki kurumsal denge ve denetlemenin daha kapsamlı bir dizisini içermektedir. Diğer bir deyişle Fransız sistemini uygulamak yalnızca yarı başkanlık sistemini uygulamanın çok ötesine geçmektedir. Aynı husus Amerikan tarzı bir başkanlık sistemi ya da Alman tarzı bir parlamenter sistemin uygulanması için de geçerlidir. Genel olarak bu, hükümet sistemleri başlığında sadece avantaj ve dezavantajlara odaklanmış bir tartışmanın, kurumsal mühendisliğin daha geniş sürecinde neyin mevzubahis edildiğini büyük oranda gözden kaçırdığını ileri sürmektedir.

### **Tüm Yönleriyle Kurumsal Mühendislik**

Bir ülke kurumsal reformu değerlendirdiğinde, bunu etraflıca düşünmek önem arz eder: Kurumsal reformun uygulamaya konulacağı siyasi parti bağlamı nedir? Parçalanmış bir parti sistemi, iki kutuplu bir sistem ya da hâkim parti sistemi var mı? Belirli bir parti sistemi önerilen herhangi bir reformun etkisini şekillendirebilir. Belirli anayasal ve kurumsal esasların birlikte ne kadar önem taşıdığı ve nasıl bir araya getirildiğini dikkate almak da önemlidir. Bahsi geçen



herhangi bir reform parti siyaseti ile koşullu bir biçimde, sonuçları etkileme potansiyeline sahiptir. Fakat ülkeler tek başına münferit bir reformu nadiren uygulamaya koyarlar. Genellikle kurumsal mühendislik, değişim başlığının- mesela yarı başkanlık sisteminden başkanlık sistemine- çok ötesine geçer. Daha doğrusu, çoğu kere tamamen yeni bir anayasanın onaylanmasını ya da en azından var olan anayasada geniş kapsamlı bir reformlar dizisini içerir. Bütün kurumsal değişiklikler dizisinin etkisi nedir? İlgili ülkedeki belirli parti sistemi ile birleşmeleri ne ölçüde muhtemeldir? Rekabet halindeki hükümet sistemlerinin avantaj ve dezavantajlarını tartışmak kullanışlıdır. Fakat böyle bir tartışma genellikle çok kısıtlayıcı olabilir. Değerlendirmede yalnızca sistemler başlığına odaklanmaktan ziyade politikacılar, akademisyenler ve benzer şekilde kamuoyu, bu tip reformların önerildiği daha geniş bağlamın ve üzerinde düşünülen reformların bütünlüğüne ilişkin etkilerin farkında olmalıdır.

### Son Notlar

1. Juan J. Linz, "The Perils of Presidentialism," *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1 (1990), s. 51-69.
2. Juan J. Linz, "The Virtues of Parliamentarism," *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 4 (1990), s. 84-91.
3. José Antonio Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
4. Roy Pierce, "The Executive Divided Against Itself: Cohabitation in France, 1986-1988," *Governance*, Vol. 4, No. 3 (1991), s. 270-94.
5. Arend Lijphart, "Constitutional Design for Divided Societies," *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 2 (2004), s. 96-109.
6. Matthew Soberg Shugart and John M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).
7. Robert Elgie, *Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance*, (Oxford, Oxford University Press, 2011).
8. Robert Elgie and David Doyle, "Measuring Presidential Power," *British Journal of Political Science*, (forthcoming), FirstView DOI: 10.1017/S0007123414000465.
9. Scott Mainwaring, "Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination," *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 2 (1993), s. 198-228.



# ULUSLARARASI DAİMİ ADALET DİVANİ

## “WIMBLEDON” BUHARLI GEMİSİ DAVASI<sup>1</sup>

*Çeviren: Arş. Gör. Mehmet Emin BÜYÜK<sup>2</sup>*

(17 Ağustos 1923)

Mevcut: LODER (Başkan), WEISS (Başkan Yardımcısı), FINLAY, NYHOLM, MOORE, DE BUSTAMANTE, ALTAMIRA, ODA, ANZILOTTI, HUBER, WANG (Vekil Yargıç), SCHÜCKING (Alman Ulusal Yargıcı).

Başvurucular:

Dışişleri hukuk danışmanı Sör Cecil Hurst tarafından temsil edilen Britanya Majesteleri Hükümeti,

Paris Hukuk Fakültesi'nde Profesör Bay Basdevant tarafından temsil edilen Fransa Cumhuriyeti Hükümeti,

Roma Divanı eski yargıcı Commendatore Pilotti tarafından temsil edilen İtalya Kralı Majesteleri Hükümeti,

Lahey Japonya Maslahatgüzarı, elçilik sekreteri Bay N. ITO tarafından temsil edilen Japonya İmparatoru Majesteleri Hükümeti,

Katılan,

Geçici olarak Dışişleri Bakanlığı'ndan ayrılan ve Lahey Polonya Elçiliğine bağlanan Elçilik Sekreteri Bay Gustave Olechowski tarafından temsil edilen Polonya Cumhuriyeti Hükümeti,

karşısında Davalı,

Eski Adalet Bakanı, Bay Schiffer tarafından temsil edilen Alman İmparatorluğu Hükümeti.

Yukarıdaki şekilde oluşan Divan, tarafların gözlemlerini ve çıkarımlarını göz önünde bulundurarak, aşağıdaki kararı almıştır:

---

<sup>1</sup> **Affaire Du Vapeur “Wimbledon”**, Arrêt, CPIJ, Série A, No. 1, 1923; S.S. “Wimbledon”, Judgment, PCIJ, Series A, No. 1, 1923, s. 15-34.

<sup>2</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. E-posta: mbuyuk@marmara.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-7392-4488

## I.

Britanya Majesteleri, Fransa Cumhuriyeti, İtalya Kralı, Japonya İmparatoru Hükümetleri, 16 Ocak 1923 tarihinde, Statü'nün 40. maddesi ve Tüzük'ün 35. maddesine uygun bir şekilde, Divan Kayıt Bürosu'na kaydedilen dava işlemlerini başlatan başvuruyla, bu Hükümetlerle Almanya İmparatorluğu Hükümeti arasında 21 Mart 1921 tarihinde, “Wimbledon” buharlı gemisinin Kiel Kanalı'ndan geçmesine izin vermeyi reddetmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığı Divan önüne getirmişlerdir.

Bu başvuruyla şu iddialar öne sürülmüştür:

1. Alman yetkililer, 21 Mart 1921 tarihinde, “Wimbledon” buharlı gemisine, Kiel Kanalı'na serbestçe giriş izni vermemekte haksızdır.

2. Alman Hükümeti, ilgili geminin, bu davranış sonucunda ortaya çıkan zararını tazmin yükümlülüğü altındadır ve bu miktar, 20 Mart 1921 tarihinden itibaren yıllık yüzde 6 faizle birlikte, 174,082 Frank 86 Sent olarak hesaplanmıştır.

Başvuruda yer alan talepler, 17 Mart 1923 tarihinde Divan'a Başvurucular tarafından sunulan Muhtıra ile geliştirilmiştir; burada, tazminat tutarının, Karar'ın verildiği tarihten itibaren bir ay içinde Fransa Cumhuriyeti'ne havale edilmesi ve, bu süre içerisinde Alman Hükümeti'nin ödemeyi yapmaması halinde, bu tarihin sona ermesinden itibaren, hem asıl hem de faiz, toplam borç üzerinden yüzde on faiz ödemesi belirtilmiştir.

Diğer yandan, Alman Hükümeti, bu davanın davalısı, 20 Nisan 1923 tarihinde sunduğu Karşı-Muhtırası'nda yer alan aşağıdaki hususları talep etmiştir:

1. “Wimbledon” buharlı gemisinin, 21 Mart 1921 tarihinde, Kiel Kanalı'ndan geçmesine izin vermemek hususunda, Alman yetkililerin, hakları dahilinde davrandıklarının ilan edilmesi.

2. Tazminat talebinin reddedilmesi.

Yazılı aşama esnasında, Tarafların karşılıklı iddiaları, bir dereceye kadar düzenlenmiş veya eklemeler yapılmıştır. Bunlar, son hallerine, Başvurucu Devletlerin 18 Mayıs 1923 tarihli cevapları ve bunu takip eden 15 Temmuz tarihli Almanya'nın cevaba cevabı ile kavuşmuşlardır.

Cevapta şunlar sunulmuştur:

“Alman yetkililer, 21 Mart 1921 tarihinde, “Wimbledon” buharlı gemisine, Kiel Kanalı'na serbestçe giriş izni vermemekte haksızdır;

“Sonuç olarak, Alman Hükümeti, ilgili geminin ve kiralayanlarının, bu davranış sonucunda ortaya çıkan zararını tazmin yükümlülüğü altındadır ve bu zarar,

eğer Divan, cevapta belirlenen ilkeye uygun bir şekilde, tazminatın bekleme ve sapmayı karşılamak üzere belirlenen kısmının sterlin olarak hesaplanmasının daha hakça olacağını düşünmüyorsa, 20 Mart 1921 tarihinden itibaren yıllık yüzde 6 faizle birlikte, 174,082 Frank 86 Sent olarak hesaplanabilir;

“Almanya İmparatorluğu Hükümeti, kararın verilmesinden itibaren bir ay içinde, bahse konu tazminat miktarını Fransa Cumhuriyeti Hükümetine havale etmelidir;

“Ve, bu zaman içinde Alman Hükümeti’nin ödemeyi gerçekleştirmemesi halinde, yukarıda bahsedilen bir aylık sürenin dolmasından itibaren, hem asıl borç hem de faizlerle birlikte, toplam borç üzerinden yüzde on faiz ödemek zorundadır.”

Sözlü duruşma esnasında, Statü’nün 63. maddesi kapsamında davaya müdahil olan Polonya Cumhuriyeti Hükümeti, başvurucuların taleplerine katıldığını beyan etmiştir.

Diğer yandan, Alman Hükümeti tarafından sunulan cevaba cevap, karşı-muhtırada yer alan iddialara, aşağıdaki şekliyle eklemeler yapmakta ve daha ötesinde bu iddiaları tanımlamaktadır. Almanya, Divan’dan şunlara karar vermesini istemektedir:

1. a) Versay Barış Andlaşması’nın 380. maddesi, Almanya’yı, 25 Temmuz 1920 emirnamesi gibi, kendiliğinden uygulanabilir bir bağımsızlık düzenlemesini, 1920-1921 Rusya-Polonya Savaşı sırasında Kiel Kanalı’na uygulamaktan alıkoyamaz.

b) 25 Temmuz Emirnamesi’nin uygulanması, 2 Kasım 1920 tarihli ilk Barış Andlaşması ile değil, sadece 30 Nisan 1921 tarihli nihai Barış Andlaşması’nın yürürlüğe girmesi ile imkansız hale gelmiştir.

2. Sonuç olarak, tazminat taleplerinin reddedilmesi gerekir.

Vardıkları sonuçları desteklemek adına Taraflarca, muhtırada, karşı-muhtırada, cevapta ve cevaba cevapta veya duruşmalar esnasında bir miktar doküman Divan’a sunulmuştur.

Ayrıca Divan, 5, 6, 7, 9 ve 10 Temmuz 1923’te yapılan duruşmanın açık oturumlarında, ilgili altı Devlet’in temsilcilerinin beyanlarını dinlemiştir.

## II. OLAYLAR

Davanın çeşitli aşamalarında ifade edilen ve Taraflar arasında üzerinde uyuşmazlığın görünmediği davaya konu olaylar şu şekilde özetlenebilir:

“Wimbledon” aldı İngiliz buharlı gemisi (vapuru), merkezi Paris’te olan “Les Affréteurs réunis” adlı Fransız Şirketi tarafından kiralanmıştır.

28 Ocak 1919’da imzalanan kira sözleşmesindeki şartlara göre, bu gemi, teslim tarihi 3 Mayıs 1919 tarihinden başlamak üzere, 18 aylık bir süre için Şirket’e bırakılmıştır; ancak 15 Temmuz 1920 tarihli bir ek düzenleme ile takip eden 3 Kasım’dan itibaren 6 aylık bir süre için uzatılmıştır.

Belirtilen şekilde kiralanan gemi, Danzig’deki Polonya Deniz Üssü’ne teslim edilmek üzere, ağır silah ve mühimmatla, Selanik’te donatılmıştır. 21 Mart 1921 sabahı, gemi, Kiel Kanalı’nın girişine gelmiş, ancak Kanal Trafığı Yöneticisi tarafından, Rusya-Polonya savaşıyla ilişkili olarak Almanya’nın tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler ve buna yönelik kendisine verilen talimatlar gerekçe gösterilerek, geçişine izin verilmemiştir.

İki gün sonra, 23 Mart’ta, Berlin’deki Fransız Büyükelçisi, Alman Hükümeti’nden, bu yasağın geri çekilmesini ve Versay Andlaşmasınının 380. maddesine uygun olarak, “Wimbledon”ın Kanal’dan geçişine izin verilmesini talep etmiştir. Birkaç gün sonra, 26 Mart’ta, verilen cevapta, Alman Hükümeti’nin, Danzig’deki Polonya Askeri Komisyonuna teslim edilmek üzere ağır silah ve mühimmat yüklü bir geminin, Kanal’dan geçişine izin veremeyeceğini zira 25 ve 30 Temmuz 1920 tarihli Almanya tarafsızlık düzenlemelerinin, Rusya’ya veya Polonya’ya giden bu türde yüklerin geçişini yasakladığını, ve Versay Antlaşması’nın 380. Maddesinin, Kiel Kanalı’na ilişkin bu düzenlemelerin uygulanmasına engel olmadığı bilgisi verilmiştir.

30 Mart akşamı, “Société des Affréteurs réunis”, “Wimbledon”ın kaptanına telgraf çekerek, seyrine Danimarka Boğazlarından devam etmesini emretmiştir. Gemi, 1 Nisan’da demir almış ve Skagen’den ilerleyerek, 6 Nisan’da, hedeflediği liman olan Danzig’e ulaşmış; böylece sapmadan dolayı eklenecek iki günle birlikte on bir gün gecikmiştir.

Bu esnada, “Wimbledon” olayı, Elçiler Konferansı ve Berlin Hükümeti arasında görüşmelerin başlamasına netice vermiş, ancak karşı taraflar arasındaki zıtlığın iyice netleştiği ve Müttefik Devletler’in ihtarının (protestosunun), Rusya ve Polonya arasındaki savaşta, Almanya’nın tarafsızlığından doğan haklarını ve yükümlülüklerini öne sürdüğü bir beyanıyla karşılandığı bu görüşmeler, bir sonuca ulaştıramamış; bunun üzerine İngiliz, Fransız, İtalyan ve Japon Hükümetleri –Alman Hükümetinin 28 Ocak 1922 tarihinde, Dışişleri Bakanı tarafından yollanan mektuptaki önerisinde olduğu gibi- görüşme konusu uyuşmazlıkları, diğer hususlarla birlikte, Versay Andlaşması’nın 380’den 386’ya kadar olan maddelerinin herhangi bir şekilde ihlali veya bunların yorumuna dair her türlü uyuşmazlıkları, Milletler Cemiyeti bünyesindeki yargı organı önüne getirme kararı almışlardır. Bu yargı organı da, 15 Şubat 1922 tarihinde Lahey’de göreve başlayan, Uluslararası Daimi Adalet Divanı’dır.

### III. BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

İncelenecek ilk husus, yukarıda bahsi geçen dört hükümet tarafından yapılan Başvuru şartları dahilinde, davanın kabul edilebilir olup olmadığıdır. Davalı, bu noktanın değerlendirmesini Divan’a bırakmıştır.

Divan’ın, kendisine sunulduğu şekliyle, davayı başlatan başvuruyu dikkate alabileceği konusunda şüphesi bulunmamaktadır. Bu davanın amaçları bakımından, dört başvuru Devlet’in her birinin Kiel Kanalı ile ilgili hükümlerin uygulanmasında açık bir menfaatinin olduğunu gözlemlemek yeterlidir zira bunların hepsi, saygıdeğer bayraklarının çekili olduğu donanmalara ve ticaret gemilerine sahiptirler.

Bunlar, dolayısıyla, her ne kadar herhangi bir maddi faize gerekçe oluşturacak bir durum teşkil etmese de, 386. maddenin 1. paragrafı kapsamındadırlar; ve bu paragraf şu şekildedir:

“380’den 386. maddeye kadar olan maddelerdeki hükümlerin herhangi bir şekilde ihlali veya bu maddelerin yorumunda herhangi bir şekilde uyumsuzluk ortaya çıkması halinde, bu amaca yönelik olarak Milletler Cemiyeti tarafından başlatılan yargılama faaliyetine herhangi bir ilgili Devlet başvurabilir.”

### IV. HÜKÜM

#### A.

Davanın tamamının üzerine oturduğu sorun, Alman otoritelerinin, 21 Mart 1921 tarihinde, Wimbledon vapurunun Kiel Kanalı’nın girişine ve buradan geçişine izin vermemek konusunda, bunu yaptıkları şartlar ve koşullar dahilinde, yetkilerinin bulunup bulunmadığı üzerinedir.

Bu sorunun çözümünün, Versay Andlaşması’nın “Limanlar, Suyolları ve Demiryolları” başlığını taşıyan 12. Kısım’ında yer alan, Kiel Kanalı’na hasredilen 6. Bölüm hükümlerine göre ele alınması gerekecektir. Bu Bölüm, madde 380’de düzenlenmiş, genel ve emredici nitelikte, şu şekilde bir hükümle başlamaktadır:

“Kiel Kanalı ve girişleri, mutlak eşitlik hükümleri çerçevesinde, Almanya ile barış halinde olan bütün Devletlerin ticaret ve savaş gemilerine serbest ve açık bulundurulacaktır.”

Sonrasında takip eden hükümler, bu serbest geçiş hakkının uygulamasını kolaylaştırmak ve düzenlemek amacı taşımaktadır.

381. madde, “Bütün Devletlerin, vatandaşları, malları ve gemileri, ücretler, kolaylıklar ve tüm diğer konularda, kanalın kullanımında mutlak bir eşitlik üzerinden muamele görecektir.” dedikten sonra; “güvenlik, gümrük, sağlık,

göç veya iltica düzenlemelerinden ve yasaklanmış malların ithalat ve ihracatına ilişkin düzenlemelerden ortaya çıkanlar dışında, kişilerin veya gemilerin hareketlerin herhangi bir engel konulamaz ve bu düzenlemelerin makul ve tek tip olması ve gereksiz şekilde trafiği engellememesi gerekir.”

Aynı şekilde, madde 382, kanal ve girişlerin kullanımında, gemilere yüklenen ücretlerin yükseltilmesini, kanal ve girişlerinin seyrüsefere uygun şartlarını muhafaza veya geliştirme için yapılan harcamalar veya seyrüseferin yararına ortaya çıkan masrafların karşılanması gibi durumlarda hakça bir şekilde bunları karşılamak dışında, yasaklar. Öte yandan, madde 383, taşınan malların gümrük memurunun gözetimi veya mührü altına alınmasını düzenler ve 385. madde, Almanya’yı, seyrüsefere yönelik tehlikeleri veya engelleri kaldırmak ve seyrüseferin iyi koşullarının korunmasını sağlamak konusunda gerekli tüm önlemleri almak yükümlülüğü altına koymaktayken, aynı zamanda, Almanya’ya, kanal ve girişlerinde, seyrüseferi engelleyecek nitelikte herhangi bir çalışma başlatmayı da yasaklamaktadır.

Başvurucular tarafından öne sürülen, Wimbledon vapurunun Kiel Kanalı’ndan serbest geçiş hakkını kullanabilmesine ilişkin talep, Versay Andlaşması’nın 380. maddesinde vücut bulan genel kurala dayanmaktadır.

Demektedirler ki, bu hüküm, Almanya ile barış halindeki tüm milletlerin ticaret ve savaş gemilerine serbest ve açık olacağını öngören hüküm daha açık olamazdı; ve dolayısıyla, Almanya ile o dönemde barış içinde olan bir millete ait Wimbledon vapuru, Kanal’dan serbest geçiş hakkına sahiptir.

Başvurucular, ayrıca, 380. maddenin bu yorumunun, Alman Hükümeti tarafından kanaldaki serbest dolaşım üzerinde getirilebilecek birtakım sınırlamaları ve engellemeleri düzenleyen takip eden maddenin 2. paragrafıyla da uyumlu olduğunu, zira, sınırlı sayıda düzenlenmiş bu kısıtlama ve engellemelerden hiçbirinin yükünün niteliği sebebiyle Wimbledon vapuruna uygulanamayacağını ifade etmişlerdir.

Divan, 380. Madde hükümlerinin açık ve şüpheye yer bırakmadığı düşüncesindedir. Bunun sonucu olarak, Kanal, kıyı Devletinden başka Devletlerin gemilerinin kullanımının tamamen bu Devletin takdir yetkisine bırakıldığı bir iç su yolu olmaktan çıkmıştır, ve tüm dünya milletleri yararına, Baltık Denizi’ne kolay ulaşımı sağlamaya yönelik andlaşma garantisi altına alındığı bir uluslararası su yolu haline gelmiştir. Bu yeni rejim dahilinde, Kiel Kanalı, eşit koşullar altında, savaş gemileri ve ticaret gemileri arasında ayırım yapmadan tüm gemilere açık olmalıdır, ancak tek bir açık şartla, ki bu da, bu gemilerin, Almanya ile barış halinde olan milletlere ait olması gerekir.



İmparatorluk’un, gemilerinin kanaldan geçmesine izin vermemek suretiyle düşmanlarına karşı kendilerini korumak hakkı, böylece deklare edilmiş ve tanınmıştır. Savaş veya ticaret gemileri kanala ulaşım talebinde bulunacak devletlerle Almanya’nın barış halinde olmaması durumuna ilişkin bu çekincenin getirilmesi ile, Barış Andlaşması, açık bir şekilde, Almanya’nın içinde olduğu bir gelecek savaş ihtimalini öngörmektedir. Eğer, Kanala erişim şartları, Almanya ile barış halindeki iki Devlet arasındaki çatışma durumunda da değişecek olsaydı, Andlaşma, bunu belirtmeyi ihmal etmezdi. Ancak böyle bir şey söylememektedir ve hiç şüphe yok ki, bu boşluk bilinçlidir.

Versay Andlaşması’nın hazırlayıcılarının bir uluslararası rejim kurmak yoluyla Baltık Denizi’ne ulaşımı kolaylaştırmak ve bunun sonucunda her türlü yabancı gemiye her zaman kanalı açık tutmak niyetleri, 380. maddenin ifadelerinin 12. Kısım’da yer alan diğer hükümlerle karşılaştırılması durumunda daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar, Kiel Kanalı, Almanya tarafından Alman ülkesinde inşa edilmiş olmasıyla, 1919 yılına kadar, her iki kıyıyı da elinde bulunduran bu Devletin bir iç su yolu olsa da; Andlaşma, bu su yolunu, Alman İmparatorluğunun diğer ulaşımına müsait iç su yollarıyla karıştırmama hususunu dikkate almıştır. Limanlar, su yolları ve demiryolları ile ilgili 12. Kısım’ın sonunda özel bir bölüm oluşturulmuş; ve bu özel bölümde, münhasıran Kiel Kanalı’na özgü kurallar yer almıştır; bu kanallar, birden fazla noktada, madde 321 ile 327’de yer bulan İmparatorluk’un diğer ulaşımına müsait iç su yollarından ayrılmaktadır. Bu farklılık, Kiel Kanalı, Almanya ile barış halinde olan bütün milletlerin savaş gemilerine ve transit ulaşımına açık iken, yukarıda işaret edilen diğer Alman ulaşımına müsait su yollarının sadece Müttefik Güçlerle (İtilaf Devletleri) sınırlı olması hususunda, özellikle daha açık bir şekilde görünür. Bu karşılaştırma, madde 380’in yorumuna, halihazırda metninden ve ruhundan çıkarılanlara, yeni bir argüman eklemektedir.

Versay Andlaşması’nın, Kiel Kanalı’na ilişkin hükümleri, kendine yeter bir şekilde düzenlenmiştir; eğer bunlar, 12. Kısım’ın önceki Bölümlerinde Almanya’nın iç su yollarına işaret eden hükümlerin yardımıyla desteklenecek ve yorumlanacak olsalardı, tüm varlık sebeplerini kaybederlerdi; yer verilecek bu tür tekrarlar lüzumsuz olurlardı ve 321 ile 327. madde arasındaki hükümlerin kanala uygulanabilir olduğu bazı durumlar açısından da, Andlaşma’nın hazırlayıcılarının bu hükümleri tekrarlamak veya bunların esasını yeniden üretmek zahmetine katlandıklarını görmek şaşırtıcı olabilecektir.

Andlaşma’nın 380. maddesi ve takip eden maddelerin altında yatan düşünceyi bu hükümlerden yapılacak bir kıyas yoluyla değil, ancak daha ziyade, tersine (*a contrario*), bunları dışarda bırakan bir metotla aramak gerekir.

Bu davada, “Wimbledon” vapurunun, madde 380 kapsamında Kiel Kanalı’ndan serbest geçiş hakkına itiraz etmek amacıyla, bu hakkın, gerçekten de uluslararası hukukta (veya uluslararası hukuk tarafından) Almanya’ya yüklenmiş irtifak hakkı niteliğinde bir hak olduğu ve, egemenliğin icrasına yönelik her türlü kısıtlama ve sınırlamada olduğu gibi, bu irtifak hakkının da mümkün olduğunca kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması, ve özellikle de bir silahlı çatışmada tarafsızlığın neticesi olarak ortaya çıkan hakları etkilemesine izin verilmemesi anlamında, -bu hakkın- en dar sınırlarına çekilmesi gerektiği iddiası Divan önüne getirilmiştir. Divan, ziyadesiyle tartışmalı bir niteliği olan, özel hukuklardaki irtifak hakları benzeri irtifak haklarının uluslararası hukuk alanında var olup olmadığı hususuna ilişkin olarak net bir tavır almamaktadır. Alman Hükümeti, barış zamanında olduğu gibi, savaş zamanında da tüm milletlerin gemilerinin Kiel Kanalı’na serbestçe erişimine, ister bir irtifak hakkı nedeniyle, isterse de, Versay Andlaşmasının hükümlerinden faydalanma hakkına sahip Devletlere karşı yüklendiği, sözleşmeden doğan yükümlülükler nedeniyle izin vermek zorunda olsun; Almanya, Kiel Kanalı üzerindeki, kimsenin tartışma konusu etmediği, egemenlik haklarının icrasına yönelik önemli bu sınırlamaya riayet etmek durumundadır. Bu olgu, şüphe halinde, bu tür bir sınırlamanın kaynaklandığı hükmün kısıtlayıcı yorumu için yeterli bir sebep oluşturmaktadır. Ancak Divan, kendisini, bahse konu bu kısıtlayıcı yorumu, maddenin açık hükümlerine aykırı olduğu ve açıkça tanınan şeyleri ortadan kaldırdığı noktada durdurmakla yükümlü hissetmektedir.

Öne sürülen bir diğer iddia ise, Kiel Kanalı’ndan, tüm milletlerin gemilerinin geçişine dair tanınan genel bir hakkın, Almanya’yı, savaş zamanında, tarafsız devlet olarak haklarını icrasından mahrum etmeyeceği, ve savaşan taraflardan birine gönderilen savaş malzemelerinin kanaldan geçişine izin verme yükümlülüğü altına sokmayacağı, zira, böyle bir geniş yorumun, Almanya’nın egemenliğinin temel bir parçasını oluşturan ve önceden vazgeçemeyeceği veya vazgeçmeyi talep edemeyeceği kişisel ve kalıcı bir hakkını terk etmesini ima edeceğidir. Bu iddia Divan’ı ikna edememiştir; -zira- en yüksek düzenin (uluslararası hukuk - Ç.N.) genel mülâhazalarıyla çelişki içermektedir. Bu (iddia), aynı zamanda, istikrarlı uluslararası uygulamayla da çelişmektedir ve barış zamanını olduğu gibi açık bir şekilde savaş zamanını da düzenleyen 380. maddenin ifadelerine de aykırıdır. Divan, bir Devletin, belli bir davranışta bulunma veya bir davranışta bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girdiği herhangi bir andlaşmanın sonucunda egemenliğinden vazgeçtiği görüşünü kabul etmemektedir. Şüphe yoktur ki, bu türde bir yükümlülük meydana getiren herhangi bir andlaşma, Devletin egemenlik yetkilerinin icrasına, bu yetkilerin belli bir şekilde kullanılması anlamında, kısıtlama getirir. Ancak, uluslararası sözleşmelere (taahhütlere) girebilme hakkı, Devlet egemenliğinin bir sembolüdür.

Bazı devletlerin egemenlik yetkilerine kısmi bir sınırlama getiren, ancak daimi olması hedeflenen uluslararası sözleşmelere örnek olarak, Divan önüne, Süveyş ve Panama Kanalları'na ilişkin düzenlenen kurallar getirilmiştir. Bu kurallar, her iki olay bakımından aynı değildir; ancak, büyük uluslararası suyollarının, savaşan tarafların savaş gemilerinin veya savaşan veya tarafsız devletlerin savaş malzemeleri taşıyan ticaret gemilerinin, egemen sahil devletin tarafsızlığıyla uyumsuzluk içeren bir biçimde görülemeyeceğini düzenlemeleriyle eşit öneme sahiptirler.

29 Ekim 1888 tarihli İstanbul Andlaşması ile, Avusturya-Macaristan, Fransa, Almanya, Büyük Britanya, İtalya, Hollanda, Rusya, İspanya ve Türkiye Hükümetleri, bir yandan, Süveyş Deniz Kanalı'nın, ülkesel egemen olan Türkiye ile savaş halinde olan gemilerini bile dahil etmek suretiyle “barış zamanlarında olduğu gibi, savaş zamanında da, bayrak ayrımı yapılmaksızın bütün ticaret ve savaş gemilerine serbest ve açık olması”nı ilan etmektedirler, ve diğer yandan, hiçbir şekilde, “barış zamanında olduğu gibi savaş zamanında da kanalın serbest kullanımına müdahale etmeyeceklerini” düzenlerken, sahildar Devletin meşru müdafaa hakkı, belli bir derecede korunmaya çalışılmıştır: kanala hükmeden hiçbir istihkam mevzii inşa edilemeyecektir. Esasen, bu rejim dahilinde ve birçok durumda, savaşan devletlerin savaş gemileri ve savaş malzemesi yüklü gemilerin serbestçe kanaldan geçmesine izin verilmiştir ve hiçbir zaman, bu tür bir geçiş, kimse tarafından, Osmanlı İmparatorluğu'nun tarafsızlığını zedeler görülmemiştir.

Panama'da teşkil edilen rejim bakımından, Büyük Britanya ve Birleşik Devletler arasındaki, yaygın bir şekilde Hay-Pauncefote Andlaşması olarak adlandırılan, 18 Kasım 1901 Andlaşması, ve Birleşik Devletler ve Panama Cumhuriyeti arasındaki 18 Kasım 1903 Andlaşmasına başvurulması gereklidir. Her ne kadar, bu andlaşmaların ilkinde, Kanal'ın “tarafsızlaştırılması”na ilişkin çeşitli hükümler bulunsa da –ki bu hükümler, büyük oranda, tarafsız bir Devletin gözetmesi gereken kuralların beyan edilmesinden ibarettir-, barış zamanında olduğu gibi, savaş zamanında da, bayrak üzerinden yapılan bir ayırım veya Birleşik Devletlerin savaşan taraf olması ihtimaline gönderme olmaksızın, kanaldan serbest geçişi garanti altına alan bir hüküm bulunmamaktadır; aynı şekilde, Birleşik Devletlerin kanala hükmeden istihkam mevzii inşa etmesini yasaklayan bir hüküm de bulunmaz. Diğer yandan, 18 Kasım 1903 Andlaşması ile, Panama Cumhuriyeti, Birleşik Devletler'e, kanalın amaçları doğrultusunda, bölgedeki bir alanın “devam eden bir şekilde kullanımı, işgali ve kontrolü”yle birlikte, aynı amaçlar için gerekli ve uygun olduğu durumlarda, bu alanın dışındaki herhangi bir kara ve su alanının devamlı kullanımı, işgali ve kullanımı imtiyazını tanımaktadır; ve bunun ötesinde, Birleşik Devletler'e, bu alanlar

ve bunların dışındaki destekleyici kara ve su alanlarında, “Birleşik Devletler, bu bölge üzerinde egemen olsaydı sahip olacağı ve uygulayacağı... Panama Cumhuriyeti’nin bu türde egemen haklar, yetkiler ve otoriteyi kullanmaktan bütünüyle imtina etmesi suretiyle... tüm hakları, yetkileri ve otoriteyi” vermektedir. Andlaşma, öte yandan, Birleşik Devletler’e, kendi kara ve deniz güçleriyle, belirlenmiş kara ve deniz alanlarında güvenliği sağlama “ve bu amaçlara yönelik olarak istihkam mevzileri inşa etme” hakkı tanımaktadır. Bu bilgiler ışığında, Federal Devlet ve diğer Devletlerin, kanalın inşaatçıları ve sahipleri olarak, her zaman mevcut andlaşma hükümlerine bağlı kalmak kaydıyla, kanal ve buna ek kara ve deniz alanları üzerinde egemen yetki ve münhasır yargı yetkisini kullanırken, Birleşik Devletlerin hak ve yetkilerini ne şekilde anladıklarını incelemek yararlı olacaktır.

Birleşik Devletler Başkanı tarafından, 13 Kasım 1914 tarihinde, dünya savaşında Panama Kanalı ve eklentilerinin ne şekilde kullanımına ilişkin düzenlemelere yönelik yayınlanan Bildiri’de, savaşan tarafların savaş gemilerinin ve aynı şekilde savaş ganimetlerinin geçişine yönelik açık hükme yer verilmiş olup, savaş malzemeleri taşıyan herhangi bir milliyete sahip herhangi bir ticaret gemisinin geçişine dair hiçbir sınırlamaya yer verilmemiştir. Ancak, Birleşik Devletler’in savaşa girmesinden sonra çıkarılan, 23 Mayıs 1917 tarihli Bildiri ile, kanalın, kamu veya özel, bir düşmana veya düşmanın müttefikleri olan bir devlete ait gemiler tarafından kullanılması, aynen Versay Andlaşması’nın 380. maddesinde, Almanya ile barış halinde olmayan devletlerin savaş veya ticaret gemilerine Kiel Kanalı’nın kapalı olması gibi, yasaklanmıştır.

23 Mayıs 1917 tarihli Bildiri’de, savaş malzemelerinin taşınmasından bahsedilmemektedir; ancak 15 Haziran 1917 tarihli Kongre Kararı kapsamında çıkarılan 3 Aralık 1917 tarihli Bildiri ile, Hazine Bakanı, Birleşik Devletler karasularında gemilerin seyrüseferlerinin yönetimine ilişkin düzenlemeleri yapmak konusunda yetkilendirilmiştir; ve aynı Karar kapsamında çıkarılan takip eden bir Kararname ile, Panama Kanalı’nın Yöneticisi, kanala ait su ve kara alanları dahilinde, Hazine Bakanı’na kanunla verilen yetkilerin aynısını kullanmak konusunda yetkilendirilmiştir. 27 Ağustos 1917 tarihli bir Bildiri ile, savaş malzemelerinin, Birleşik Devletlerden veya elinde bulundurduğu topraklardan, izinsiz bir şekilde düşmanlarına götürülmesi, hukuka aykırı olarak ilan edilmiştir.

Birleşik Devletler’in, savaşa girmesinden önceki dönemde tarafsızlığının, Panama Kanalı’nın savaşan devletlerin savaş gemileri ya da savaşan veya tarafsız devletlerin savaş malzemeleri taşıyan ticaret gemileri tarafından kullanılması sebebiyle herhangi bir şekilde zarar gördüğü hiçbir zaman öne sürülmemiştir.

Süveyş veya Panama Kanalları’nda ortaya konulan emsaller, eğer Alman yetkililer, Wimbledon’ın Kiel Kanalı’ndan geçişine izin vermiş olsalardı, bu geminin silahlı çatışmaya girmiş bir devlete yönlendirilmiş savaş malzemeleri taşıyor olması nedeniyle Almanya’nın tarafsızlığının zarar göreceği iddiasını önden geçersiz kılmaktadır. Dahası bunlar, bütün dünyanın kullanımına sunulmuş iki açık denizi birbirine bağlayan yapay suyollarına ilişkin genel düşüncenin bir yansımasından başka bir şey değildirler; ki buna göre, bu suyolları, savaşan devletin savaş gemilerinin dahi geçişi, bahse konu suların yargı yetkisine tabi olduğu egemen Devletin tarafsızlığını zedelememesi anlamında doğal boğazlarla ilişkilidir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, Almanya’nın, tarafsız bir devlet olmasından ve Rusya-Polonya Savaşı’na ilişkin düzenlenen Tarafsızlık düzenlemelerinden doğan haklarını ve yükümlülüklerini, Wimbledon’ın Kiel Kanalı’na girişine, Versay Andlaşması’nın 380. maddesinin açık hükümlerine aykırı bir şekilde, izin vermemesi hususunda öne sürme hakkının bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Yukarıda işaret edilen düzenlemelerden ilki olan 25 Temmuz 1920 tarihli olanı şu ifadeleri içermektedir:

“Sovyet Rusya Federal Sosyalist Cumhuriyeti ve Polonya Cumhuriyeti arasında ortaya çıkan savaşta Almanya’nın tarafsızlığının sonucu olarak... Hükümet şunları kararlaştırmıştır:

“Madde 1: Silahların, savaş malzemelerinin, patlayıcıların ve diğer savaş materyalleri kalemlerinin, bu maddeler Sovyet Rusya Federal Sosyalist Cumhuriyeti ve Polonya Cumhuriyeti ülkelerine yöneldiği durumlarda ihracı ve taşınması (transit) yasaktır.”

Hangi maddelerin ve kalemlerin ihraç ve taşınmasının yasak olduğuna dair ayrıntılı bir liste, birkaç gün sonra, 30 Temmuz 1920 tarihli sonraki bir Emirname’de verilmiştir.

Alman Tarafsızlık Emirnameleri’ndeki ihraç yasağına ilişkin hükümler, açıktır ki, Kanal’dan geçişle ilgili, yabancı bir ülkeden diğer bir ülkeye geçiş işaret eden hükümlere uygulanmaz. Aynı şekilde “taşınma (transit)” kelimesi de, Kiel Kanalı’na işaret etmemektedir; şüphesiz (bu ifade) açık bir şekilde, sadece, 380. madde düzenlemelerinin uygulama alanı olmayan, Alman topraklarına işaret etmektedir. Her durumda, tek bir Devlet tarafından düzenlenen tarafsızlık düzenlemesi, bir Barış Andlaşması’nın hükümlerine üstün gelemeyecektir.

Versay Andlaşması’nın 380. maddesi, Almanya ile barış halinde olan tüm devletlerin savaş ve ticaret gemilerine Kiel Kanalı’nın açık ve serbest

olmasını düzenlerken, bu maddenin hükümlerinin Almanya'nın tarafsızlığının korunmasının yararına, savaş malzemelerinin taşınmasını engelleyeceğini öne sürmek imkansızdır. Alman Hükümeti, Wimbledon olayının gerçekleştiği esnada, kanalı, Almanya ile barış içinde olan savaşan devletlerin savaş gemilerine kapattığını ileri sürmemiştir. Bunun aksine, Alman Delegasyonu Başkanı'nın, Büyükelçiler Konferansı Başkanı'na 20 Nisan 1921 tarihli gönderdiği notta, Alman Hükümeti'nin tarafsızlık düzenlemelerini savaş gemilerine değil, sadece ticaret gemilerine uyguladığı ifade edilmiştir. Mahkeme böyle bir beyanın hukuki etkisine ilişkin görüş bildirmekle yükümlü değildir; ancak eğer (bu beyan), ki burada öyle görünmektedir, Kiel Kanalı'ndan savaşan tarafların savaş gemilerinin geçişine ilişkin olarak Versay Andlaşması'nın doğru bir yorumunu içermekte ise, tarafsız devletlerin savaş malzemeleri taşıyan gemilerinin geçişine madde 380 ile yetki verildiği görüşü evleviyetle (a fortiori) ortaya çıkacaktır, ve bu durum, Almanya'ya, tarafsız bir devlet olarak görevlerini yerine getirmekte başarısız olduğu şeklinde yüklenemez. Dolayısıyla eğer, madde 380 ile verilen yetkiyi kullanarak Wimbledon Kiel Kanalı'ndan geçmiş olsaydı, Almanya'nın tarafsızlığı bozulmamış ve zedelenmemiş olacaktı.

Bu şartlar altında, açıkça görülmektedir ki, Almanya, sanılandan farklı bir şekilde, tarafsızlığının sonucu olarak Wimbledon'ın Kiel Kanalı'ndan geçişini yasaklamakla yükümlü değil, ancak, bunun aksine, izin vermekte yetkilidir. Dahası, Versay Andlaşması'nın 380. Maddesi kapsamında, izin vermek kesin görevidir. (Almanya), bu madde kapsamında kabul ettiği yükümlülüklerine karşı tarafsızlık düzenlemelerini ileri süremeyecektir. Almanya, Rusya-Polonya Savaşı'nda, tarafsızlığını dilediği şekilde ilan etmek ve düzenlemek konusunda özgürdür, ancak bu, 28 Haziran 1919 tarihinde, Versay'da girdiği sözleşmesel yükümlülüklerle bağlı kalmak ve uymak şartına tabidir.

Bu şartlar altında, Rusya ve Polonya arasındaki savaşın ve dolayısıyla Almanya'nın tarafsızlığının, Wimbledon olayının vuku bulduğu dönemde sona erip ermediğini değerlendirmenin lüzumsuz olduğu sonucuna kolayca ulaşılabilir. Barış zamanındaki gibi, savaş zamanında da, Kiel Kanalı, Almanya ile barış halinde olan bütün milletlerin gemilerine olduğu gibi Wimbledon'a da açık olmalıdır.

## **B.**

Divan, davalı Almanya'nın hukuka aykırı bir şekilde “Wimbledon” gemisinin Kiel Kanalı'ndan geçişine izin vermediği, bu devletin izin vermeme fiiliyle doğan zararlardan sorumlu olduğu ve zarara uğrayan “Les Affrêteurs réunis” adlı şirket adına davaya taraf olan Fransız hükümetine bu zararı tazmin etmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Hesaplanan tazminata yönelik talep, Başvurucular tarafından sunulan Muhtıra’da şu şekilde formüle edilmiştir:

1. Sürastarya: 21 Mart’tan 1 Nisan’a –bu tarih dahil olmak üzere- 11 günlük navlun. Geminin kiralandığı oran ton başına aylık 17/6 olmakla ve geminin dead-weight tonajı 6200 ton olmakla, aylık navlun 5425 pound olarak belirlenmiştir; ve 1921 Mart 20 ve Nisan 1 arasındaki ortalama döviz kuru temelinde, 56 Frank 284 olarak, 11 günlük navlun bedeli: 111.956.20

2. Sapma: aynı metotla hesaplanan 2 günlük bedel: 20.355.65

3. Yakıt: 8.437.50

4. Geminin Şirket’in genel harcamalarına katkısı ve kardan mahrum kalınan kara dair tazminat: 33.333.33

21 Mart 1921 tarihinden itibaren yıllık  
%6 faizle birlikte toplam: 174.082.68

Savunma aşamasında temsilcinin beyanlarından sonra, (4) numaralı başlıktaki talep 25000 franga indirilmiştir ve sonuç olarak şunlardan oluşmaktadır:

4a. Geminin genel harcamalara katkısı: 13.508.35

4b. Pul vergisi vd.: 9.491.65

Diğer tazmin maliyetleri: 2.000.00

Toplam: 25.000.00

Ve böylece, toplam talep 165.749.35 (franga) düşürülmüştür.

On bir günlük sürastarya ve iki günlük sapma nedeniyle ödenecek navlun ücreti ve yakıt ücretine ilişkin talepteki ilk üç kalem ile ilgili olarak Divan, kendisine sunulan hesaplamaları onaylamaktadır. Davalı, bunların doğruluklarını sorgulamamaktadır; dahası, bu hesaplamalar, çoğunlukla dava esnasında ortaya konulan kanıtlardan doğmaktadır. Ve gün sayısı ile ilgili olarak da, geminin, sahip olduğu hakkın tanınmasını temin etmek adına, yolculuğuna devam etmeden önce, konu hakkında diplomatik müzakerelerin başlamasını müteakip, makul bir süre için beklemekte haklıdır.

Şirketin genel harcamalarına ilişkin geminin payının tazminine ilişkin dördüncü talep kalemine ise, davalı tarafından itiraz edilmiştir; Divan da bu itirazı haklı bulmaktadır. Bahse konu masraflar, geçişin reddiyle ilişkili değildir.

Divan, pul vergisi ve aynı başlık altında sunulan diğer tazmin maliyetleri ile taleplere ilişkin olarak da aynı sonuca ulaşmaktadır.

Faiz miktarına ilişkin olarak, Divan, dünyanın mevcut ekonomik durumu ve kamu borçlarının imkan verdiği ölçüleri de dikkate alarak, %6'lık talebi uygun görmektedir; bununla birlikte, bu faiz, başvurucuların talebinde olduğu gibi, “Wimbledon”ın Kiel Kanalı'nın girişine geldiği günden itibaren değil, bu karar tarihinden itibaren, yani, ödenmesi gereken borcun belirlendiği ve ödeme yükümlülüğünün kurulduğu tarihten itibaren işletilmelidir.

Divan, kararın uygulanması için belirlenen tarihe uyulmaması ihtimalinde daha yüksek bir oranda geçici faize hükmedilmesine gerek görmemektedir. Divan, böyle bir olasılığı düşünemez ve düşünmemelidir.

Kararın uygulanması için süre sınırına ilişkin olarak, Divan, kamu hizmetlerinin organizasyonu ile ilgili gereklilikler ve bütçeye ve idareye ilişkin düzenlemeler, Almanya'nın ödemekle yükümlü olduğu miktara dair Başvurucular tarafından talep edilenden daha uzun bir süreyi gerektirmekte olduğu görüşündedir. Bu sebeple Divan, süreyi 3 ay olarak belirlemiştir.

Ödeme Fransız fransı ile gerçekleştirilmelidir. Bu (para birimi), başvurucunun finansal işlemlerini ve hesaplarını işlettiği kendi para birimidir; ve sonuç olarak, bu para birimi, telafi edilmesi gereken zararın tam karşılığını sağlayacaktır.

Statü'nün 64. maddesi, Divan tarafından aksi kararlaştırılmadıkça her bir tarafın kendi harcamalarını karşılamasını düzenlemektedir. Divan, bu genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum görememektedir.

## V.

### *Bu sebeplerle;*

Divan, her iki tarafı da dinleyerek,

Britanya Majesteleri, Fransa Cumhuriyeti, İtalya Kralı, Japonya İmparatoru Hükümetleri tarafından getirilen, Polonya Cumhuriyeti Hükümeti'nce katılma talebinde bulunulan davayı, tüm tarafları açısından kabul edilebilir bulduğunu ilan eder; ve

1. Alman devlet yetkilileri, 21 Mart 1921 tarihinde, “Wimbledon” buharlı gemisinin Kiel Kanalı'na girişini engellemek konusunda haksız olduğu;

2. İtilaf Devletleri ve Almanya arasında Versay'da, 28 Haziran 1928 tarihinde imzalanan Andlaşma'nın 380. maddesi Almanya'yı 25 Temmuz 1920 tarihinde çıkardığı Tarafsızlık Emirnamesi'ni Kiel Kanalı'na uygulamaktan alıkoyduğu;

3. Alman Hükümeti, eylem sonucunda, gemi ve kiralayıcılarının uğradığı zararı telafi etmekle yükümlü olduğu;



4. Uğranılan zarar, işbu karar tarihinden itibaren başlamak üzere, yıllık %6 faizle birlikte toplam 174,082 Frank 86 Sent olarak hesaplandı;

5. Sonuç olarak Alman Hükümeti, Paris’teki Fransa Cumhuriyeti hükümetine, Fransız frangı ile bu karar tarihinden itibaren olmak üzere yıllık %6 faizle birlikte, toplam 174,082 Frank 86 Sent ödemesi; bahsi geçen ödeme bu günden itibaren 3 ay içinde yapılması;

6. tüm tarafların kendi masraflarını karşılamaları kararlarını vermektedir.

Fransızca metin yetkin olmakla birlikte, İngilizce ve Fransızca olarak metne geçirilmiştir.

Lahey Barış Sarayı’nda, bin dokuz yüz yirmi üç yılı Ağustos ayının on yedinci gününde, biri Divan’ın arşivine eklenmesi ve diğerleri, Başvurucu, Katılan ve Davalı Devlet Hükümetlerinin temsilcilerine iletmek üzere yedi kopya olarak düzenlenmiştir.

(İmzalayan) Loder,

Başkan.

(İmzalayan) A. Hammarskjöld

Sekreter.

Yargıçlar Anzilotti ve Huber ve Alman ulusal (ad hoc) yargıcı, Divan tarafından verilen karara katılmadıklarını ilan etmektedirler ve kendilerine Divan Statüsü’nün 57. maddesinde tanınan hakkı kullanarak, buradan itibaren yer alan ayrı görüşlerini sunmuşlardır.

(Paraflayan) L.

(Paraflayan) A. H.

### **Anzilotti ve Huber’in Karşı Görüşleri (Özet)<sup>3</sup>**

Anzilotti ve Huber, kendilerinin bakış açısı ve çoğunluğun arasındaki temel farklılığın uluslararası anlaşmaların genel olarak yorumlanmasına etki eden bir noktaya ilişkin olduğunu açıklamışlardır. Onlara göre, karar verilecek husus: Kiel Kanalı’na ilişkin Versay Andlaşmasının hükümleri, Almanya’nın tarafsızlığı durumunda da uygulanacak mıdır, yoksa bunlar sadece, tarafsızlığa ilişkin hak ve yükümlülükleri etkilemeyen barış durumu gibi normal durumları mı öngörmektedir?

---

<sup>3</sup> **Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice**, United Nations, New York, ST/LEG/SER.F/1/Add.4, 2012, s. 4-5.

Anzilotti ve Huber, uluslararası andlaşmaları yorumlamak için, devletlerarası ilişkilerin karmaşıklığı ve sözleşmecî tarafların bağımsız siyasi varlıklar olduğu gerçeğinin hesaba katılması gerektiğini düşünmektedirler. Tabidir ki, bir andlaşmanın ifadeleri açıksa, gerçek manasının, kısıtlanmadan veya genişletilmeden, olduğu gibi kabul edilmesi; niyetin, imkansız veya çelişkili sonuçlara götüren veya, duruma göre, tarafların niyetinin ötesine geçtiği kabul edilmesi gereken bir düşüncenin metne işlenmesi olduğuna ihtimal verilmemesi gerekir.

Anzilotti ve Huber, uluslararası andlaşmaların ve özel olarak ticaret ve iletişimle ilgili olanların, genellikle, normal barış durumları göz önüne alınarak yapıldığını hatırlatmışlardır. Eğer, bir savaş durumu sonucunda, bir tarafsız veya savaşan devlet, tarafsızlığını korumak veya ulusal savunma amacıyla bu tür andlaşmaların uygulanmasını etkileyecek, geçici birtakım olağanüstü önlemler almak zorunluluğuyla yüzleşmişse, andlaşmada açık olarak ayrı durumlar ifade edilmemiş olsa dahi bunları yapmak konusunda yetkilidir.

Ortak Ayrı Görüşün yazarları, bir Devletin, üçüncü Devletler arasındaki savaş durumuna ilişkin, eylem özgürlüğünü etkileyecek nitelikte taahhütler altına girebileceğini kabul etmektedirler. Ancak bu tür taahhütler, takibinde gelebilecek sonuçların ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda, hiçbir zaman varsayılmaz. Bir Devletin, güvenlik ihtiyaçlarına ve bütünlüğünün korunmasına en uygun olduğunu düşündüğü yolu izleme hakkı, öyle bir temel haktır ki, şüphe halinde, andlaşma düzenlemeleri, bu düzenlemeler böyle bir yorumla çatışmıyor olsa dahi, kısıtlanacak şekilde yorumlanamaz. Bu düşünce, bir savaştan doğan durumlara açıkça gönderme yapan kesin bir hüküm karşısında etkili olmayacak olsa da, böyle bir hüküm, Versay Andlaşması’nda bulunmamaktadır.

Anzilotti ve Huber, “Almanya ile barış halinde olan milletler” ifadesi, muhakkak surette, onunla (Almanya ile) savaşta olmayan Devletlerin, olası her durumda, 380. madde ve takip eden madde hükümlerine dayanma yetkisine sahip oldukları anlamına gelmez; bu hükümler, daha ziyade, uygulanmalarının bir barış durumu şartına bağlı olduğu anlamına gelir, iddiasında bulunmuşlardır. 380. madde, aynı bölümdeki diğer hükümlerle birlikte düşünüldüğünde, Anzilotti ve Huber, Almanya’nın yüklendiği, kendisiyle barış halindeki milletlerin gemilerine Kiel Kanalı’nı serbest ve açık tutma yükümlülüğünün, savaşan veya tarafsız devlet olarak menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alma hakkını ortadan kaldırmayacağı sonucuna ulaşmışlardır. Bu, Kanal’ın savaş zamanlarında da serbest olmayacağı anlamına gelmez, ancak bu özgürlük, ya, Almanya’nın savaşan durumunda olması halinde, ulusal savunma ihtiyacıyla, ya da, eğer tarafsızsa, alabileceği önlemlerle mecburen sınırlanacaktır. Dolayısıyla, Kiel Kanalı’nın hukuki statüsü, uluslararası ilgiyi haiz iç suyollarının hukuki statüsüne benzemektedir.

Ortak Ayrı Görüşün yazarlarına göre, karar verilecek tek hukuki sorun, Almanya tarafından kabul edilen tarafsızlık düzenlemelerinin Kiel Kanalı'na uygulanmasının gereksiz bir şekilde trafiğin aksatılması olarak düşünülebilecek bir keyfi işlem olup olmadığıdır. O dönemdeki uluslararası ve ulusal siyasi durumun ağırlığı göz önüne alındığında, böyle bir iddianın imkânsız görüldüğü kanaatine varmışlardır.

Son olarak, Anzilotti ve Huber, eğer kabul edilecek görüş, Kiel Kanalı'ndan, herhangi bir geminin geçişinin, Almanya'nın tarafsızlığına zarar vermeyeceği ise, kaçak savaş malzemelerinin (contraband) taşınmasına ilişkin uluslararası koruma hakkının tanınması konusunda çekincelerini ortaya koymaları gerektiğini ifade etmişlerdir. Tartışmaya mahal yoktur ki, mevcut uluslararası hukuk, tarafsızlara, kendi ülkelerinde, kaçak malzemelerin (contraband) ve özellikle de silah ve mühimmatın ticareti ve taşınmasının önlenmesi veya göz yumulması seçeneklerini tanımaktadır. Bu nedenle, tarafsız Devletler arasında, kaçak savaş malzemelerinin ticareti ve taşınması konusunda hukuken zorlayıcı bir hak kabul edilirken, savaştan bir tarafa karşı aynı çıkarların korunmamasının kabul edilmesi zor görünmektedir.

#### **Schücking'in Karşı Görüşü (Özet)<sup>4</sup>**

Schücking, Kiel Kanalı'ndan, serbestçe geçiş hakkının, şüpheye yer bırakmayacak biçimde, *servitus juris publici voluntuaria* veya irtifak hakkı şeklinde nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. İrtifak hakkının, yabancı bir Devletin ülkesine sıkı sıkıya bağlı istisnai bir hak olması nedeniyle, irtifak hakkı içeren anlaşmaların, bu Devletin egemenliğini mümkün mertebe en az biçimde sınırlaması bağlamında, kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir, ve Almanya'nın, savaştan taraf veya tarafsız olduğu durumlarda, menfaatlerini koruma adına, 380. madde kapsamında, 381. maddenin 2. paragrafında ve ayrıca düşmanlarının dışındaki Devletlere ait gemilere yönelik, kanala ilişkin özel önlemler alma hakkını kaybettiği konusunda ciddi şüphelerini ifade etmiştir. Kanal, Almanya'nın yetki alanı dâhilindedir ve tarafsızlaştırılmamıştır; kullanımı, daha ziyade, büyük iç suyolları gibi, uluslararasılaştırılmıştır, ve savaş zamanlarında ve tarafsızlık durumlarında özel tedbirler alma hakkından da açıkça vazgeçilmemiştir.

Schücking, irtifak hakkından yararlanan Devletlerin, irtifak hakkı sağlayan Devlet karşısında *civiliter uti* yükümlülüğü altında olduğunu gözlemlemiştir. İrtifak hakkı tanyan Devletin önemli (hayati) menfaatlerinin, her durumda, dikkate alınması gerekir. Şu anda, Almanya'nın önemli menfaati, kendisinin katı

---

<sup>4</sup> **Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice**, United Nations, New York, ST/LEG/SER.F/1/Add.4, 2012, s. 5.

ve kesin bir tarafsızlık izlemesini zorunlu kılmaktadır. Bu şekilde davranarak, Almanya, özel bir zorunluluk hakkının, sözleşmeden doğan yükümlülüklerine üstün gelmesine izin vermemiş; sadece, her irtifak hakkının konusu olduğu doğal kısıtlamaları kullanmıştır.

Schücking, ayrıca, savaşan Devletlerden biri olan Rusya'nın, Versay Andlaşmalarına taraf olmadığını ve Almanya'nın, bu nedenle, bu Devlete karşı, tarafsız olarak görevlerini yerine getirme yükümlülüğünü sürdürdüğü görüşünü ifade etmiştir.

1907 tarihli Beş Numaralı Lahey Konvansiyonu'nun, kara savaşlarındaki tarafsız Devletler ve kişilerin hakları ve yükümlülüklerine ilişkin 2 ve 7. Maddeleri temelinde, Schücking, “Wimbledon”ın geçişinin, Almanya'nın, Rusya'ya karşı, tarafsızlığa ilişkin yükümlülükleriyle uyuşmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, galip Devletlerin niyetinin, Versay Andlaşmasıyla, Almanya'yı, üçüncü Devletlere karşı suç (haksız fiil) işlemek zorunda bırakmak olamayacağını ve sözleşmeye ilişkin hukuken bağlayıcı bir yükümlülüğün, üçüncü devletlerin haklarının ihlal edecek eylemleri gerçekleştirilmek üzere yüklenilmeyeceğini ifade etmiştir.

# ARA SEÇİMLER VE SEÇİM BARAJI: İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN “CERNEA – ROMANYA” KARARI ÇEVİRİSİ

*Çeviren: Arş. Gör. Pınar DİKMEN<sup>1</sup>*

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM- (Başvuru No: 43609/10, Karar Tarihi: 27 Şubat 2018, Strazburg)

*Bu karar, Sözleşme'nin 44/2. maddesinde belirtilen şartlar uyarınca kesinleşecektir. Biçimsel düzenlemelere tabi tutulabilir.*

**Cernea – Romanya kararında,**

**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Dördüncü Bölüm),**

*Başkan, Ganna Yudkivska,  
Yargıçlar; Vincent A. De Gaetano,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Egidijus Kūris,  
Iulia Motoc,  
Georges Ravarani,  
Péter Paczolay ve*

*Bölümün yazı işleri müdürü yardımcısı Andrea Tamietti'nin katılımıyla daire halinde yerini alarak, 6 Şubat 2018 tarihinde konseyin salonunda gerçekleştirdikleri müzakereden sonra, bu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir.*

## USUL

1. Bu kararın temelinde Romanya'ya karşı yöneltilen bir başvuru (no. 43609/10) bulunmaktadır ve bu devletin bir vatandaşı olan M. Remus Florinel Cernea (başvurucu) 13 Temmuz 2010 tarihinde İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca Mahkeme'ye başvurmuştur.

2. Romanya Hükümeti (Hükümet), Dışişleri Bakanlığı görevlisi Bayan C. Brumar tarafından temsil edilmiştir. Başvurucu, bölüm başkanının kararı ile Mahkeme önünde kendi çıkarlarını kendi başına savunmayı sağlamakla yetkilendirilmiştir (İçtüzüğün 36/2. maddesi).

---

<sup>1</sup> Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Fransızca), Hukuk ABD. E-posta: pinardikmen88@gmail.com. ORCID ID: 000-0001-7123-3109

3. Başvurucu özellikle 17 Ocak 2010’ta gerçekleştirilen ara seçimlerde ayrımcılığa uğramadan aday olma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. 17 Nisan 2014 tarihinde başvuru Hükümete ulaştırılmıştır.

## VAKANIN ASLI

### I. DAVANIN AYRINTILARI

5. Başvurucu 1974 yılında doğmuştur ve Bükreş’te ikamet etmektedir.

#### A. Davanın Kapsamı

6. Olayların vuku bulduğu dönemde başvurucu *Avrupa Yeşil Partisi*’ne bağlı siyasi bir hareket olan; ekolojik bir partinin “*Yeşil Parti*” (*Partidul Verde*) yönetim kurulu başkanıdır.

7. *Yeşil Parti*, 2008 genel seçimlerinde adaylarını sunmuş ama hiçbir koltuk elde edememiştir. 2009 yılında ise başvurucu, başkanlık seçiminde partinin aday olmuştur. Yaklaşık olarak 60.000 oy yani toplam geçerli oyun tahmini olarak %0,60’ını elde etmiştir.

8. 2008’deki genel seçimler, Temsilciler Meclisi ve Senatonun seçimine dair 35/2008 numaralı Kanun ile mahallî kamu yönetimi makamlarının seçimine dair değişiklik getiren 67/2004 sayılı Kanun, mahallî kamu yönetimine dair 215/2001 numaralı Kanun ile mahallî düzeyde seçilenlerin statüsüne ilişkin 393/2004 numaralı Kanun (35/2008 numaralı Kanun; aşağıdaki 22. paragraf) uyarınca gerçekleştirilmiştir. 2009 yılında 35/2008 numaralı Kanun, 97/2008 numaralı acil durum kararnamesinin onaylanması için 323/2009 tarihli Kanun’la değiştirilmiştir (323/2008 numaralı Kanun; aşağıdaki 23. paragraf). Bu değişiklik sebebi ile bundan sonra ara seçimlerde, Parlamentoda temsil edilmeyen partilerin aday sunması ve bağımsız adayların da aday olmaları mümkün olmamıştır.

#### B. 17 Ocak 2010 tarihli ara seçimler

9. Bükreş seçim çevresinde boş kalan bir milletvekili koltuğunu doldurmak için 17 Şubat 2010 tarihinde ara seçimler düzenlenmiştir. Mahkeme’nin sahip olduğu bilgilere göre bu koltuk Ekim 2009 tarihinde boşalmıştır.

10. *Yeşil Parti*, parti adına başvurusunun adaylığını seçim kuruluna sunmuştur.

11. 29 Aralık 2009 tarihinde seçim kurulu, *Yeşil Parti*’nin Parlamentoda temsil edilmediği gerekçesi ile adaylığı reddetmiştir.

12. Başvurucu tarafından temsil edilen *Yeşil Parti, Bükreş Eyalet Mahkemesi (Eyalet Mahkemesi)* önünde ret kararına itiraz etmiştir ve başvurusunun adaylığının kabul edilmesini talep etmiştir. 34/2008 numaralı Kanun’un 48/17. maddesinin (aşağıdaki 23. paragraf) anayasaya aykırılığı yönünde itirazda bulunmuştur. Özellikle, Parlamentoda temsil edilmeyen partilerin adaylarına ve bağımsız adaylara yönelik bu yasağın serbest seçim hakkını ihlal ettiğini ve Parlamentoda temsil edilen partiler karşısında meşru olmayan bir ayrımcılık yarattığını iddia etmiştir. Avrupa Hukuk Yolu İle Demokrasi Komisyonunun (*Venedik Komisyonu*) tavsiyelerine aykırı olarak (aşağıda yer alan 25-26. paragraflar), 35/2008 numaralı Kanun’un, ara seçimlerin gerçekleşmesine bir seneden daha az süre kala değiştirildiğini de eklemiştir.

13. Eyalet Mahkemesi 30 Aralık 2009’da verdiği ara kararlar, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık itirazını inceleyebilmesi amacı ile yargılamaya ara verilmesine karar vermiştir.

14. 61 numaralı ve 14 Ocak 2010 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesi, öne sürülen anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir. Parlamentonun siyasal yapısının genel seçimlerin sonunda ortaya çıktığını hatırlatarak, *Yeşil Parti’nin* bu husustaki argümanlarını reddetmiştir:

*“Mevzubahis ara seçimler olduğunda Mahkeme [Anayasa] bu seçimlerin bir milletvekilliğinin boşalması sebebi ile gerçekleştiğini gözlemler. Bu seçimlerin organize edilmesi, son genel seçimlerin sonucunda oluşan Parlamento yapısına da saygı duyularak, milletvekilliği tahsis etme amacına sahiptir. Egemenliğe ve genel seçimler çerçevesinde ifade edilen seçmen iradesine saygı göstermek için, genel seçimlere tamamlayıcı ve tali nitelikte olan ara seçim safhasında, temelinde bir siyasi partinin temsil edilebilme yetkisini kazandığı seçim barajı şartına saygı duyulması gereklidir. Parlamentoda temsil edilmeyen siyasi partiler adına ara seçimlerde adaylıkları kabul etmek, sonucunda Rumen halkının en yüce temsilci organının oluştuğu genel seçimler sırasında, seçmen kitlesi tarafından ifade edilen görüşlerle bağdaşmayan bir şekilde, yalnızca belirli siyasi bir kompozisyon içinde kalınarak ve sadece kanunla öngörülen şart ve haller uyarınca değiştirilebilen Parlamentonun siyasi yapısının değişmesine sebebiyet verecektir.*

(...)

*Ek olarak, Parlamentoda temsil edilen bir partiye üye olmayan bir kimsenin, ara seçimler sonucunda milletvekilliği kazanması ihtimalini kabul etmek, genel seçimler sonucunda elde edilememiş olanın ara seçimlerde dolaylı yoldan sahip olunabilmesini kabul etmekle sonuçlanabilir.”*

15. Venedik Komisyonunun tavsiyelerine ilişkin argümana gelirse, Anayasa Mahkemesi bunu şartlı olarak incelemiştir. Mahkeme bahsi geçen tavsiyelerde, seçimlerin gerçekleşmesine bir seneden daha az bir süre varsa seçim kanunun değiştirilmesinden kaçınılmasının öğütlendiğini not etmiştir ama böylesi değişikliklerin anayasal seviyede kabul edilmesi ya da olağan kanunkindenden daha üstün bir seviyede kabul edilmesi hipotezinin benzer şekilde öngörüldüğünü de not etmiştir (aşağıda 25. paragraf). Mevcut vakada Anayasa Mahkemesi tavsiyeye uyulduğunu çünkü 35/2008 numaralı Kanun’a ilişkin değişikliğin olağan kanundan üstünlük kriterine cevap veren bir şekilde, bir organik kanun<sup>21</sup> vasıtası ile gerçekleştirildiğine karar vermiştir (aşağıdaki 21. paragraf)

16. Eyalet Mahkemesi 30 Mart 2010 tarihindeki kararında, *Yeşil Parti*’nin genel seçimlerde barajı geçememesinden dolayı ara seçimlerde aday teklif edemeyeceğini belirten Anayasa Mahkemesinin 14 Ocak 2010 tarihli karar gerekçesine atıfta bulunarak, itirazı reddetmiştir. Eyalet Mahkemesi ek olarak, seçimlerin çoktan gerçekleştirildiğini ve sonuç olarak itirazın konusuz kaldığını ifade etmiştir.

### C. Sonraki gelişmeler

17. Bükreş’te boşalan bir başka koltuk için yeni ara seçimlerin tarihi 25 Nisan 2010 olarak öngörülmüştür.

18. Başvurucu bağımsız olarak adaylığını koymuştur. Adaylığı 35/2008 numaralı Kanun’un 48/17. maddesi uyarınca seçim kurulu tarafından reddedilmiştir. Başvurucu Eyalet Mahkemesinde adaylığının reddedilmesine itiraz etmiştir ve yeni bir anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur.

19. 503 numaralı 20 Nisan 2010 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi başvurucu tarafından öne sürülen anayasaya aykırılık iddiasını kabul etmiş ve dava konusu maddenin bağımsız adaylıkları yasaklayan bölümünü, seçilme hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile anayasaya aykırı bulmuştur. Kararın mevcut vakayı ilgilendiren kısımları, şu şekilde kaleme alınmıştır:

*Parlamentoda temsil edilmeyen siyasi partiler hususunda Anayasa Mahkemesi, 61 numaralı 14 Ocak 2010 tarihli kararında, bu siyasi oluşumların ara seçim esnasında neden dışarı bırakıldığını gerekçelendiren nedenleri anayasal normlar ışığında ortaya koymuştur; bağımsız adaylar içinse benzer yasal muamelenin uygulanmasını meşru kılan herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu açıdan siyasal partilere yönelik olan seçim barajını geçme şartı, seçmen*

---

<sup>2</sup> Çevirenin Notu: Türk hukuk sisteminde yer almayan organik kanunlar, içerikleri itibari ile anayasal konuları düzenlerler ve olağan kanunlardan farklı usullerle kabul edilirler. Daha fazla bilgi için bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta, İstanbul, 2015, s. 18.



*kitlesi arasında belirli düzeyde bir temsil edilebilirlik tespit eder ki bu temsil edilebilirlik egemenlik ilkesi tarafından dayatılmıştır. Ama bağımsız adaylar için böylesi bir şart absürt olur; onlardan adaylıklarını sundukları tek isimli seçim bölgesinin (collège uninominal) kalıcı seçmen listesine kayıtlı toplam seçmen sayısının en az %4'ünün imzasının bulunduğu bir destek listesi sunmaları istenmektedir ki bu sayı Temsilciler Meclisi için 2.000 seçmenden ve Senato için 4.000 seçmenden az olamaz. Sonuç olarak yasama erki, genel seçimlerde bağımsız olarak aday olabilmek ve aynı zamanda seçilme hakkını kullanabilmek için gerekli olan bu ön şartı belirlemiştir. Öte yandan yasama erki, ara seçimlerdeki aday kategorisinde yalnızca, genel seçim esnasında kendi başlarına yahut siyasi bir ittifak içinde yer alarak seçim barajını geçen siyasi partilerin ya da ulusal azınlıklara ait yurttaş örgütlerinin adaylarının yer aldığını düzenleyerek, bağımsız kategorideki adaylığa ilişkin şartları düzenlemekte geri kalmıştır. Bu nedenle mevzu bahis olan, sınırları koymak ya da seçilme hakkının kullanma koşullarını belirlemek değil, tanınmasının yokluğu sebebi ile düzenlemenin hukuksuz noksanlığını iptal etmektir.*

(...)

*Sonuç olarak seçim kanunu, bir kişinin hangi koşullarda bağımsız olarak aday olabileceğini belirleyebilir (mali teminat şartı, belirli sayıda destekçi) ama hiçbir şekilde 37. maddede öngörülmüş temel anayasal hakka; seçilme hakkına zarar vererek, ara seçimlerde bir kişinin [bağımsız olarak] adaylığını koymasını seçim sürecinin dışında bırakamaz.*

**20.** Başvurucu 2012 yılındaki genel seçimlerde adaylığını koymuş ve dört yıllığına milletvekilliği elde etmiştir.

## **II. İLGİLİ İÇ HUKUK**

**21.** Rumen Anayasası'nın 73. maddesine göre Parlamento anayasal kanunları, organik kanunları ve olağan kanunları kabul eder. Organik kanunlar Anayasa'nın 73/3. maddesinin tüketici bir listesini sunduğu münhasır alanlara ilişkin çıkarılırlar. Seçim sistemi ve yetkili seçim makamının organizasyonu ve işleyişi buna dahildir. Anayasa'nın 76/2. maddesi uyarınca Parlamentonun her iki kanadında hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile kabul edilen olağan kanunlardan farklı olarak organik kanunlar, 76/1. madde uyarınca Parlamentonun her iki kanadının üye sayısının çoğunluğu ile kabul edilirler.

**22.** 13 Mart 2008 tarihinde organik kanunlar için öngörülen usul uyarınca Parlamento tarafından kabul edilen 35/2008 numaralı Kanun, Temsilciler Meclisi ve Senato için üye seçimini düzenlemektedir. Bu Kanun ülkenin her biri birden çok kolejden (collège) oluşan kırk üç seçim bölgesine ayrılmasını öngörmektedir. Kanun koleji yalnız bir vekillığın tahsis edildiği bir seçim

bölgesi birliği olarak tanımlamaktadır. Kanun’un 29/1. maddesine göre, her bir rakip (bir siyasi parti, bir siyasi ittifak ya da seçim ittifakı ya da ulusal azınlıklara ait yurttaş örgütü) bir seçim kolejinde yalnızca bir aday gösterebilir. Özellikle Kanun’un 30. maddesine göre, Temsilciler Meclisi için en az 2.000 ve Senato için en az 4.000 seçmen olması şartıyla bağımsız bir aday, adaylığını gösterdiği kolejdeki seçmen listesine kayıtlı seçmenlerin en az %4’ü tarafından desteklendiğini kanıtlamalıdır. Benzer şekilde Kanun’a göre, ara seçimlerin, bir seçim bölgesindeki seçimler iptal edildiğinde yahut bir milletvekili ya da senatör koltuğu boşaldığında gerçekleştirileceği öngörülmektedir.

Ek olarak Kanun’un 47/2. maddesi; siyasi partilerin, siyasi ittifakların ya da seçim ittifaklarının ve de ulusal azınlıklara ait yurttaş örgütlerinin ulaşması gereken seçim barajını düzenlemektedir. Seçim barajı prensip olarak ulusal bazda geçerli olarak açığa çıkan oyların %5’i olarak saptanmıştır ve Temsilciler Meclisi için en az 6, Senato içinse en az 3 tek isimli kolejin elde edilmesini şart koşmaktadır. Baraj, siyasi ittifaklar ya da seçim ittifakları için biraz daha yüksektir ve ulusal azınlıklara ait olan yurttaş örgütleri için özel bir baraj tespit edilmiştir. Kanun’un 48. maddesine göre oyların paylaşımı iki aşamada yapılmaktadır. İlk paylaşım seçim bölgesi bazında, bölgenin seçim katsayısı ışığında gerçekleştirilmektedir; 48/3. maddeye göre bu katsayı seçim barajını geçmiş olan siyasi oluşumlar için geçerli oyların sayısına ve seçim bölgesindeki seçilmiş milletvekilleri ve senatörlerin sayısına göre hesaplanmaktadır. 48/4. madde ise bağımsız adaylara vekillik tahsisini düzenlemektedir. Bunlara, adaylıklarını sundukları kolejdeki geçerli olarak kullanılmış oyların çoğunluğunu elde ederlerse milletvekilliği verilmektedir. 48/5. maddeye göre, kullanılmamış oylar ya da bir bölgenin seçim katsayısından az olan oylar ikinci aşamada ulusal bazda paylaştırılmaktadır.

**23.** Hükümet, 27 Ağustos 2008 tarihli bir acil durum kararnamesi ile 35/2008 numaralı Kanun’u değiştirmiştir. Bu kararnamenin denetimi sırasında Parlamento, organik kanunlar için öngörülen usul uyarınca 20 Ekim 2009 tarihli ve 323/2009 numaralı Kanun’u kabul etmiştir. Bahsi geçen Kanun uyarınca ara seçimlerle ilgili olarak 35/2008 numaralı Kanun’a yeni bir gereklilik eklenmiştir. Bu değişiklik 48/17. maddeye ilişkin olup şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Ara seçimlere, genel seçimlerde [parlametoya girebilmek için gerekli olan] seçim barajını geçmiş olan siyasi partiler ya da ulusal azınlıklara ait örgütler katılabilir”*

**24.** 35/2008 numaralı Kanun, yeni bir seçim kanunu ile ilga edildiği 26 Temmuz 2015 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

### III. İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK

25. Venedik Komisyonu 52. oturumunda, seçim hususunda ana hatlar barındıran davranış kuralları (CDL-AD (2002) 23 rev) ve bu ana hatlarda ifade edilen ilkeleri geliştiren açıklayıcı bir rapor kabul etmiştir. Ana hatların mevcut vakaya ilişkin hükümleri şu şekildedir:

#### *II. İlkelerin Uygulanmasına İlişkin Şartlar*

(...)

#### *2. Normatif Düzeyler ve Seçim Mevzuatının İstikrarı*

*a. Herhangi bir düzenleyici işlem niteliği taşıyabilecek olan teknik ve detay düzenlemelerin aksine, seçim mevzuatına ilişkin düzenlemeler en az yasa seviyesinde olmalıdır.*

*b. Seçim mevzuatının temel unsurları ve özellikle seçim sistemi bir başka ifade ile seçim komisyonlarının oluşumu ve seçim bölgelerinin ayrılmasına ilişkin hususlar, seçime bir seneden daha az süre kala değiştirilmiş olmamalı ve bu hususlar anayasal düzeyde ya da olağan kanunkinden daha üstün bir düzeyde ele alınmalıdır.*

26. Açıklayıcı raporun hükümleri, *Tanase – Moldova* ([GC], no 7/08, § 86, CEDH 2010) kararında tasvir edilmiştir. Açıklayıcı rapor özellikle [oylama sisteminin] tekrarlayan şekilde değiştirilmesinden ya da oylamadan az önce (bir seneden daha az) sisteme müdahale edilmesinden imtina edilmesini tavsiye etmektedir (açıklayıcı raporun 65. paragrafı).

### HUKUK

#### **I. SÖZLEŞME’NİN 14. MADDESİNİN SÖZLEŞMEYE EK 1 NUMARALI PROTOKOL’ÜN 3. MADDESİ İLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA**

27. Başvurucu 17 Ocak 2010 tarihinde gerçekleştirilen ara seçimlerde ayrımcılığa uğramadan aday olma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Özellikle, Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesi ile birlikte Sözleşme’nin 14. maddesine başvurmuştur.

Sözleşme’nin 14. maddesi şu şekilde okunur:

*“Sözleşme’de öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanma; özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi düşünce ya da diğer düşünceler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum ya da başka bir durumdan kaynaklanan herhangi bir ayrımcılığa yer verilmeden garanti altına alınmalıdır.”*

Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesi şunu öngörür:

*“Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçiminde halkın kanaatlerinin serbestçe açığa çıkmasını garanti altına alan koşullarda; makul aralıklarla, gizli oylamalı serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*

### A. Kabul Edilebilirlik Üzerine

**28.** Hükümet başvuruçunun mağdur niteliğinin yokluğuna ve iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğuna dair itirazlar öne sürmektedir. İç hukuktaki bütün yolların başvuruçunun tarafından değil *Yeşil Parti* tarafından işletildiğini ileri sürmektedir. Başvuruçunun Mahkeme önünde ileri sürdüğü şikâyeti, ulusal mahkemeler önünde kendi adına savunmadığını göz önüne almaktadır. Bu şartlar altında Mahkeme önündeki başvuruçunun bireysel olarak aday olan başvuruçunun değil, *Yeşil Parti* olması gerektiği kanaatindedir.

**29.** Başvuruçunun başvuruçunun kabul edilebilirliğine dair bir mülahazat sunmamıştır.

**30.** Mahkeme, Hükümet tarafından öne sürülen iki itirazın da başvuruçunun Mahkeme’de dava açma yetkisi ile yakın ilişkili olduğunu gözlemler. Bu sebeple bunları birlikte inceleyecektir.

**31.** Devamında, başvuruçunun üye olduğu *Yeşil Parti*’nin adına, ulusal düzeydeki hukuk yollarına işe yarar şekilde başvurulduğunu not eder. Gerçek kişi olarak parti adına hareket eden ve aktif bir şekilde iç hukuk yolundaki prosedüre katılan başvuruçunun kendisidir (yukarıdaki 12. paragraf). Ek olarak Hükümet, başvuruçunun mevcut vakada ortaya çıkan hukuki sorununun incelenmesiyle sonuçlanabilecek ya da bir başka hukuki sorunun incelenmesine yahut başka bir sonuca yol açabilecek ulusal düzeydeki farklı bir yola bireysel olarak başvurabileceğini de iddia etmemiştir. Mahkeme bu sebeple, başvuruçunun kendi haklarına ilişkin bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebileceği ve elinin altındaki iç hukuk yollarını tükettiği kanaatindedir.

**32.** Mahkeme sonuç olarak, 323/2009 numaralı Kanun’un mevcut vakadaki ara seçimlere uygulanmasının, Parlamentoda temsil edilmeyen parti adaylarının olduğu kadar bağımsız adayların da (yukarıdaki 23. paragraf) seçim sürecinden dışlanmasında etkili olduğunu not eder. Bununla birlikte Mahkeme, başvuruçunun adaylığını bağımsız olarak değil, *Yeşil Parti* adına koymayı istemiş olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple mevcut vakadaki tetkikinin konusunu, ara seçimler çerçevesinde bağımsız adaylara yönelik sınırlama oluşturmayacaktır.

**33.** Mahkeme başvuruçunun, Sözleşme’nin 35/3-a. maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabul edilemezlik gerekçesine denk düşmediğini not ederek, başvuruyu kabul edilebilir bulur.

## **B. Esas Hakkında**

### ***1. Tarafların Tezleri***

**34.** Avrupa'nın en sınırlayıcı ve an az demokratik olanı olarak tasvir ettiği Rumen seçim sistemini detaylı bir şekilde sunduktan sonra başvurucu, parlamento seçimi esnasında küçük siyasi partilerin ayrımcılığa uğradığını ve seçim kanunu tarafından öngörülen seçim barajını aşmakta zorluk çektiklerini belirtmektedir. Seçim kanununun depozito olarak her bir aday için gerekli kıldığı yüksek meblağlar sebebi ile 2008'deki genel seçimde partisinin dezavantajlı bir konumda olduğu kanaatinde. 17 Ocak 2010'daki ara seçimden önce değiştirilen seçim kanununun, bu haliyle, Parlamentoda temsil edilen bir siyasi parti tarafından desteklenmeyen adaylıkları kapsam dışı tutması nedeni ile ayrımcı bir niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır.

**35.** Başvurucu, Hükümetin ara seçimlerin amacının genel seçimler sırasında açığa çıkan halk iradesine saygı duyma olduğu yönündeki teze karşı çıkmaktadır. Demokratik bir toplumda seçmenlerin görüş değiştirebilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Benzer düzenleme ve ilkelerin genel seçimler kadar ara seçimlere de uygulanması gerektiğini ve aday olma hakkının Parlatentonun siyasi yapısını muhafaza etme zorunluluğuna üstün geldiği kanaatinde. Aynı zamanda, pratikte bir seçim bölgesindeki oyların yarısından bir fazlasını elde etmenin imkânsız olması nedeniyle, bağımsız bir adayın milletvekilliği kazanabileceği yönündeki teze de karşı çıkmaktadır. Aday olma hakkına yönelebilecek bu kısıtlamanın ne ölçülü ne de haklı olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

**36.** Hükümet ise başvurunun partisinin 2008'deki genel seçimlere girdiğini ama hiçbir milletvekili koltuğu elde edemediğini belirtmektedir. Ocak 2010'daki ara seçimlerin kendi açısından istisnai bir niteliğinin olduğunu çünkü bir milletvekili koltuğunun boşaldığını açıklamaktadır. Bahsi geçen seçimlerde iki farklı durum görmektedir. Ona göre, genel seçimlerin amacı ara seçimlerinkinden farklıdır. Hükümetin gözünde ara seçimlerin rejiminin farklılığı, genel seçimler sırasında açığa çıkan halk iradesine saygı duyulması zorunluluğu ile haklı gösterilmektedir.

**37.** Hükümet ek olarak, mevcut vakadaki önlemin ölçülü olduğunu açıklamaktadır. Hükümet'in düşüncesine göre genel seçimlere ilişkin özel koşulların varlığı, aday olma hakkının bizatihi özüne dokunma riski taşımamaktadır. Hükümet zaten, Anayasa Mahkemesinin, mevcut vakada bağımsız adaylığın yasaklanmasının haklı olmadığına karar verdiğini (yukarıdaki 19. paragrafta yer alan 20 Nisan 2010 tarihindeki 503/2010 numaralı karar) ve bunun sonucunda seçim kanununun değiştirildiğini açıklamaktadır. Başvurucuya uygulanan tedbirin geçici olduğunu ve başvurunun zaten 2012'deki genel seçimlerde milletvekili seçildiğini eklemektedir.

## 2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

### a) Genel ilkeler

38) Mahkeme ayrımcılığın, benzer durumda yer alan bireylere objektif ve makul neden olmadan farklı şekilde davranılmasından ibaret olduğunu hatırlatır. Farklı bir davranış, meşru bir amaç taşımadığı ya da seçilen araçlarla ulaşılmak istenilen amaç arasında makul bir ölçülülük olmadığına, objektif ve makul bir gerekçelendirilmeden mahrumdur (bkz. birçok diğerinin yanında, *Sejdić ve Finci – Bosna Hersek* [GC], nos 27996/06 ve 34836/06, § 42, CEDH 2009). Sözleşmeciler Devletlerin bu hususta yararlandıkları takdir marjı koşuldan koşula, alandan alana ve bağlamdan bağlama değişiklik göstermektedir (*Andrejeva – Letonya* [GC], no 55707/00, § 82, CEDH 2009).

39. Ek olarak Mahkeme, Sözleşme'ye ek 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesinin gerçek anlamda demokratik siyasi bir rejimi, temel bir prensip olarak addettiğini ve Sözleşme sisteminde ona esaslı bir önem bahsettiğini hatırlatır. (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt- Belçika*, 2 Mart 1987, § 47, série A no 113). “Yasama organının” oluşturulması usulü ile ilgili olarak ise, Sözleşme'ye ek 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesi; makul aralıklarla, gizli oyla ve halkın kanaatlerinin serbestçe açığa çıkmasını garanti altına alan koşullarda gerçekleşen serbest seçimleri salık vermekle yetinmektedir. Bu şart altında, hiçbir şekilde nispi ya da tek yahut iki türlü çoğunluk gibi belirli bir sistem öngörülmesi zorunluluğu getirmemektedir. Bu noktada Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlere bu hususa ilişkin mevzuatlarında, mekân açısından farklılık ve zaman açısından çeşitlilik olarak beliren geniş bir takdir hakkı da tanımaktadır (*ibidem*, § 54).

40. Belirli hedeflere cevap vermeyi amaçlayan seçim sistemleri kendi aralarında nadiren uyum gösterirler; bir taraftan halkın görüşlerine az çok sadık olan bir usulle bunu yansıtmaya diğer taraftan yeterli bir tutarlılık ve açıklığa sahip siyasi bir irade oluşumunu desteklemek için düşünce akımlarını yönlendirmek. Sonuç olarak, “yasama organının seçiminde halkın kanaatlerinin serbestçe açığa çıkmasını garanti altına alan koşullar” ifadesi esas olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi ile önceden korunma altına alınmış ifade özgürlüğünün yanında, oy verme hakkından ya da seçimlere aday olma hakkından yararlanırken tüm yurttaşlara eşit olarak muamele edilmesi ilkesini belirtmektedir. Ama yine de bundan ne tüm seçim pusulalarının sonuç açısından aynı ağırlığa sahip olması gerektiği, ne de bütün adayların kazanmak için aynı şansa sahip olduğu sonucu çıkar. Bu sebeple hiçbir sistem “kayıp oylar” olgusunun önüne geçemez. Sözleşme'ye ek 1 numaralı Protokol'ün uygulanabilmesi için, seçim sisteminin tümü, ülkenin siyasi evrimi ışığında değerlendirilmeli öyle ki belirli bir sistem çerçevesinde kabul edilemez olan detaylar, “yasama organının seçiminde halkın kanaatlerinin serbestçe açığa çıkmasını” garanti altına alan koşullara cevap verdiği müddetçe, bir başka sistemde haklı çıkarılabilir (*ibidem*, § 54).

41. Mahkeme aynı zamanda, “halkın kanaatlerinin serbestçe açığa çıkması” ifadesinin, seçimlerin bir ya da birkaç adayın seçimine yönelik herhangi bir baskı içermemesi ve seçimde, seçmenin usulüne uygun olmayan bir şekilde, bir parti yerine bir başkasına oy vermeye teşvik edilmemesi (*Yumak ve Sadak – Türkiye*) gerekliliğini ifade ettiğini hatırlatır. “Seçim” kelimesi, çeşitli siyasi partilere, seçime adaylarını sunmak için makul fırsatların temin edilmesi gerektiğini belirtmektedir (*Yumak ve Sadak*, yukarıda bahsi geçen §108).

42. Hal böyle olduğundan, Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesince garanti altına alınan haklar mutlak değildir. Zımnı sınırlamalar için yer vardır ve Sözleşmeciler Devletlere bu hususta geniş bir takdir yetkisi verilebilir (bkz, diğerleri dışında, *Matthews – Birleşik Devletler* [GC], no 24833/94, § 63, CEDH 1999-I, ve *Labita- İtalya* [GC], no 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV). Seçimlere aday olma hakkına yani Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesince garanti altına alınmış hakların pasif çehresine gelinirse, Mahkeme bu bağlamdaki sınırlamalara ilişkin değerlendirmesinde hala, oy verme hakkına ilişkin sınırlamaları incelemek zorunda kaldığı zamandakinden yani Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesince garanti altına alınmış hakların aktif unsuruna nazaran, daha fazla titizlik göstermektedir (bu çerçevede bkz, *Etxeberria ve diğerleri - İspanya* no 35579/03 ve diğer üçü § 50, 30 Temmuz 2009, ve *Ždanoka - Letonya* [GC], no 58278/00, § 115, CEDH 2006-IV).

43. Bununla birlikte, Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesinin gerekliliklerinin tetkiki üzerine karar vermek en son çare olarak Mahkeme’ye aittir; oy verme hakkının ya da seçimlerde aday olma hakkının tabi olduğu koşulların, ilgili hakları bizzatıhi özlere zarar gelecek ya da etkililiklerinden yoksun kalacak bir noktaya indirgediğini ve koşulların meşru bir amacı hedeflediğini ve seçilen aracın ölçsüz olmadığını (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda bahsi geçen, § 52) garanti altına almalıdır. Özellikle, öngörülen hiçbir şart, gerektiğinde yasama organının oluşumu hususunda halkın serbestçe kanaat göstermesini engellememelidir; başka bir ifade ile bu koşullar, genel oy hakkı aracılığıyla halk iradesini belirlemeyi hedefleyen bir seçim usulünün tastamamlığını ve etkililiğini sağlama kaygısını yansıtmalı ya da buna engel olmamalıdır (*Ždanoka*, yukarıda bahsi geçen, § 104).

#### **b) Bu ilkelerin Vakaya Uygulanması**

##### *i) Yasa Tarafından Öngörülmiş Bir Muamele Farklılığı*

44. Mahkeme seçim mevzuatındaki değişiklik sebebi ile başvurusunun, 17 Ocak 2010’daki ara seçimlerde adaylığını koymasının imkânsız olduğunu belirttiğini not eder. Başvurucu, Parlamentoda temsil edilmeyen bir partinin adayı olarak, partisi daha önceden Parlamentoda temsil edilebilmiş olsaydı bunu yapabilecekken, ara seçimlerde adaylığını koyamamıştır. Bu nedenle

mevcut vakada, başvuru açısından siyasi bir partinin temsilcisi olarak adaylığını koyabilmesi ihtimalini ilgilendirdiği kadarıyla bir muamele farklılığı bulunmaktadır.

45. Mahkeme devamla, ulusal makamların da başvuruçunun seçim hususuna dair Venedik Komisyonu’nun davranış kurallarında yer alan tavsiyelerinden kaynaklı iddiasına yanıt verdiğini belirtir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, ya seçimlere bir seneden daha az süre kalmışsa seçim kanununda değişiklik yapılmasından kaçınılması ya da bu değişikliklerin anayasal düzeyde yahut olağan kanunlarınkinden daha üst bir seviyede gerçekleştirilmesini tavsiye eden bu kuralların ana hatlarına ilişkin hükümlere başvurmuştur (yukarıdaki 25. paragraf). Anayasa Mahkemesi, Venedik Komisyonu’nun tavsiyesine uyulduğunu çünkü 35/2008 numaralı Kanun’a ilişkin değişikliğin olağan kanundan üstünlük kriterine cevap veren bir şekilde bir organik kanun vasıtası ile gerçekleştirildiğine karar vermiştir. Mahkeme, Venedik Komisyonu’nun tavsiyelerini ilgilendirdiği kısmıyla Rumen sistemine göre, organik kanunların; Parlamentonun her iki kanadında hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile kabul edilen olağan kanunlardan farklı olarak, Parlamentonun her iki kanadının üye sayısının çoğunluğu tarafından kabul edilmesi sebebi ile daha büyük bir uzlaşma gerektirdiği için Anayasa Mahkemesinin kararını dikkate almaktadır. (bkz. yukarıdaki 21. paragraf). Mahkeme, düzenli ve öngörülebilir aralıklarla gerçekleşmediğini ve rastlantısal bir niteliğe sahip olduğunu ve de milletvekilliğindeki boş yerlere bağlı olduğunu not ederek, ara seçimlerin özgül durumunu hesaba katmaktadır. Ek olarak Mahkeme, seçim kanununu değiştirmeyi amaçlayan yasama sürecinin 2008 Ağustosunda başladığını ve 20 Ekim 2009 tarihli 323/2009 numaralı Kanun’un kabul edilmesiyle sonlandığını (bkz. yukarıdaki 23. paragraf) ve mevcut olaya konu olan ara seçimlerin Ocak 2010’da gerçekleştirildiğini not etmektedir.

#### *ii. Muamele Farklılığının Meşru Amacı*

46. Bunun ardından, yukarıda ortaya konan ilkeler ışığında, muamelenin farklılığının meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve kullanılan araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük olup olmadığını araştırmak Mahkeme’ye düşmektedir. Bu iki kriterin uygulanması Mahkeme’nin, tartışma konusu olan bu önlemlerin Sözleşme’nin 14. maddesine aykırı olarak bir ayrımcılık meydana getirip getirmediği ve aynı zamanda Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesi anlamında halkın serbestçe kanaat gösterebilme hakkının bizatihi özüne zarar verip vermediği sorusunu cevaplamasına izin verecektir.

47. Mahkeme, bir muamele farklılığı vasıtası ile gerçekleştirilen meşru bir amacın varlığı hususunda taraflar arasında görüş farklılıkları olduğunu not etmektedir. Hükümet, ara seçimlerde adaylara yönelik bu sınırlamanın, genel



seçimler esnasında açığa vurulan halk iradesine saygı duyulmasını hedeflediği kanaatindedir; başvurucunun muhalefet ettiği nokta ise aynı düzenleme ve ilkelerin genel seçimlerde olduğu kadar ara seçimlerde de uygulanması gerekliliğine dayanmaktadır (yukarıdaki 35 ve 36. paragraflar).

**48.** Sözleşme'nin diğer hükümlerinin tersine 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesi bir tedbirin sahip olması gereken amaçları ne belirtmekte ne de sınırlamaktadır. Çok çeşitli amaçlar bu hükümle bağdaşabilir konumda olabilir (*Soukhovetski - Ukrayna*, no 13716/02, § 62, CEDH 2006-VI). Mevcut vakada Mahkeme, ara seçimlerde Parlamentoda temsil edilen ve dolayısıyla genel seçimlerde barajı geçmiş olan siyasi partilerden gelen adayları şart koşan yeni seçim kanununun, yasama organının seçimi hususunda halkın görüşünün açığa çıkmasını güçlendirme amacı taşıdığı hususu açısından Hükümet ile uyuşma içinde olabilir (seçim barajı ile ilgili olarak *bkz. mutatis mutandis, yukarıda bahsedilen Yumak ve Sadak* §§ 121-125 ve temsil eşiği dikkate alınarak siyasi partilerin finansmanı ile ilgili olarak *Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) – Türkiye*, no 7819/03, §§ 37-42, CEDH 2012).

**49.** Mahkeme, kendi nezdinde öne sürdüğü gibi başvurucunun ulusal makamlara da şikayetini ilettiğini not etmektedir; başvurucu kendi açısından, Parlamentoda temsil edilmeyen partilerin adaylarına yönelik olan ara seçimlerde adaylık sunma yasağının ayrımcı niteliği başta olmak üzere, Venedik Komisyonunun tavsiyelerine (yukarıdaki 12. paragraf) aykırı olabilecek olan; ara seçimlerin gerçekleştirilmesine bir seneden daha az süre kala seçim kanununun değiştirilmesi hususundan yakınmıştır. Ulusal makamlar onun bütün savlarını incelemiş ve talebini gerekçeli kararlarla reddetmişlerdir. Mahkeme özellikle Rumen Anayasa Mahkemesinin 14 Ocak 2010 tarihli kararında, ara seçimler için öngörülen kısıtlamanın genel seçimler sonucunda oluşan Parlamento yapısını muhafaza etme gerekliliği ile gerekçelendirildiği yönünde karar verdiğini gözlemlemektedir (yukarıdaki 14. paragraf). Rumen Anayasa Mahkemesi gibi Mahkeme de Parlamentonun yapısının muhafaza edilmesi ve genel seçimlerin akabinde Parlamentoyu oluşturan siyasi eğilimlerin parçalanmasının önlenmesi amacını sorgulamamaktadır ki bu amaç, Parlamentoda temsil edilmeyen ve ara seçimlerde adaylıklarını sunmayı dileyen parti adaylarına yapılan sınırlamayı haklı çıkarabilir.

### *iii. Farklı Muamelenin Ölçülülüğü*

**50.** Mahkeme, yeterince temsil edici nitelikte olan düşünce akımlarını korumayı hedeflediği ve Parlamentonun ciddi şekilde bölünmesini engellemeye yardımcı olduğu müddetçe, seçim barajları hususunun ulusal makamların takdir marjını gündeme getireceğini belirtmiş olduğunu anımsamaktadır (*Yumak ve Sadak*, yukarıda bahsi geçen, §§ 113-115, belirtilen alıntılarla birlikte).

Mevcut vakada Anayasa Mahkemesi ara seçimlerde benimsenen sınırlamayı haklı çıkarmak için, bir siyasi partinin Parlamentaoya girebilmesi için geçmesi gereken seçim barajı şartını dikkate almıştır. Mahkeme başvurucunun, Rumen seçim sisteminde seçim barajının mevcut olmasına açıkça karşı çıkmadığını ve aynı düzenleme ve ilkelerin genel seçimlerde olduğu kadar ara seçimlerde de uygulanması gerektiğini belirttiğini not etmektedir (yukarıdaki 35. paragraf).

**51.** Bu çerçevede, bahse konu olan ara seçimlerin Bükreş seçim çevresinde boşalan bir tek milletvekili koltuğu için düzenlendiğini not etmektedir (yukarıda 9. paragraf). Bundan dolayı 2008’deki genel seçimlerde adaylığını sunan ama partisi Parlamentaoya girebilmek için gereken seçim barajını geçememiş olduğundan, başvurucunun hakkına yönelik sınırlama göreceli bir duruma yerleştirilmelidir. (bkz. *mutatis mutandis*, *Dupré - Fransa* (déc.), no 77032/12, § 26, 3 Mayıs 2016). Bu bağlamda Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin, yerel seçimlerin amacının bir partiye genel seçimlerin sonucunda kazanamadığı parlamenterliği elde etme yolu sağlamadığı yönündeki savını not etmektedir (yukarıdaki 14. paragraf). Bu yüzden ulusal makamların, tartışma konusu olan hakkın sınırlanmasına ilişkin olarak objektif ve makul bir gerekçe gösterdikleri ve bu sınırlamanın makul ölçüler içinde kaldığı kanaatindedir.

#### *iv. Sonuç*

**52.** Sonuç olarak Mahkeme, Parlamentaoda temsil edilen bir siyasi partinin adayı olmadığı gerekçesi ile 17 Ocak 2010 tarihindeki ara seçimlerde, başvurucunun aday olma hakkının sınırlanması sonucuna neden olan seçim kanundaki değişikliğin objektif ve makul bir gerekçeye dayandığı ve bahsi geçen değişikliğin halkın serbestçe kanaat gösterebilme hakkının bizatihi özüne zarar vermediği ve sonucunda, hedeflenen meşru amaca ölçsüzlük teşkil etmediği kanaatindedir.

**53.** Bundan dolayı, Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesi ile birlikte Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlali mevcut değildir.

#### BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OY BİRLİĞİ İLE,

1. Başvuruyu kabul edilebilir bulur;
2. Sözleşme’ye ek 1 numaralı Protokol’ün 3. maddesi ile birlikte Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlalinin mevcut olmadığını belirtir.

Mahkeme İhtüzüğünün 77/2-3. maddesine uygun olarak Fransızca hazırlanmış, ardından 27 Şubat 2018 tarihli belge ile bildirilmiştir.

Andrea TAMİETTİ  
Yazı İşleri Müdürü Yardımcısı

Yudkivska GREFFIER  
Başkan

# LAHEY MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KONFERANSI TARAFINDAN ONAYLANAN MİLLETLERARASI TİCARİ AKİTLERDE HUKUK SEÇİMİNE DAİR İLKELER METNİNİN ÇEVİRİSİ

**Yazar: Muhammed Beheşti AYDOĞAN**

*Çeviren: Muhammed Beheşti AYDOĞAN*

## 1. ÇEVİRİYE GİRİŞ

Milletlerarası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler (*the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*) başlığıyla aşağıda çevirisini yaptığımız bu ilkeler ilk olarak 19 Mart 2015'te Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nda<sup>1</sup>, daha sonra ise Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın 10 Nisan 2015'teki talebi<sup>2</sup> üzerine konuyu görüşen BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından teşvik amacıyla 8 Temmuz 2015'te onaylanmıştır.

BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu bu ilkeleri onaylarken kendisinin milletlerarası akitler için benimsediği irade muhtariyeti (*party autonomy*) ilkesinin bu ilkelerin içerisinde de yansıtıldığı kanaatinde olduğundan onaylama ihtiyacı duyduğunu belirtmiştir.<sup>3</sup> Buna göre burada mevzubahis ilkeler irade muhtariyeti ilkesini bazı istisnalarla beraber ikrar etmektedir.<sup>4</sup> Yine BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu'na göre bu ilkeler seçilen hukukun en geniş tatbik alanına sahip olmasını ve sınırlarının açıkça belirlenmiş olmasını temin amacı gütmektedir.<sup>5</sup> Komisyon ilkelerin 3. maddesinin akit taraflarına devlet hukuku dışında başka hukukları da seçme şansı tanıdığı ve dolayısıyla kendisinin bünyesinde yapılan sözleşmelerin de seçilebileceği düşüncesindedir.<sup>6</sup>

---

\* Doktora Öğrencisi, Warwick Üniversitesi,, e-posta: [behestia@gmail.com](mailto:behestia@gmail.com)  
ORCID ID: 0000-0002-3111-8242

<sup>1</sup> HCCH (2015) 'Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts', <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> s.e.t. 16.01.2018.

<sup>2</sup> United Nations Commission on International Trade Law (2015) 'Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts', <<http://undocs.org/A/CN.9/847>> BM Belge No: A/CN.9/847, s.e.t. 16.01.2018. (Komisyon İlkeler)

<sup>3</sup> a.g.e..

<sup>4</sup> General Assembly (2015) 'Report of The United Nations Commission on International Trade Law: Forth-eight Session 29 June-16 July 2015', <<http://undocs.org/A/70/17>> BM Belge No: A/70/17, par 240, s.e.t. 16.01.2018.

<sup>5</sup> 'Komisyon İlkeler'.

<sup>6</sup> General Assembly (2015), par 239.

Komisyunun referans noktasını oluşturan 3. madde bazı şartlar altında milletlerarası, milletler üstü ve bölgesel hukuk nizamlarının seçilebileceğini ifade etmektedir. Bu madde bağlamında BM Mal Satımı Sözleşmesi'ni hassaten zikreden şerh<sup>7</sup> de dikkate alındığında maddenin komisyunun ifade ettiği imkânı verdiği söylenebilir.

Yine ilkelerin -onayından önce- Ocak 2015'te yasalâşan 5393 Sayılı Paraguay Milletlerarası Akitlere Tatbik Olunacak Hukuka Dair Kanunu'na<sup>8</sup> etki ettiği iddia olunmaktadır.<sup>9</sup> Kısmi farklılıklarla beraber zikri geçen kanunun ilkeler metniyle örtüştüğü görülmektedir.<sup>10</sup>

Ayrıca ilkelerde geçen kuralların bir kısmı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2, 5, 6, 24 ve 31'nci maddelerinde benzer içeriklerle yer almaktadır.

Çeviri, orijinalleri Fransızca ve İngilizce olan metnin İngilizcesinden yapılmıştır. Çeviride köşeli parantez içerisinde verilen ekler metnin akışını sağlamak için tarafımızdan eklenmiştir. İtalik yazılan yerler metnin orijinalinde de italik yazılmıştır. Çeviride gereğinden fazla serbestlikten uzak durulmuştur.

## 2. ÇEVİRİ METNİ

### Milletlerarası Ticari Akitlerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler (19 Mart 2015'te onaylandı)

#### Dibace

1. Bu belge, milletlerarası ticari akitlerde hukuk seçimine dair genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Bu [ilkeler] sınırlı istisnalarla beraber irade muhtariyetini ikrar etmektedir.

---

<sup>7</sup> Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (2015) 'Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts' <<https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>> s.e.t. 16.01.2018, s. 40.

<sup>8</sup> Sobre El Derecho Aplicable A Las Contratos Internacionales / Paraguayan Law 5393 Of 2015 "Regarding The Applicable Law To International Contracts", Resmi Gazetede Yayın Tarihi: 20 Ocak 2015, İspanyolcası için: <[https://assets.hcch.net/upload/contractslaw\\_py\\_es.pdf](https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf)>, İngilizcesi için: <[https://assets.hcch.net/upload/contractslaw\\_py.pdf](https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py.pdf)> s.e.t. 25.01.2018.

<sup>9</sup> Rodríguez, José Antonio Moreno (2017) 'Beyond the Mexico Convention and the Hague Principles: What's Next for the Americas?', Uniform Law Review, C: 22, S: 2, s. 6; Girsberger, Daniel ve Coheny, Neil B. (2017) 'Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts', Uniform Law Review, C: 22, S: 2, s. 335.

<sup>10</sup> Rodríguez, José Antonio Moreno 'The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?': UNIDROIT (Editör) (2016) Eppur si muove: The Age of Uniform Law Essays in Honour of Michael Joachim Bonell to Celebrate his 70th Birthday Volume 2, 1. B, Roma, UNIDROIT Yayınları, s. 1153.

2. Bu [ilkeler] milli, bölgesel, milletler üstü veya milletlerarası belgelere model olarak kullanılabilir.

3. Bu [ilkeler] Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının yorumlanması, genişletilmesi ve geliştirilmesinde kullanılabilir.

4. Bu [ilkeler] mahkemeler ve tahkim divanları tarafından tatbik olunabilir.

## **Madde 1**

### **İlkelerin Kapsamı**

1. Bu ilkeler, taraflardan her birinin ticaretini veya mesleğini icra ederken yaptığı milletlerarası akitlerdeki hukuk seçimlerine tatbik olunur. Bunlar tüketici ya da iş akitlerine tatbik olunmaz.

2. Bu ilkeler bakımından, bütün taraflar aynı ülkede işyerine sahip olmadıkça ve taraflar arasındaki ilişki ve diğer tüm ilgili hususlar -seçilen hukuk dikkate alınmaksızın- sadece o devlet ile bağlantılı olmadıkça bir akit milletlerarasıdır.

3. Bu ilkeler [şu hususları] düzenleyen hukukla ilgili değildir:

(a) gerçek kişilerin ehliyeti,

(b) tahkim anlaşmaları ve mahkeme seçimine dair anlaşmalar,

(c) şirketler ya da diğer toplu kurum ve tröstler,

(d) iflas,

(e) akitlerin mülkiyete dair etkileri,

(f) bir temsilcinin, üçüncü kişiyle temsil olunanı bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağı hususu.

## **Madde 2**

### **Seçme Özgürlüğü**

1. Bir akit, taraflarca seçilen hukuka tabidir.

2. Taraflar;

(a) akdin tamamına veya sadece bir kısmına tatbik olunacak hukuku ve

(b) akdin farklı kısımları için farklı hukukları seçebilir.

3. Seçim her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Akit yapıldıktan sonra yapılan bir seçim veya değişiklik [akdin] şekli geçerliliğine veya üçüncü kişilerin haklarına halel getirmez.

4. Taraflar veya tarafların işlemleri ile seçilen hukuk arasında bir bağlantı olması gerekmez.

### **Madde 3**

#### **Hukuk Kuralları**

Mahkemenin hukuku aksini gerektirmedikçe taraflarca seçilen hukuk milletlerarası, milletler üstü veya bölgesel seviyede tarafsız ve dengeli kuralları dizisi kabul edilmiş hukuk kuralları olabilir.

### **Madde 4**

#### **Açık ve Zımni Seçim**

Bir hukuk seçimi veya bir hukuk seçiminde değişiklik ya açıkça yapılmalı ya da akdin hükümleri veya şartlardan vazih bir biçimde anlaşılmalıdır. Taraflar arasında akitle ilgili anlaşmazlıkların tespiti için bir mahkemeyi veya tahkim divanını yetkilendiren bir anlaşma kendi haddi zatında hukuk seçimi yerine geçmez.

### **Madde 5**

#### **Hukuk Seçiminin Şekli Geçerliliği**

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça bir hukuk seçimi herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

### **Madde 6**

#### **Hukuk Seçimine Dair Anlaşma ve Şekil Çatışması**

1. 2. fıkra [hükümleri] saklı kalmak üzere,

(a) Tarafların bir hukuk seçimi üzerinde anlaşmış ve anlaşmadıkları, üzerinde anlaşıldığı düşünülen hukuka göre tespit olunur.

(b) Eğer taraflar iki farklı hukuku tayin eden genel işlem şartlarını kullanmışlarsa ve her iki hukuk mucibince aynı genel işlem şartları öne çıkıyorsa öne çıkan şartlarla tayin olunan hukuk tatbik olunur. Eğer bu hukuklar mucibince farklı genel işlem şartları öne çıkıyorsa veya her ikisi ya da biri mucibince hiçbir genel işlem şartı öne çıkmıyorsa hukuk seçimi yapılmamış sayılır.

2. Eğer şartlar dolayısıyla bir tarafın hukuk seçimine rıza gösterip göstermediğinin tespitini 1. fıkrada hususen ifade edilen hukuk mucibince yapmak makul olmuyorsa bu tespit o tarafın işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre yapılır.

## **Madde 7**

### **Ayrılabilirlik İlkesi**

Bir hukuk seçimine salt tatbik olunduğu akdin geçerli olmayışına binaen itirazda bulunulamaz

## **Madde 8**

### **Atf Yasağı**

Taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça bir hukuk seçimi seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına atıfta bulunmaz.

## **Madde 9**

### **Seçilen Hukukun Kapsamı**

1. Taraflarca seçilen hukuk, taraflar arasında akdin tüm hususlarını –[aşağıdaki hususlar] dahil ve fakat [bunlarla] sınırlı olmamak üzere- düzenler:

- (a) yorum,
- (b) akitten doğan hak ve yükümlülükler,
- (c) ifa ve zararın tespiti dahil olmak üzere adem-i ifanın sonuçları,
- (d) yükümlülükleri kaldıran çeşitli haller, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler,
- (e) geçerlilik ve akdin geçersizliğinin sonuçları,
- (f) ispat yükü ve hukuki karineler,
- (g) akit öncesi yükümlülükler.

2. Fıkra 1(e), akdin şekli geçerliliğini destekleyen uygulanabilir başka bir hukukun tatbik olunmasına engel olmaz.

## **Madde 10**

### **Devir**

Bir alacaklının bir borçlu üzerindeki borçlu ve alacaklı arasındaki bir akitten doğan haklarının akitle devri halinde;

(a) devir akdinin tarafları bu akdi düzenleyen hukuku seçmişlerse, seçilen hukuk alacaklı ve devralanın akitlerinden doğan karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenler.

(b) borçlu ve alacaklı arasındaki akdin tarafları bu akdi düzenleyen hukuku seçmişlerse, seçilen hukuk [şu hususları] düzenler:

- (i) devrin borçluya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğini,
- (ii) devralanın borçluya karşı hakları ve
- (iii) borçlunun yükümlülüklerinin kaldırılıp kaldırılmadığı.

## **Madde 11**

### **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Kamu Düzeni (*ordre public*)**

1. Bu ilkeler, bir mahkemeyi, mahkemenin hukukunun taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın tatbik olunan doğrudan uygulanan hükümlerini tatbik etmekten alıkoymaz.

2. Mahkemenin hukuku, bir mahkemenin ne zaman diğer bir hukukun doğrudan uygulanan hükümlerini tatbik edebileceğini veya etmesi gerektiğini ya da nazar-ı dikkate alabileceğini veya alması gerektiğini belirler.

3. Bir mahkeme, taraflarca seçilen hukukun bir hükmünü –sadece- tatbik olunmasının sonucu mahkemenin [bulunduğu devletin] kamu düzeninin (*ordre public*) temel mefhumlarıyla açıkça çelişiyorsa -çeliştiği ölçüde- tatbik dışı bırakabilir.

4. Mahkemenin hukuku, bir hukuk seçiminin olmaması halinde hukuku tatbik olunacak devletin kamu düzenini (*ordre public*) bir mahkemenin ne zaman tatbik edebileceğini veya etmesi gerektiğini ya da nazar-ı dikkate alabileceğini veya alması gerektiğini belirler.

5. Bu ilkeler, bir tahkim divanını taraflarca seçilen hukuktan başka bir hukukun kamu düzenini (*ordre public*) tatbik etmekten veya nazar-ı dikkate almaktan ya da doğrudan uygulanan hükümlerini tatbik etmekten veya nazar-ı dikkate almaktan -eğer tahkim divanı böyle yapmaya mecbur ya da yetkili ise- alıkoymaz.

## **Madde 12**

### **İşyeri**

Eğer bir taraf birden fazla işyerine sahipse, bu ilkelerin amacı bakımından alakalı olan işyeri yapılışı zamanında akit ile en yakın ilişkiye sahip olmalıdır.



# ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO KARARI

## Uluslararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Court)

*Çeviren: Oğuzhan ÖZTÜRK\**

### III. Dava Dairesi

**Mahkeme Heyeti: Hâkim Sylvia Steiner, Başkan**

**Hâkim Joyce Aluoch**

**Hâkim Kuniko Ozaki**

**Karar No: ICC-01/05-01/08**

**Karar Tarihi: 21 Haziran 2016**

Orta Afrika Cumhuriyeti'ndeki Durum Konusunda  
İddia Makamı vs Jean-Pierre Bemba Gombo Davası<sup>1</sup>

**Statü'nün 76. Maddesi Uyarınca Cezaya İlişkin Karar**

\* Stajyer Avukat, Sakarya Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, E-posta: oguzhan\_ozturk@gmail.com.  
ORCID ID: 0000-0002-7585-521X

<sup>1</sup> Çevirenin Notu: Öncelikle çevirinin tashihinde yardımlarını esirgemeyen hocam Recep Ersel Erge'ye teşekkürlerimi sunarım. Bu çalışma, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, 21 Haziran 2016 tarihli Bemba kararının çevirisinden ibarettir. Kararın seçilmesinde, Mahkemenin tecavüze ilk defa savaş silahı gibi odaklanması, rekor sayıda mağdurun -5200'den fazla- davaya dahil olması ve ilk defa bir şüphelinin kendi emrindekilerin suç işlemesinden dolayı hüküm giymesi etkili olmuştur. Çeviri, Mahkemenin resmi internet sitesinde yayımlanan kararın orijinal İngilizce metni üzerinden yapılmıştır. Çalışmada karar metnindeki başlıklar ve paragraf numaralarına sadık kalmakla birlikte, dosya içeriğindeki deliller ile Mahkemenin önceki kararlarına atıflar içeren dipnot metinleri çalışmaya dahil edilmemiştir. Kararın orijinal metnine erişim için bkz. [https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2016\\_04476.pdf](https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2016_04476.pdf)

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) 3. Dava Dairesi (Daire), İddia Makamı vs Jean-Pierre Bemba Gombo davasında (Bemba Davası) Roma Statüsü'nün 76. maddesi uyarınca Hüküm ve Mahkûmiyet Kararını açıklamıştır.

## I. GİRİŞ

1. 26 Mayıs 2014 tarihinde Daire, diğerlerinin yanı sıra (inter alia) Roma Statüsü'nün (Statü) 74. maddesine uygun olarak Mahkeme suçluluğa ve cezaya ilişkin olarak ayrı kararlar vermeye karar vermiştir.
2. 21 Mart 2016 tarihinde Daire, Jean-Pierre Bemba Gombo'yu Madde 28(a) uyarınca, komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğundan, (i) Madde 7/1(a) uyarınca insanlığa karşı suç olarak öldürmeden; (ii) Madde 8/2 (c)(i) uyarınca savaş suçu olarak öldürmeden; (iii) Madde 7/1(g) uyarınca insanlığa karşı suç olarak tecavülden; (iv) Madde 8/2 (e)(vi) uyarınca savaş suçu olarak tecavülden ve (v) Madde 8/2 (e) (v) uyarınca savaş suçu olarak yağmadan suçlu bulmuştur.
3. 11 ve 16 Nisan 2016 tarihlerinde sırasıyla İddia Makamı (Savcılık) ve Mağdurların Yasal Temsilcileri uygun gördükleri cezaya ilişkin görüşlerini sunmuşlardır.
4. 19 Nisan 2016 tarihinde Bay Bemba'nın Savunması (Savunma), Bay Bemba'nın ailesi ve kişisel geçmişiyle ilgili mutabık kalınan gerçekler hakkında görüş bildirmiştir.
5. 22 Nisan 2016 tarihinde, Kalem Teşkilatı, Bay Bemba'nın ödeme kabiliyetine ve tutukluluk halindeki davranışlarına ilişkin bir rapor yayımlamıştır. Sırasıyla 29 Nisan 2016 ve 4 Mayıs 2016'da Savunma ve İddia Makamı yanıt vermiştir. 6 Mayıs 2016'da Savunma, Daire'den İddia Makamının cevabını reddetmesini talep etmiştir.
6. 25 Nisan 2016'da Savunma, uygun gördüğü cezaya ilişkin beyanlarını sunmuştur.
7. 4 Mayıs 2016 tarihinde Daire, tarafların ve Yasal Temsilcilerin, Mahkemeye ek delilleri ve beyanlarını sunmaları için yaptıkları talebi kabul etmiştir ve karar duruşmasının tarihini belirlemiştir. 16 ile 18 Mayıs 2016 tarihleri arasında Daire, Monsenyör Fridolin Ambango'nun ifadesini (D63), Savunma tarafından çağrılan bir karakter tanığın ve Dr. Daryn Reichert'in (P925), İddia Makamı tarafından çağrılan bir uzman tanığın; korunan mağdurlar a/0555/0816 ve a/0480/08'in görüş ve endişeleri ile İddia Makamının, Yasal Temsilcilerin ve Savunmanın nihai sözlü beyanını dinlemiştir.

## II. İLGİLİ HUKUK

8. Mevcut kararı almak için Daire, Statü'nün 23, 76, 77 ve 78. maddeleri ile birlikte Usul ve Kanıt Kuralları'nın (Kurallar) 143, 144, 145, 146 ve 147. maddelerini göz önüne almıştır.
9. Öncelikle Daire bu kararın bir bütün olarak hükmün yanı sıra duruşmaların tamamı ile birlikte okunması gerektiğini vurgulamaktadır. Daire, dikkate aldığı her unsuru, özellikle de az önem verdiğyse, ayrıntılı olarak belirlemeye gerek duymamıştır. Aynı şekilde Daire, duruşma boyunca kabule uygun görülmüş kanıtları ve sunumları dikkate almak zorunda olmasına rağmen her birine açıkça atıfta bulunmasına veya yorum yapmasına gerek duymamıştır.
10. Statü'nün girişinde (Giriş) beyan edildiği üzere "Uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar cezasız kalmamalıdır". Ayrıca UCM'nin kurulmasında taraf olan devletler, "bu suçların failleri için cezasızlığa bir son vermek ve bu suçların önlenmesine katkıda bulunmak için karar verdiler". Buna göre Daire, giriş bölümünün ödetme ve caydırıcılığı UCM'de cezalandırmanın öncelikli hedefleri olarak belirlediğini düşünmektedir.
11. Ödetme, intikam isteğini yerine getirmek olarak değil; uluslararası toplumun, suçları kınamasının bir ifadesi olarak anlaşılmalıdır. Böylece, orantılı bir ceza, mağdurlara verilen zararı kabul etmeli ve barış ile uzlaşmanın yeniden tesisini teşvik etmelidir. Caydırıcılık unsuru ile de mahkûm edilen bir kişiyi tekrar suç işlemekten caydırmak (özel caydırıcılık) ve benzer suçları işlemeyi düşünenlerin de bunu yapmaktan vazgeçmesi (genel caydırıcılık) sağlanmalıdır. Rehabilitasyon da yerinde bir amaçtır. Ancak bu durumlarda "Uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlara" ilişkin davalarda, rehabilitasyona aşırı ağırlık verilmemelidir. Cezalandırmanın altında yatan hedefler "adil ve uygun bir cezanın verilmesi" ile yerine getirilmektedir. Madde 81/2(a) ve Kural 145/1'de ifade edildiği gibi ve Temyiz Dairesinin de vurguladığı gibi ceza suçla ve mahkûm edilen kişinin kusurluğuyla orantılı olmalıdır.
12. Temyiz Dairesi, giriş bölümünde belirtilen temel amaçlarla birlikte okunduğunda, Statü'nün ve Kurallar'ın ilgili hükümlerinin, bir kararın belirlenmesi için aşağıdaki kapsamlı planı oluşturduğunu tespit etmiştir: Daire ilk olarak Madde 78/1 ve Kural 145/1(c) ile m. 145/2'ye göre ilgili unsurları tanımlamalı ve değerlendirmelidir. Daha sonra Kural 145/1(b) uyarınca tüm ilgili unsurları dengelemek ve her suç için bir

cezanın yanı sıra toplam hapis cezasını belirleyen bir toplam ceza ilan etmek zorundadır. Toplam ceza, en yüksek bireysel cezadan daha az olamaz. Kural 145/1(a) uyarınca ceza, hükümlünün kusurluluğunu yansıtmalıdır. Dava hakkındaki kişisel bilgisine dayanarak, Daire'nin orantılı bir cezanın uygulanması konusunda önemli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Son olarak ceza verildiğinde Madde 78/2'ye göre hükümlünün mahkemenin emri üzerine tutuklu olarak geçirdiği sürenin cezadan mahsup edilmesi gerekmektedir.

13. Madde 78/1 ve Kural 145/1(c)'de belirlenen unsurlar arasındaki etkileşim konusunda Temyiz Dairesi birkaç olası yaklaşım olduğunu kabul etmiştir; fakat *Lubunga* Ceza Temyiz hükmü bağlamında hangisinin doğru olduğunun belirlenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir. Olası yaklaşımlardan biri olarak 1 ve 2. Dava Daireleri, Kural 145/1(c) unsurlarını Madde 78/1 unsurlarının değerlendirilmesiyle bağlantılı olarak dikkate almıştır. Ayrıca Daire, Kural 145/1(c)'nin bazı unsurlarının Kural 145/2'de belirtilen hafifletici ve ağırlaştırıcı sebeplerin değerlendirilmesiyle de bağlantılı olabileceğini dikkate almaktadır. Bu da Kural 145/1(c)'nin unsurlarının başlangıçta, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin tüketici olmayan bir listesi olarak kabul edildiğini gösteren *travaux préparatoires*<sup>2</sup> ile tutarlıdır. *Ad hoc* mahkemeler de bu tür unsurları ağırlaştırıcı ve/veya hafifletici sebepler olarak kabul etmiştir.
14. Daire, ilgili tüm unsurları göz önünde bulundururken, suçların ağırlığıyla bağlantılı olarak değerlendirdiği unsurları ağırlaştırıcı sebep olarak veya *vice-versa*<sup>3</sup> iki kez hesaba katamaz. Ayrıca suçların yasal bir unsuru veya sorumluluk türü, ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilemez.

## A. SUÇUN AĞIRLIĞI

15. Suçun ağırlığı, ceza vermede temel husustur. Daire, komuta sorumluluğu söz konusu olduğunda (i) mahkûm edilen kişinin astları tarafından işlenen suçların ve (ii) mahkûm edilen kişinin suçu önleme ya da bastırma veya konuyu yetkili makamlara bildirme hususunda kendi ihmalinin ağırlığını değerlendirmek zorundadır. Ağırlaştırıcı sebeplerin aksine suçun ağırlığı belirlenirken mutlaka suçun kendi unsurlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu unsurların ötesinde Daire, ilgili unsurları suçun ağırlığını değerlendirirken ya da istisnaen ağırlaştırıcı sebepler olarak dikkate almayı takdir edebilir.

---

<sup>2</sup> Ç.n. Hazırlık çalışmaları.

<sup>3</sup> Ç.n. Tersine.

16. Daire, Madde 28'in uluslararası insancıl hukukun etkili bir şekilde uygulanmasının sağlanmasında komutanların ve diğer üst düzey yetkililerin temel sorumluluğunu ifade edecek şekilde tasarlandığını yinelemektedir. Hükümde belirtildiği gibi Madde 28, Madde 25/3'tekinden farklı bir sorumluluk türü öngörmektedir. Komuta sorumluluğu *sui generis* bir sorumluluk türüdür. Suçun ağırlığı açısından bu, Madde 25/3(a)'daki bir suçun işlenmesine veya Madde 25/3(b)'den (e) bendine kadar belirtilen diğer sorumluluk türlerine kıyasla hiyerarşik anlamda daha düşük veya yüksek bir sorumluluk türü değildir. Uygun bir ceza verilebilmesi için suçun ağırlığı somut olarak, davanın özel koşulları altında, astlarca işlenen suçların ağırlığı ve mahkûm edilen kişinin kusurluluğu göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.
17. Daire, bir komutanın önleme veya bastırma görevlerini yerine getirmede sürekli ihmalinin -astları ceza tehdidi olmadan daha fazla suç işleyebileceklerine inanmaya teşvik eden örtülü etkisinden dolayı- böyle bir ihmalin ayrıık olarak gerçekleşmesinden önemli ölçüde daha ağır olarak görüldüğü yönünde *ad hoc* mahkemelerin yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır. Ayrıca, cezada derecelendirme prensibi gereğince üst düzey liderler, sorumluluk türüne bakılmaksızın, hiyerarşinin aşağısında kalanlara göre genellikle daha ağır cezai sorumluluk taşımaktadırlar. Bir ya da birkaç kez astlarının eylemlerinden fiziksel olarak ayrılma da bir üstün kusurluluğu ve onun ahlaki sorumluluğunun derecesi, somut koşullara bağlı olarak, astlarınınkinden daha büyük olabilmektedir.

## B. AĞIRLAŞTIRICI VE HAFİFLETİCİ SEBEPLER

18. Daire, ağırlaştırıcı sebeplerin var olduğuna makul şüphenin ötesinde ikna olmalıdır. Ağırlaştırıcı sebepler, bir kişinin mahkûm edildiği suçlarla ve mahkûm edilen kişinin kendisiyle bağlantılı olmalıdır. Hafifletici sebeplerin yokluğu hiçbir zaman bir ağırlaştırıcı sebep teşkil edemez.
19. Daire, hafifletici sebeplerin varlığına ağır basan delillerle ikna olmalıdır. Hafifletici sebepler suçlarla doğrudan bağlantılı olmak zorunda olmadığı gibi suçlamaların veya hükmün kapsamıyla da sınırlı değildir. Ancak, mahkûm edilen kişiyle doğrudan bağlantılı olmalıdır. Daire'nin, davanın özel koşullarının ışığında, neyin hafifletici sebep oluşturduğunu ve eğer varsa ona verilecek ağırlığı belirlerken dikkate değer bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Daire, her hafifletici sebebi değerlendirmek zorundaysa da bunu belirli bir başlık altında veya belirli bir yönergeye göre yapmak zorunda değildir. Örneğin Daire, belirli unsurları toplam cezanın hafifletilmesi veya ağırlaştırılmasında dikkate almak yerine suçun ağırlığına dair değerlendirmesiyle bağlantılı olarak dikkate alabilir.

### III. DEĞERLENDİRME

20. Yukarıdaki bilgilerin ışığında ve uygun bir ceza vermek için Daire (i) suçların ağırlığını, (ii) Bay Bemba'nın kusurlu eyleminin ağırlığını ve (iii) Bay Bemba'nın bireysel durumunu göz önünde bulundurmaktadır. Daire, Kural 145/1(c) ve 145/2 unsurları ile koşullarını, eğer ilgileri varsa, ilgili oldukları yerde ele alır.

#### A. SUÇLAR

21. Daire, Bay Bemba'yı 26 Ekim 2002 ile 15 Mart 2003 tarihleri arasında Orta Afrika Cumhuriyeti'nde (OAC) Bay Bemba'nın etkili otoritesi ve kontrolü altındaki Kongo Kurtuluş Hareketi (*Mouvement de libération du Congo* – KKH) askerleri tarafından işlenen savaş suçu olarak öldürme, tecavüz ve yağmadan ve insanlığa karşı suç olarak öldürmeden ve tecavüzdten suçlu bulmuştur.

22. 26 Ekim 2002'deki varışlarından itibaren yaklaşık dört buçuk ay süresince KKH birlikleri Banghui üzerinden PK12 ile PK22'ye<sup>4</sup> ilerleyip Damara-Sibut ile Bossembélé-Bossangoa eksenini boyunca Mongoumba'ya saldırmış ve 15 Mart 2003'te OAC'den çekilmiştir ("2002-2003 OAC Operasyonu"). KKH askerleri, kendi kontrolleri altında kalan her bir yerde, suçları tutarlı bir *modus operandi*<sup>5</sup>'ye göre işlemiştir. Hükümde belirtildiği gibi, KKH askerlerinin Bangui, PK12, PK22, Bozoum, Damara, Sibut, Bossonga, Bossemélé, Dékoa, Kaga, Bandoro, Bossemptele, Boali, Yaloke ve Mongoumba'yı içeren geniş bir coğrafi alanda sivillere karşı öldürme, tecavüz ve yağma suçlarını işlediklerine dair tutarlı ve doğrulanmış kanıtlar elde edilmiştir. Daire, Bay Bemba'nın mahkûmiyetini, KKH askerlerince gerçekleştirildiğini makul şüphenin ötesinde tespit ettiği belli başlı spesifik eylemlere dayandırmıştır. Bu temel eylemlerin, 2002-2003 OAC Operasyonu sırasında KKH kuvvetleri tarafından işlenen toplam suç sayısının sadece bir kısmı olduğunu tespit etmiştir.

23. KKH askerleri tarafından işlenen suçlar, mağdurlarda ve suçtan etkilenen topluluklarda kalıcı hasara neden olmuştur. P119 genel etkiyi şöyle tarif etmiştir:

---

<sup>4</sup> Ç.n. PK12 ve PK22, Orta Afrika Cumhuriyeti'nin Bangui şehri yakınında bulunan kamplardır.

<sup>5</sup> Ç.n. Failin yöntemi.

Banyamulénguların<sup>6</sup> geldiklerinde, gelişleri yerel nüfus için korkunçtu. Onlar ülkemin oğulları ve kızlarıydı, ölen güçlü insanlar, ülkenin kalkınmasını yönlendirmek için gerekli insanlardı. Geride kimsesiz çocuklar kaldı. Boşanmalar oldu çünkü Banyamuléngular kadınlara tecavüz etti, bu durumda, kocaları boşanmayı tercih etti. Ayrılmış aileler vardı... Yerel nüfus üzerinde çok büyük bir etkisi var.

24. Aşağıda Daire, mahkûmiyet verdiği her bir suçu (i) suçların ağırlığıyla ve (ii) uygulanabilir olduğunda ağırlaştırıcı sebeplerle bağlantılı olarak ele almıştır. İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçları, aynı davranışa dayandıklarında birlikte ele alınmıştır. Daire, öldürme suçlarının ağırlığını değerlendirirken Kural 145/1(c)'nin unsurlarını dikkate almıştır: sebep olunan zararın ölçüsü, hukuka aykırı davranışın niteliği, suçu işlemek için kullanılan araçlar, hareket tarzına, yer ve zamana ilişkin koşullar. Daire, aşağıda daha detaylı olarak belirtildiği gibi, Bemba Davasındaki tecavüz ve yağma suçlarının özel niteliğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle Daire, tecavüz ve yağmanın ağırlığıyla bağlantılı olarak ele alınmayan ilgili Kural 145/1(c) unsurlarını Kural 145/2(b)(iii) ve (iv)'te belirtilen ağırlaştırıcı sebeplere ilişkin değerlendirmesinde dikkate almayı takdir etmiştir.
25. Daire, tecavüz ve yağma ile ilgili olarak ileri sürülen ağırlaştırıcı sebepleri değerlendirirken, diğer hususların yanı sıra mağdurların silahlı olup olmadıklarını, kilise ve hastane veya mağdurların evleri gibi sivillerin sığınma yerlerinde işlenip işlenmediğini, özellikle cinsel şiddet vakalarında mağdurların yaşını, eylemlerin süresi ve tekrarlanma niteliği, failerin güdüsünü ve kamusal nitelikleri de dahil olmak üzere eylemlerin şiddet ve küçük düşürücü niteliğini ve suça eşlik eden sözlü, fiziksel ve diğer tacizleri veya tehditleri dikkate almıştır.
26. Savunma, Bay Bemba'nın iddia edilen ağırlaştırıcı sebeplerden habersiz olduğunu beyan etmiştir. Bununla birlikte Daire'nin hükümdeki bulguları ile duruşmada ikrar edilen deliller, çeşitli kaynakların Bay Bemba'yı iddia edilen ağırlaştırıcı sebeplerin ispatıyla ilgili unsurlardan düzenli olarak haberdar ettiğini göstermektedir. Bu nedenle Daire, Bay Bemba'nın iddia edilen ağırlaştırıcı sebeplerin ispatıyla ilgili unsurları bildiğini makul şüphenin ötesinde bulmuştur.

---

<sup>6</sup> Ç.n. Kongolu Tutsileri ifade etmek için kullanılan etnik bir terim.

## 1. Öldürme

27. Bay Bemba'yı öldürmeden suçlu bulurken Daire, özellikle şu mağdurların öldürülmesine temel olarak dayanmaktadır: Ekim 2002'nin sonunda Bangui'de P87'nin "erkek kardeşi", KKH'nin PK12'ye varışının ertesi gününde P69'un PK12'deki kız kardeşi ve 5 Mart 2003'te Mongoumba'da kimliği belirsiz bir "Müslüman" adam.
28. KKH askerleri, mağdurları yağma eylemlerine direnmelerinin ardından öldürmüştür. Bütün öldürme eylemleri bazı mağdurların aile üyeleri de dâhil diğer sivillerin gözü önünde gerçekleştirilmiş olup öldürmelere, yağma, tecavüz ve/veya fiziksel ve sözlü taciz de eşlik etmiştir. KKH askerleri, evinin yağmalanmasına direndiğinde P69'un kız kardeşini başından vurmuştur. Aynı şekilde KKH askerleri, evine gece girdikleri P87'nin erkek kardeşini bir motosikleti korumaya çalışırken göğsünden iki kez vurmuştur. Ailesinin eşyalarının yağmalandığı ve kız kardeşi P87'ye tecavüz edildiği o gün çiftliğine gelen üçüncü gruptur. Son olarak, V1'in tanık olduğu üzere KKH askerleri, koyununu teslim etmeyi reddettikten sonra kimliği belirsiz bir "Müslüman" adamı vurup ağır yaralamıştır.
29. Öldürme doğrudan mağduru hayatından mahrum eder, nihai zarardır. Geride kalan akraba ve yakınlar sadece doğrudan mağdurdan mahrum olmaz, ki bu da hafife alınamayacak bir etkidir, aynı zamanda öldürme nedeniyle –fiziksel ve/veya psikolojik olarak– doğrudan zarar da görebilirler. Örneğin P69 kız kardeşinin öldürülmesine tanık olmuştur. P69 "Kız kardeşimin beynini gördüm. Bir hayvan kafatasından vuruluyormuş gibi gördüm", "Onu bir hayvan gibi öldürdüler, köpek gibi" diye ifade vermiştir. P69 eklemiştir: "Yaptıklarını göz önünde bulundurarak ... Onlara doğru ilerleyip beni de öldürmelerini, kız kardeşimin ardından beni öldürmelerini istedim".
30. Finansal, fiziksel, duygusal, psikolojik, manevi veya başka türlü olsun, doğrudan mağdurun desteğine bağlı olanlar da etkilenmiştir. Etki, bağlantılı topluluklar boyunca yayılmıştır. Baskın kaotik ve travmatik şartlar nedeniyle, öldürme mağdurlarının aile üyeleri ve mağdurlarla özel yakınlık bağları olan diğerleri, cenaze hizmetleri ve defin törenlerinin yas dönemlerinde sağlayabileceği avuntulardan mahrum kalmışlardır. Örneğin böyle bir durumda P69'un kız kardeşinin bedeni korunamamıştır. P69, kız kardeşini öldürüldüğü gün çiftliğinin yanına gömmek zorunda kalmıştır. Dahası P87 ve diğerleri, erkek kardeşinin cesedini PK22'deki ailesinin yanına götürmeye çalışmış olsalar da



yol boyunca askerlerin varlığının yarattığı tehlikeden dolayı, P87'nin kardeşinin cesedi, ailesinin gelmesinden bir gün önce gömülmüştür.

31. Bazı mağdurlar için öldürmelerin etkisi kronik ve şiddetliydi. Erkek kardeşinin öldürülmesinden sonra P87 yıllarca kâbuslar ve halüsinasyonlar görmüştür. Sesler duymaya başladı: “Bazen kalkıp birinin bana mı seslendiğini anlamaya çalışıyorum, ama insanlar ‘[h]ayıp, kimse sana seslenmedi’ diyorlar”. Aralık 2011’de P69, kız kardeşinin ölümünden bu yana hâlâ acı çektiğini ifade etmiştir.
32. Daire, yukarıda bahsi geçen öldürme eylemlerinin 2002-2003 OAC Operasyonu’nun başları ve sonlarında üç ayrı yerde işlendiğine dikkat çekmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, öldürme eylemleri mağdurların evlerinde ve aile üyeleri de dâhil olmak üzere başkalarının gözü önünde işlenmiş olup aynı olay dizileri sırasında ve aynı doğrudan ve dolaylı mağdurlara karşı önce yağma, tecavüz ve diğer şiddet ve taciz eylemleri gerçekleştirilmiş veya bunları öldürme eylemleri izlemiştir. Temel eylemler, 26 Ekim 2002 ile 15 Mart 2003 tarihleri arasında OAC çapında birçok sivil hedef alan bir saldırının parçası olarak gerçekleştirilmiştir. Doğrudan mağdurlar yaşamlarını yitirmişlerdir. Dolaylı mağdurlar da özellikle aile üyeleri, ağır ve kalıcı zararlar görmüşlerdir. Buna göre, zamana, hareket tarzına ve yere ilişkin koşullar, hukuka aykırı davranışın niteliği, suçu işlemek için kullanılan araçlar ve neden olunan zararın boyutunu göz önünde bulunduran Daire, bu davada öldürme suçlarının ağırlığının ciddi olduğunu tespit etmiştir.
33. Daire, kendi takdirine bağlı olarak ve bu davanın özel koşullarının ışığında, özellikle İddia Makamının yalnızca üç öldürme suçunun işlendiğini makul şüphenin ötesinde kanıtlamış olması karşısında, ağırlıklarını değerlendirirken öldürme suçlarıyla ilgili tüm unsurları dikkate almıştır. Daire, ağırlaştırıcı sebeplerin öldürme suçları için geçerli olduğuna ikna olmamıştır.

## 2. Tecavüz

34. Daire, Bay Bemba’yı tecavüzden suçlu bulurken özellikle şu mağdurlara karşı işlenen tecavüzlere dayanmıştır: Ekim 2002’nin sonunda Bangui’de P68 ve yengesine; 30 Ekim 2002’de veya bu tarihlerde 12 ve 13 yaşında kimliği belirsiz iki kız çocuğuna; 30 Ekim 2002’de veya bu tarihlerde P87’ye; 2002’de Ekim ayının sonunda ya da Kasım ayının başında Bangui’de kimliği belirsiz sekiz kadına; Kasım 2002’nin başlarında PK12’de P23, P80, P81, P82 ve P23’ün kızlarından diğer ikisine; Kasım 2002’nin sonunda PK12’de P69 ve karısına; 6 veya 7 Kasım 2002’de

veya bu tarihlerde PK12'de P22'ye; KKH PK12'ye vardktan birkaç gün sonra PK12'de P79 ve kızına; Kasım 2002 sonlarında PK12'de P42'nin kızına; Kasım 2002'de PK22'nin dışında bir kadına; 5 Mart 2003'te Mongoumba'da P29'a ve 5 Mart 2003'te Mongoumba'da V1'e.

35. Daire, Statü'nün ve Kurallar'ın cinsel suçlara, çocuklara karşı suçlara ve bunların mağdurlarına özel bir konum verdiğini vurgulamaktadır. Bu hükümleri hazırlarken, taraf devletler, cinsel suçların bilhassa ağır niteliğini ve sonuçlarını -özellikle çocuklara karşı- tanımıştır.

#### a) Suçun Ağırlığı

36. Silahlı çatışmalarda cinsel şiddet ve travma sonrası stres bozukluğu ("TSSB") konusunda uzman Dr. Adeyinka M. Akinsulure-Smith (P221) ve Dr. André Tabo (P229), tecavüz mağdurlarının genellikle dört tür sonucu yaşadıklarını ifade etmişlerdir: (i) tıbbi (organlardaki lezyonlar, insan bağışıklık yetmezliği virüsü ("HIV"), bekâretin kaybı ve istenmeyen hamilelikler dahil), (ii) psikolojik (korku, kaygı, öfke, saldırganlık, suçluluk, kendini soyutlama, utanç, güven kaybı ve yıkanma ritüelleri), (iii) psikiyatrik (TSSB, klinik depresyon, melankoli, nevroz, bağımlılık ve psikosomatik bozukluklar) ve (iv) sosyal (damgalanma ve dışlanma).
37. "Kitlesel cinsel şiddetin boyamsal ve nesiller arası etkisi" konusunda uzman Dr. Daryn Reicherter (P925), suçun daha şiddetli olmasının -örneğin "birkaç kez toplu tecavüze" uğrayan biri, "aile üyelerinin tanık olduğu ... tecavüz gibi özellikle mahrem ve aşağılayıcı travmatik deneyimler" ve çocuklara tecavüz edilmesi- olumsuz ve kalıcı psikolojik sorunların büyüklüğünü daha da artıracaklarını belirtmiştir. Dahası Dr. Akinsulure-Smith, OAC'de tecavüz mağdurlarının topluma yeniden entegrasyon olma konusunda ve diğer şeylerin yanı sıra kaynak eksikliği ve toplum tarafından reddedilme korkusu nedeniyle uygun tıbbi tedaviyi talep edemedikleri ve alamadıkların için belirli zorluklar yaşadıklarını belirtmiştir. Dr. Tabo, OAC'de, tecavüzün zinaya eş değer kabul edildiğini, mağdurların kocaları tarafından terk edilmesine ve çocuklarının ellerinden alınmasına yol açtığını ifade etmiştir. Ayrıca OAC'de özellikle erkeklerin anal yoldan tecavüze uğramasının belirli çağrışımlar taşıdığını ve mağdurlar için aşırı aşağılanma ile sonuçlandığını ifade etmiştir.
38. Bu davada tecavüz mağdurları, diğer şeylerin yanı sıra vajinal ve anal rahatsızlıklar, karın ağrıları, cilt bozuklukları, pelvik ağrısı, yüksek tansiyon, mide problemleri, hiper-tansiyon, çocuk düşürme, kısırlık ve

HIV gibi fiziksel problemlere katlanmaktadır. Ayrıca TSSB, depresyon, aşağılanma, kaygı, suçluluk ve kâbuslar gibi psikolojik, psikiyatrik ve sosyal sonuçlara katlanmaktadır. Örneğin P22, tecavüze uğradıktan sonra intihara meyilli hale geldiğini, artık herhangi bir cinsel ilişki arzulamadığını ve üzüntü, genel karamsarlık hali ve çekingenlik de dahil olmak üzere şiddetli TSSB yaşadığını belirtmiştir. P79, kendisi ve kızının tecavüze uğramasından sonra sürekli hale gelen kaygısını dile getirmiştir: “Geceleri kâbuslar görüyorum... Endişeleniyorum, sürekli endişe halindeyim. Üzgünüm. Bilmiyorum. Şimdi, biliyorum ki aklım yerinde değil”. Üstelik P79, Müslüman bir kızın tecavüze uğraması gelecekte koca bulmasını engellediğinden, kızının tecavüze uğradığını kimseye söyleyememiştir. Bu bağlamda Daire, mağdurların bir kısmının tecavüze uğramalarının bir sonucu olarak bekâretlerini yitirdiğini, özellikle de suçların işlendiği kültürel bağlamda bunun göz ardı edilemeyecek bir zarar olduğunu belirtmiştir.

39. Tecavüze uğradıkları kendi topluluklarında öğrenildiğinde mağdurlar dışlanmış, sosyal olarak reddedilmiş ve damgalanmıştır. Genç ve bakire kızı tecavüze uğrayan P42, damgalanmanın etkisiyle ilgili ifadelerde bulunmuştur:

Kızım on yaşındaydı. Artık okula gidemezdi çünkü okulda damgalanmıştı. Diğer öğrenciler onunla dalga geçiyorlardı, “Banyamulengué'nin karısı” vesaire, bu yüzden okulu bıraktı. Hiçbir şey yapamadım. Onun böyle devam etmesine izim verdim. Bu yüzden hayal kırıklığına uğradım. Çok üzgünüm. Eğer okumaya devam etseydi, belki nüfuzlu biri olabilirdi. Belki bugün önemli biri olabilirdi.

Benzer şekilde V1 de artık insan olarak muamele görmediğini, “onurunu yitirdiğini” hissetmiştir ve “Banyamulengué'nun karısı” diye çağrılıp kendisiyle alay edilmiştir. P81 tecavüze uğradıktan sonra kocası ve çocukları onu terk etmiştir, çünkü “Banyamulengué [onu] kirletmişti”. P82, akranı diğer kızlar tarafından dışlanmıştır. P23 kendisini bir “ölü adam” olarak görmüştür. P69'un ailesi “parçalanmıştır”. Kendisinin ve karısının uğradığı tecavüzler yüzünden hissettiği aşağılanmayı ifade etmiştir: “Artık hiçbir değerimiz yok. Onurumuzu kurtarmak için ne yapacağımızı merak ediyoruz”.

40. Daire, tecavüz eylemlerinin mağdurlarının sayısının önemli olduğunu belirtmektedir. Temel tecavüz eylemleri 2002-2003 OAC Operasyonunun coğrafi ve zamansal kapsamı boyunca işlenmiştir. Bu eylemler, 26 Ekim 2002 ile 15 Mart 2003 tarihleri arasında OAC çapında birçok sivil hedef

alan bir saldırının parçası olarak işlenmiştir. Mağdurlara, ailelerine ve topluluklarına verilen zararın derecesi ağır ve kalıcı olmuştur. Buna göre, yukarıda göz önüne alınan zamana, hareket tarzına ve yere ilişkin koşullar ile neden olunan zararın kapsamı ışığında Daire, bu davada tecavüz suçlarının azami ağırlığa sahip olduğunu tespit etmiştir.

## **b) Ağırlaştırıcı Sebep: Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi**

41. Tecavüzü gerçekleştirmeden önce KKH askerleri ilk olarak General Bozizé'nin isyancılarının ayrıldığını doğrulamıştır ve bundan sonra KKH bölgedeki tek askeri kuvvet olmuştur. Sonrasında silahlı KKH askerleri, silahsız mağdurları evlerinde, geçici KKH üslerinde veya çalılık gibi ıssız yerlerde hedef almıştır. Birçok mağdur zaten evlerinden kaçmıştır veya hedef alındıklarında sığınacak yerler aramaktadırlar. Gruplar halindeki KKH askerleri mağdurları ve orada bulunan diğerlerini, özellikle de direnmeye kalkışanları dövmüş, alıkoymuş, tehdit etmiş ve silah zoruyla tutmuşlardır.
42. Bilinen tecavüz mağdurlarından en az sekizinin genç yaşta olması, ki saldırı sırasında 10 ila 17 yaşlarındadırlar, onları özellikle kırılğan ve savunmasız kılmıştır. Saldırı sırasında bu çocukların bazıları kırılğanlıklarını göstermişlerdir. P82, ifadesinde “Kaçmak istedim... Ağladım. Bu hareketlerim babamın dikkatini çekti. Babam müdahale etmeye çalıştı, silahlarını ona doğrulttular ... ve bekâretimi aldılar” demiştir. 10 yaşındaki kızının tecavüze uğradığı sırada alıkonulan P42, “kızım çığlık atıyordu fakat hiçbir şey yapamıyordum. Bir noktada kızım haykırmaya başladı, ‘Baba beni soyuyorlar. Beni soyuyorlar,’ fakat hiçbir şey yapamazdım”. Bir süre sonra P42 artık kızının çığlıklarını duymamıştır. P119 ayrıca yaşları 12 ve 13 olan iki kızın, yüzleri kızlardan birinin elbisesiyle kapalı, çığlık çığlığa çırpındıklarına tanık olmuştur. P79'un 11 yaşındaki kızının tecavüze uğradığı sırada, ki diğer çocukların gözü önünde meydana gelmiştir, çocuklar ağlamaya çalışmıştır. KKH askerleri onları, “Gürültü yapmayın yoksa sizi vururuz” diye uyarıp susturmuştur. Saldırılardan sonra bazı aileler kızlarını yerde vajinaları kanarken ağlar halde bulmuşlardır.
43. Yukarıda belirtildiği gibi, tecavüz mağdurları ve diğer siviller (i) silahsızdırlar; (ii) evlerinde, KKH üslerinde ve çalılık gibi ıssız yerlerde ve/veya sığınacak yer ararken birden çok KKH askerince hedef alınmışlardır; (iii) zorla alıkonulmuşlardır ve/veya (iv) çocukturlar. Bütün bu gerekçelerle Daire, KKH askerlerinin, Kural 145/2(b)(iii)

uyarınca bir ağırlaştırıcı sebep oluşturarak, tecavüz suçlarını özellikle savunmasız mağdurlara karşı işlediklerini makul şüphenin ötesinde bulmuştur.

### c) Ağırlaştırıcı Sebep: Suçu Acımasızca İşlemek

44. Dr. Tabo, KKH askerlerinin cinsel şiddeti bir savaş silahı gibi kullandıklarını ifade etmiştir. Dairenin hükümde tespit ettiği gibi, KKH birlikleri yeterli mali imkanları elde edememekte olup bunun yerine kendi kendilerini diğerlerinin yanı sıra tecavüz gibi eylemlerle tazmin etmişlerdir. Dahası, KKH askerleri, tecavüz eylemlerini asi veya asi sempaticianı olduğundan şüphelenilen sivilleri cezalandırmak için de gerçekleştirmişlerdir. KKH askerleri mağdurlarını hedef alırken yaşlarına, cinsiyetlerine veya yerel memurlar da dahil olmak üzere sosyal statülerine bakmamışlardır. Tüm tecavüz eylemleri, öldürme ve yağma eylemleriyle birlikte ya da bu eylemler sırasında gerçekleştirilmiştir. Tüm temel tecavüz eylemleri, diğer askerlerin ve/veya sivillerin, buna mağdurların çocukları, aileleri, kardeşleri, diğer aile üyeleri ve/veya komşuları da dahil olmak üzere, gözü önünde veya duyabilecekleri yerlerde gerçekleştirilmiştir. Tüm tecavüz eylemlerine ayrıca fiziksel ve sözlü taciz ve mağdurlara ve ailelerine yönelik tehditler de eşlik etmiştir.
45. Daire, bazı temel tecavüz eylemlerinin özellikle sadistçe olduğunu belirtmektedir. Ailelerin tüm fertleri –yaşlılar, erkekler, kadınlar ve çocuklar– diğer aile üyelerine tecavüz eden, onları öldüren ve eşyalarını yağmalayan aynı KKH askerleri veya aynı asker grupları tarafından aynı saldırılar sırasında sırayla mağdur edilmişlerdir. Hiçbir fail tek başına hareket etmemiştir: tecavüz eylemlerinin tümü en az iki, genellikle birkaç tane ve bazı durumlarda 20'den fazla KKH askeri tarafından ya da bunların dahil olması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bazı mağdurlar aynı saldırı sırasında oral, vajinal ve anal yolla tecavüze uğramıştır.
46. Örneğin Daire, P23 ve V1 tarafından tanık olunan şiddetli ve tekrarlanan suçlara dikkat çekmektedir. P23, kızlarından üçü, torunu ve eşi, PK12'deki aile çiftliğine yapılan saldırı sırasında sırayla tecavüze uğramıştır. Ayrıca fiziksel ve sözlü tacize de maruz bırakılmış ve eşyaları da yağmalanmıştır. Mongoumba'daki bir günlük saldırı sırasında V1 iki kez toplu tecavüze uğramıştır. İlkinde iki asker, diğerleri “sevinçle bağırarak” bakarken, ona dönüşümlü olarak tecavüz etmiştir. İkincisinde dört asker V1'e bilincini kaybedene kadar tecavüz etmiştir. Bilinci yerine geldiğinde tecavüzler devam etmiştir. İkinci olay sırasında toplam on iki asker vajinasına, anüsüne ve ağızına penislerini sokmuştur. V1

ayrıca kimliği belirsiz bir “Müslüman” adamın sakatlanıp öldürülmesine de tanık olmuştur. Son olarak, aynı KKH askerleri V1'in ve bütün Mongoumba'da diğer birkaçının daha eşyalarını yağmalamıştır.

47. Yukarıda belirtildiği gibi, birçok KKH faili tecavüz eylemlerini (i) elde edemedikleri gelirin karşılığı olarak; (ii) düşman olduğundan şüphelendikleri kimseleri ve onların sempatanlarını cezalandırmak amacıyla; (iii) aynı ailenin birden fazla üyesine karşı yapılması ile yerel memurlar da dahil olmak üzere yaşa, cinsiyete ve sosyal statüye bakmaksızın; (iv) mağdurların aile üyelerinin, komşularının ve/veya diğer sivillerin veya askerlerin gözü önünde, böylece mağdurların aşağılanmasını artırarak; (v) aynı olaylarda ve aynı doğrudan ve dolaylı mağdurlara karşı öldürme, yağmalama ve diğer şiddet ve taciz eylemleriyle bağlantılı olarak; ve/veya (vi) aynı mağdurlara karşı defalarca, bazen aynı mağdurla oral, vajinal ve anal yoldan birleşmeyle gerçekleştirmiştir. Bütün bu gerekçelerle Daire, KKH askerlerinin, Kural 145/2(b)(iv) uyarınca bir ağırlaştırıcı sebep oluşturarak, tecavüz suçlarını belirli bir acımasızlıkla işlediklerini makul şüphenin ötesinde bulmuştur.

### 3. Yağma

48. Daire, Bay Bemba'yı yağma suçundan suçlu bulurken şu kişi ve grupların mallarının yağmalanması eylemlerine dayanmıştır: Bangui'de Ekim 2002 sonunda P68 ve yengesi; Bangui'de 30 Ekim 2002'den sonra P119; Bangui'de 30 Ekim 2002'de veya o tarihlerde P87 ve ailesi; Bangui'de Kasım 2002'nin başlarında P23, P80, P81 ve P82; PK12'de KKH'nin varmasından sonraki gün P69'un kız kardeşi; PK12'de Kasım 2002'de P69; PK12'de KKH'nin bulunduğu sırada P108; PK12'de KKH'nin varmasından sonraki gün PK110; PK12'de Kasım 2002'de P112; PK12'de 6 veya 7 Kasım 2002'de veya o tarihlerde P22 ve amcası; PK12'de KKH'nin varmasından birkaç gün sonra P79 ve erkek kardeşi; PK12'de Kasım 2002'nin sonunda P73; PK12'de Kasım 2002'nin sonunda P42 ve ailesi; PK22'nin dışında Kasım 2002'de bir kadın; Sibut'ta KKH'nin varmasından sonraki günlerde V2; ve Mongoumba'da 5 Mart 2003'te V1, bir kilise, rahibeler, rahipler, kimliği belirlenemeyen “Müslüman” bir adam ve komşusu, jandarma ve belediye başkanı.

#### a) Suçun Ağırlığı

49. Daire, KKH askerlerinin OAC sivillerinin mallarını büyük çapta ve mağdurlar için ağır sonuçlar doğuracak şekilde yağmaladıklarını tespit etmiştir. P9'un anlatımına göre, “KKH askerlerinin bulunduğu neredeyse

her kasabada yağma yapıldı... KKH askerleri tek tek her eve girdiler ve istediklerini aldılar". P6 "Bu (KKH) birliklerin konuşlandırılmasının daha ilk gününde yağma yaygınlaşmıştı bile... KKH askerleri bu şiddet eylemlerini ev ev arama yaparken gerçekleştirdiler" demiştir.

50. Bu eylemlerin mağdurlardaki sonuçları, kişisel ve profesyonel yaşamlarının çeşitli yönlerini etkileyen, çoğunlukla mağdurlara hiçbir şey bırakmayacak kadar kapsamlı olmuştur. P38, Bégoua'daki yağma eylemlerinin zamanlamasını ve ciddiyetini anlatmıştır:

Bégou mahallesi tamamen Bemba isyancılarıyla doluydu. Her şeyi kırıyorlardı. Her şeyi çalıyorlardı. Bunları görmek berbattı. Öyle ki Bégoua'daki her eve girdiler ve görebildikleri her şeyi aldılar: radyo setleri, cep telefonları ve görebildikleri her şeyi. Sanki Bangui'ye bunun için gelmişlerdi, işte böyle çalmaya başladılar, sanırım geldiklerinden sonraki gündü.

Bangui'deki Tribunal de Grande Instance'de Kıdemli Soruşturma Hâkimi olan Bay Flavien Mbata (P108), KKH askerlerince birkaç ay boyunca işgal edilen evine döndüğünde, evinin "neredeyse boş" olduğunu görmüştür. Aynı şekilde P23, P80 ve P81, PK12'deki çiftliklerinden KKH askerlerinin her şeyi aldıklarını ifade etmişlerdir. P112'nin ifadesiyle "İnsanları –yani işte herkesi– malından mülkünden mahrum ettiler".

51. Daire, yağma mağdurlarının sayısının önemli olduğunu ve temel eylemlerin 2002-2003 OAC Operasyonu'nun coğrafi ve zamansal kapsamına yayıldığını belirtmiştir. Bu suçlar mağdurların hayatlarının çeşitli yönlerini etkilemiş, çoğu zaman onları temel gereçlerden mahrum bırakmıştır. Buna göre, yukarıda göz önüne alınan zamana, hareket tarzına ve yere ilişkin koşullar ile neden olunan zararın kapsamı ışığında Daire, bu davada yağma suçunun ciddi bir ağırlığa sahip olduğunu tespit etmiştir.

#### **b) Ağırlaştırıcı Sebep: Suçu Acımasızca İşlemek**

52. Daire, tecavüz suçlarının ağırlaştırıcı sebepler ile ilgili olarak ele alınan çoğu unsurun, yağmalama için iddia edilen ağırlaştırıcı sebeplerin değerlendirilmesinde de eşit derecede geçerli olduğunu belirtmiştir.
53. Silahlı KKH askerleri, silahsız mağdurları evlerinde, kiliseler gibi kutsal yerlerde, geçici KKH üslerinde veya çalılık gibi ıssız yerlerde hedef almıştır. Birçok mağdur zaten evlerinden kaçmış ya da eylemler

sırasında sığınak aramaktaydı. Esas yağmalama eylemlerinin tümü en az iki ve çoğu kez birden çok KKH askeri tarafından ya da bunların dahil olması suretiyle gerçekleştirilmiştir. KKH birlikleri yeterli mali imkanları elde edememekte olup bunun yerine kendi kendilerini yağma eylemleriyle tazmin etmişlerdir. Genel olarak KKH askerleri tedaviye ulaşabilme, defin ve cenaze hizmetlerini düzenleyebilme ve hatta ailelerini doyurabilme gibi mağdurların geçimine veya esenliğine dair hususlara aldırılmadan yağmalamıştır.

54. Yağma eylemlerine genellikle öldürme ve tecavüz eylemleri ve her zaman fiziksel ve sözlü tacizle birlikte şiddet, ölüm ve/veya tecavüz tehditleri eşlik etmiştir. Örneğin üç KKH askeri P87'nin evinde eşyalarını yağmalarken ona “bize para ver ki biz de seni öldürmeyelim” demiştir. P87, silahlı KKH askerlerinin “istediklerini yapmalarına ve ... kendi canımızı kurtarmak için eşyalarımızı almalarına” izin vermek zorunda kaldıklarını hatırlamıştır. P69, KKH askerlerine direnmenin tehlikelerini anlatmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi, P69'un kız kardeşi KKH askerlerine para vermemek için direnince askerler onu yere atıp kafasından vurmuştur.
55. Birçok mağdur terkarlanan yağma ve diğer şiddet eylemlerine maruz kalmıştır. Örneğin gruplar halindeki KKH askerleri tek bir günde üç defa, bir yandan da tecavüz, öldürme ve diğer şiddet ve taciz eylemlerini gerçekleştirirken, P87'nin çiftliğini yağmalamıştır. Bir grup KKH askerinin kız kardeşinin eşyalarını yağmalayıp onu evinde öldürmelerinden yaklaşık üç hafta sonra P69, KKH askerlerinin evine tekrar gelip eşyalarını yağmaladıklarını tespit etmiştir. Günler sonra bir kez daha geldiklerinde P69'a ve karısına toplu tecavüz etmişlerdir.
56. Yukarıda belirtildiği gibi, birçok silahlı KKH askeri, silahsız mağdurları (i) evlerinde, iş yerlerinde, kilise ve hastane gibi sivillerin sığınma yerlerinde, KKH üslerinde, çalılık gibi ıssız yerlerde ve/veya sığınak aramaktayken; (ii) maddi kazanç için; (iii) düşman olduğundan şüphelendikleri kimseleri ve onların sempatanlarını cezalandırmak amacıyla; (iv) aynı olaylar sırasında ve aynı mağdurlara karşı öldürme, tecavüz ve diğer şiddet ve taciz eylemleriyle bağlantılı olarak; (v) aynı mağdurlara ve aynı ailelere karşı defalarca ve/veya (vi) mağdurların geçimine veya esenliğine aldırılmaksızın hedef almışlardır.
57. Daire'nin çoğunluğu, ilgili tüm unsurların kümülatif bir değerlendirmesi temelinde, yağma suçunun istisnai niteliğinin ortaya çıktığı görüşündedir. Bu unsurlar sadece mağdurların statüsü ile ilgili olanları değil – örneğin, silahsız olmaları ve diğerlerinin yanı sıra evlerinde silahlı



asker grupları tarafından hedef alınmaları– aynı zamanda eylemlerin tekrarlanma, acımasız, şiddetli ve aşağılayıcı niteliği ile faillerin saiklerini gösteren diğer unsurları da içermektedir. Buna göre, Hâkim Steiner'in muhalif kaldığı çoğunluk, faillerin, yağma suçunu belirli bir acımasızlıkla işleyerek Kural 145/2(b)(iv) uyarınca bir ağırlaştırıcı sebep oluşturduklarını makul şüphenin ötesinde bulmuştur.

58. Kısmen muhalefet eden Hâkim Steiner, yağma eylemlerinin çoğunun hepsi de tam teçhizatlı asker grupları tarafından çocuklar dâhil tüm aile üyelerine karşı evlerinde, sokaklarda, dükkânlarında ve çoğu zaman tecavüz ve öldürmeyle eşzamanlı olarak gerçekleştirilmesinin suçların özellikle savunmasız mağdurlara karşı işlendiğini gösterdiği düşüncesindedir. Bu nedenle çoğunluğun Kural 145/2(b)(iv)'te öngörülen ağırlaştırıcı sebebin ispatıyla bağlantılı olarak değerlendirdiği unsurların aynısı hakkında Hâkim Steiner, Kural 145/2(b)(iii)'te öngörülen ağırlaştırıcı sebebin varlığını makul şüphenin ötesinde bulmuştur.

## B. BAY BEMBA'NIN KUSURLU DAVRANIŞI

59. Kusurlu davranışının ağırlığını değerlendirirken Daire, Kural 146/1(c)'deki unsurlardan öncelikle Bay Bemba'nın kusurlu davranışını ve *kastını* dikkate almıştır. Bu bağlamda Daire, diğerlerinin yanı sıra Statü'de belirlenen komuta sorumluluğunun iki özelliğinin bilhassa ilgili olduğunu düşünmektedir: bağlantı (nexus) gereksinimi ve alternatif manevi unsur standartları.
60. Diğer mahkemelerin statülerinden ve içtihatlarından farklı olarak 28. madde, suçların “[komutanın], [etkili komuta ve kontrolü veya etkili otorite ve kontrolü altındaki] kuvvetler üzerinde düzgün bir şekilde denetim yapamamasının bir sonucu olarak” işlenmesini gerektirmektedir. Bağlantı gereksinimi komutanların rolünün önemini ciddi ölçüde artırmaktadır; özellikle “komutan düzgün bir denetim yapmış olsa suçların bu işlendikleri koşullarda işlenmeyecek olduğunun veya düzgün denetim yapan komutanın suçları önleyebileceğinin anlaşıldığı” durumlarda. Benzer şekilde diğer tüm şeyler eşit olduğunda, komutanın davranışının ağırlığı, gerçek (veya olumlu) bilgiye sahip olduğunda, yani kuvvetlerinin suç işlediğini veya işlemek üzere olduğunu “bilmesi gereken” bir komutanla kıyaslandığında “kuvvetlerin suç işlediğini veya işlemek üzere olduğunu ... biliyorsa” daha fazladır. Orantılılık ilkesine göre komutanın gerçek bilgisinin yanı sıra olaylardaki kilit rolü de cezada yansıtılmalıdır.

61. Daire, Bay Bemba'yı Madde 28(a) uyarınca, KKH kuvvetlerinin etkili otoritesi ve kontrolü altında insanlığa karşı suç olarak öldürme ve tecavüz ile savaş suçu olarak öldürme, tecavüz ve yağma suçlarını işlediklerini ya da işlemek üzere olduklarını bilen bir ordu komutanı olarak etkili bir şekilde hareket eden bir kişi olması dolayısıyla suçlu bulmuştur. Daire ayrıca bu suçların Bay Bemba'nın kontrolü düzgün şekilde yerine getirememesinin bir sonucu olduğunu tespit etmiştir.
62. Yaklaşık olarak dört buçuk ay boyunca Bay Bemba üzerlerinde en yüksek ve etkili otorite ve kontrole sahip olduğu KKH askerleri tarafından OAC'de işlenen suçlarla ilgili sürekli bilgi almıştır. Bu otorite lojistik, iletişim, askeri operasyonlar ile strateji ve disiplini kapsamaktadır. Fiziksel olarak başlarında olmamasına rağmen Bay Bemba, günlük değilse bile düzenli raporlar isteyip almak suretiyle ve KKH birliklerini OAC'ye sevk edip geri çekmek gibi en önemli kararları almak da dahil olmak üzere otoritesini olumlu edimlerle kullanmak suretiyle uzaktaki varlığını devamlı olarak muhafaza etmiştir. Bay Bemba, Kasım 2002'de KKH birlikleriyle buluşması da dahil olmak üzere birkaç kez OAC'yi ziyaret etmiştir. Kendi birliklerine ve Başkan Patessé ile müttefik olan birliklere silah, mühimmat ve takviye sağlamıştır.
63. Bay Bemba, OAC'deki iki görev de dahil olmak üzere KKH askerlerinin suçlarıyla ilgili kamusal iddialara tepki olarak bazı tedbirler almışsa da KKH içinde rapor edilen suçlarla ilgili iddialara yanıt olarak herhangi bir önlem alamamıştır. Daire, Bay Bemba'nın bu tür önlemleri alırken, görevi gereği olarak, suç işlenmesini önleme veya bastırmaya yönelik maddi kabiliyeti dahilinde gerekli ve makul tedbirleri almayı gerçekten istemediğini; bunun yerine temel amacının kamuoyu iddialarına karşı çıkmak ve KKH'nin kamusal imajını düzeltmek olduğunu tespit etmiştir. Suçlarla ilgili süregelen bilgisine, OAC'deki KKH birliği üzerinde en yüksek otoriteye ve bu otoriteyi kullanabilecek araçlara sahip olmasına rağmen Bay Bemba, suçları önlemek ve bastırmak için gerçek ve yeterli tedbirleri almakta ve konuyu yetkili makamlara iletmekte sürekli olarak başarısız olmuştur.
64. İddia Makamı, Bay Bemba'nın karakterinin, kusurlu davranışının ağırlığını artırdığını öne sürmüştür. Savunma, İddia Makamı tarafından Bay Bemba'nın karakteriyle ilgili olarak tanımlanan eylemlerin suçlamaların dışında kaldığını ve asılsız olduğunu beyan etmiştir. İddia Makamı, Hükümde dayanılana ek olarak, Bay Bemba'nın karakterine ilişkin delile, "suçlardan tamamıyla haberdar olmasına rağmen [Bay] Bemba'nın ... sonucu fark etmeksizin, ne pahasına olursa olsun

hedeflerinin peşinden gittiğini” göstermek üzere dayanmıştır. Daire, önerilen bu sonucu büyük ölçüde Hükümdeki bulgularının yeniden ifade edilmesi olarak görmektedir. Bu nedenle Daire, Bay Bemba'nın karakterine ilişkin ek kanıtları ve ilgili beyanları daha fazla dikkate almayı gereksiz bulmuştur.

65. Savunma ayrıca Bay Bemba'nın bir Davranış Kuralları oluşturmak, birliklerini eğitmek, yargı ve disiplin sistemi kurmak suretiyle ve 2002-2003 OAC Operasyonu sırasında aldığı tedbirlerin hafifletici sebep teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Ancak Daire, Bay Bemba tarafından alınan önlemlerin, Savunma tarafından önerilen şekilde cezasını hafifletmeyeceğini düşünmektedir. Aksine Davranış Kurallarının tamamlanmamış olması, dağıtımındaki eksiklikler, istikrarsız eğitim sistemi ve KKH disiplin sisteminin yanı sıra bu tür asgari ve yetersiz önlemler, Bay Bemba'nın suçları önleme ve bastırmaya yönelik önlem alabileceği araçlara sahip olduğunu göstermektedir. Bu imkânlar, Bay Bemba'nın üstün başarısızlıklarının altını çizmiştir. Yaptıkları, kusurluluğunu azaltmaz veya hafifletmeyi haklı çıkarmaz.
66. Bay Bemba'nın başarısızlıkları 2002-2003 OAC Operasyonu boyunca devam etmiştir. Tasarrufunda olup da almadığı makul ve gerekli önlemler suçların işlenmesini caydırabilir ve suçları çevreleyen ve kolaylaştıran teslimiyet iklimini ortadan kaldırmaya bile genel olarak azaltabilirdi. Buna göre komutan olarak, suçları tolere etmekten daha fazlasını yapmıştır. Bay Bemba'nın harekete geçmede başarısız olması (i) suçların da bir parçası olduğu sivil nüfusa yönelik saldırıyı teşvik etmeyi kasten amaçlamıştır ve (ii) suçların devamına ve daha fazla işlenmesine doğrudan katkıda bulunmuştur. Son olarak Daire, Bay Bemba'nın eğitimi ve tecrübesinin yanı sıra hem siyasi hem de askerî kanatlarda yetki sahibi olan en yüksek KKH yetkilisi olarak görevinin, kusurlu davranışının ağırlığını artırdığını vurgulamaktadır. Bu tür koşullar, eylemlerinin sonuçlarının yanı sıra suçları önlemek ve bastırmak üzere tasarrufunda olan alternatif ve telefi edici önlemleri de tam olarak değerlendirilmesine olanak vermektedir. Bay Bemba'nın suçlar üzerindeki bilme ve isteme etkisi bu nedenle tartışmasızdır.
67. Daire, *ad hoc* mahkemelerde, üst makamdaki birinin suçlara doğrudan katkısının ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte Daire, bu katkının Madde 28'in hukuki bir unsurunu yerine getirdiğini düşündüğünden, Bay Bemba'nın cezasının ağırlaştırılmasında bunu dikkate alamaz. Daire yine de Bay Bemba'nın, özellikle OAC Operasyonundaki KKH birlikleri üzerindeki

sürekli bilgisi ve nihai yetkisi ışığında, yaklaşık dört buçuk ay boyunca tekrarlanan ve devam eden başarısızlıklarının, kusurlu davranışının ciddi bir ağırlığı olduğunu gösterdiğini vurgulamıştır.

### C. BAY BEMBA'NIN BİREYSEL DURUMU

68. Daire aşağıda Bay Bemba'nın daha önce ele alınmamış olan, yani suçlarla veya kusurlu davranışıyla doğrudan ilgili olmayan durumunu ele almaktadır. Kural 145/1(c)'deki unsurlardan, mahkûm edilen kişinin yaşı ile sosyal ve ekonomik durumu, bireysel durumunu değerlendirmede özellikle önemlidir. Daire bu kısımda ayrıca Kural 145/2(a)(ii)'de belirtilen hafifletici sebebe, yani mahkûm edilen kişinin eylemden sonraki davranışına ilişkin beyanları da değerlendirmiştir.
69. Bay Bemba'nın kusurlu davranışının ağırlığına ilişkin hâlihazırda ele alınmış olan sebeplere ek olarak Savunma, şunların da hafifletici sebep oluşturduğunu ileri sürmüştür: (i) Bay Bemba'nın barışın inşası çabaları, (ii) ailevi durumu, (iii) Mahkeme ile iş birliği, (iv) yeniden suç işleminin beklenmemesi, (v) tüketilmiş kaynakları ve varlıklarının dondurulması, (vi) OAC'de işlenen suçlarda diğerlerinin sorumlu tutulmaması ve (vi) iddia edilen hak ihlalleri. Savunma Bay Bemba'nın yaşının davayla bir ilgisi olduğunu beyan etmediği gibi bu ilgi Daire için de bariz değildir. İddia Makamı ve Yasal Temsilcinin ikisi de bu davada hafifletici sebeplerin bulunmadığını beyan etmiştir.
70. Statü ve Kurallar'ın açık lafzı gereğince Daire, bütün bireysel veya hafifletici sebeplerin kişisel olarak Bay Bemba ile ilgili olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle Daire, Bay Bemba'nın üçüncü taraf eylemlerinden sorumlu olduğuna veya bunlara katkıda bulunduğuna dair bir belirti olmadığından Bay Bemba dışındaki kişilerin –örneğin KKH'nin diğer üyelerinin, Savunma ekibinin üyelerinin ve eşinin– eylemlerine dayanan hafifletme taleplerini reddeder. Daire ayrıca Savunmanın Bay Bemba'nın tekrar suç işleminin olası olmadığına, teslim olup İddia Makamı ile iş birliği yapmaya istekli olduğuna, varlıkları dondurulmadan önce mağdurları tespit edecek araçlara sahip olmadığına ve geçmişte veya şimdi mağdurlara yardım etmeye istekli olduğuna dair iddiaları için somut destek sunmadığını belirtmiştir. Herhangi bir somut belirti olmaksızın Daire'nin yalnız Bay Bemba'nın ve Savunmanın iddialarına dayanarak yapmış olabileceği ya da ileride yapabilecekleri hakkında soyut nitelikte spekülasyon yapması beklenemez. Bu nedenle Daire, hafifletmeye ilişkin bu tür beyan ve talepleri daha fazla dikkate almamıştır.

## 1. Barışın İnşası

71. Savunma, KKH'nin Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde (DKC) demokratik bir devlet kurma amacı ile kurulduğunu ve bu bağlamda KKH'nin Lusaka Ateşkes Anlaşması ve Sun City müzakerelerine taraf olduğunu belirtmiştir. Savunma ayrıca 2001 yılında Bay Bemba'nın Ituri şehrindeki Hema ve Lendu kabileleri arasındaki yüzyıllık çatışmanın sona erdirilmesini sağladığını belirtmiştir. Son olarak Bay Bemba'nın, DKC'nin Équateur şehrindeki nüfusun refahına olan desteğinin de hafifletici bir sebep olduğunu ileri sürmüştür. İddia Makamı ve Yasal Temsilci, Savunmanın Bay Bemba'nın DKC'deki barış ve güvenin tesis edilmesindeki katkısını kanıtlamadığını beyan etmiştir.
72. Daire, barışın ve uzlaşmanın teşvik edilmesinin ancak gerçek ve somutsa hafifletici sebep teşkil edeceğini düşünmektedir. Bu arada mağdurlar dışındaki kişilere yardımın ve mağdurlara yönelik seçici yardımın cezayla ilgisi, varsa bile, sınırlıdır.
73. Daire, Bay Bemba'nın DKC'de sarf ettiği iddia edilen barışın inşası ve insani yardım çabalarının samimi ve gerçek olduğundan ve uygulandığından şüphe etmesine sebep olan çeşitli belirtilere dikkat çekmiştir. Örneğin Hükümde Daire, Kongo Kurtuluş Ordusu (Armée de libération du Congo) Ekim 2002'de hâlâ varlığını sürdürdüğü ve silah bulundurduğu için, Bay Bemba'nın imzaladığı 1999 Lusaka Ateşkes ve Silahsızlanma Anlaşmasının hiçbir zaman uygulanmadığını belirtmiştir. Benzer şekilde P15, 2002 yılının başında Sun City'de ulaşılan ilk anlaşmada kendisine atfedilen rolden memnun olmadığından Bay Bemba'nın bunu uygulamayı reddettiğini, böylece yaklaşık bir yıl sonra, 2003 yılının başında ikinci bir anlaşma imzalanana kadar müzakereleri ertelediğini ve zorlaştırdığını ifade etmiştir. Ayrıca Daire, Bay Bemba'nın Hema-Lendu çatışmasına son verilmesinde oynadığı rolü desteklemek için Savunmanın sadece Bay Bemba'nın "Le choix de la Liberté" (Özgürlük Seçimi) adlı kitabına atıf yaptığını belirtmiştir. Ayrıca D63, Bay Bemba'nın bu tür müzakerelerde oynadığı rolle ilgili net veya ilk ağızdan bilgi verememiş, sadece KKH'nin gelmesinden sonra ihtilafın "bir şekilde sakinleştirildiği" şeklinde ikinci ağızdan açıklamaları tekrarlamıştır.
74. Daire, yukarıda belirtilen müzakereler ve diğer eylemler öncesinde, sırasında ve sonrasında Bay Bemba ve KKH'nin (i) KKH askerlerinin birçok öldürme, tecavüz ve yağma eylemi gerçekleştirdiği 2002-2003 OAC Operasyonuna ve/veya (ii) iddialara göre KKH askerlerinin sivillere karşı suç işlediği DKC'nin diğer bölgelerindeki çatışmalara katıldıklarını vurgulamıştır.

75. Her halükârda Daire, Bay Bemba'nın DKC'de barışa ve Équateur nüfusunun refahına katkı sağladığını kabul edecek olsa bile, bu çabaların kendi başlarına OAC ile ilgisiz olduğunu belirtmiştir. D63, “Kongo’da çok sıkıntılı zamanlarda bize yardım eden, bizi destekleyen ve işlerimizi düzene sokan ... aynı kişi nasıl olur da ... aynı kişi nasıl [OAC’de] kendini bir canavara dönüştürebilir?” diye yas tutmuştur. D63 kendi sorusunu cevaplamıştır. Équateur’da, KKH'nin politik hedeflerinin ve motivasyonlarının en azından biraz insani yardıma çevrildiğini ifade etmiştir. Bu arada Daire'nin görüşüne göre, Bay Bemba'nın politik hedefleri ve motivasyonları, OAC’de, mahkûm edildiği insanlığa karşı suçlar ile savaş suçlarının işlendiği koşulları yaratmıştır.
76. Hafifletici bir sebep oluşturmaktan ziyade Daire, Bay Bemba'nın DKC'de barışa ve Équateur nüfusunun refahına katkıda bulunduğu iddialarının onun barışın inşası çabalarına katılma ve sivillere yardım etme konusundaki deneyimini ve kapasitesini gösterdiğini düşünmektedir. Ancak aynı çabayı OAC’de göstermesi için yapılan davetlere ve tekrarlanan fırsatlara rağmen bunu yapamamıştır. Bu nedenle Daire, Bay Bemba'nın DKC’de barışı desteklemek veya Équateur’daki sivillerin yaşamını iyileştirmek için gösterdiği iddia edilen çabanın bu davadaki cezasıyla ilgisiz olduğunu düşünmektedir. Gösterdiği çaba, eylemlerinin haksızlığına dair bir farkındalık veya OAC’de barışı destekleyerek ve mağdurlara yardım ederek yaptıklarını telafi etme niyetini göstermemektedir. Savunmanın Bay Bemba'nın iyi karakterini kanıtlamak için bu aynı çabalara dayandığı ölçüde Daire aynı hususların geçerli olduğunu düşünmektedir. Bay Bemba'nın DKC’de barışa ve Équateur’daki sivillere yönelik seçici çabalarına karşılık OAC’de bu tür önlemleri almayı reddetmesi, onun iyi karakterini göstermemiştir.

## 2. Ailevi Durumu

77. Savunma, Bay Bemba'nın bir eşi ve tutuklanmasından bu yana bir babanın duygusal, finansal ve eğitsel ilgisinden mahrum bırakılmış beş çocuğu olduğunu bildirmiştir. Ayrıca Bay Bemba'nın “yetişkinliğe geçişlerinde onların hayatlarının parçası olmaktan” mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür. Son olarak Savunma, Bay Bemba'nın ailesi ile diğerlerinin kendisi tutukluken öldüğünü ve Bay Bemba'nın bazılarının mezarlarını ziyaret edemediğini bildirmiştir. İddia Makamı bu gibi koşulların ilgisiz olduğunu belirtmiştir. Yasal Temsilci, bu koşulların, suçların ağırlığına göre daha ağır olduğunu belirtmiştir.

78. Daire, Savunma tarafından iddia edilen aile durumunun birçok hükümlü kişi için benzer olduğunu ve istisnai olmadığını düşünmektedir. Dolayısıyla bu davada hafifletici bir sebep teşkil etmemiştir.

### 3. Mahkeme ile İş Birliği

79. Savunma, Bay Bemba'nın mahkeme salonundaki, tutuklu olduğu zamanki ve geçici olarak salıverildiğindeki davranışının “övgüye değer”, “kusursuz” ve “örnek” olduğunu ileri sürmüştür. İddia Makamı ve Yasal Temsilci, Bay Bemba'nın iyi davranışının dava ile ilgisiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıca İddia Makamı, Kalem Teşkilatının raporunda iddia edilen ihmaller ışığında Daire'nin, Bay Bemba'nın Gözaltı Merkezindeki telekomünikasyon sistemini kötüye kullandığına dair iddiayı dikkate alması gerektiğini ileri sürmüştür. Savunma, Daire'nin bu tür delilleri in limine<sup>7</sup> reddetmesini talep etmiştir çünkü bunlar (i) Kalem Teşkilatının raporuna cevap vermemektedir, (ii) kanıt değeri taşımamaktadır ve (iii) hem İddia Makamı v. Jean-Pierre Bemba Gombo ve diğerleri (dava “ICC-01/05-01/13”) davasından delil göstermeye ilişkin Daire kararını hem de ilgili beyan tarihlerini ihlal etmiştir.
80. Daire ICC-01/05-01/13 davası ile ilgili önceki kararlarını hatırlatmıştır. Bay Bemba'nın, Gözaltı Merkezi'nden iletişimi kötüye kullandığına dair iddia 7. Dava Dairesi önündeki suçlamalar kapsamına girmektedir. Bunu cezalandırma amacıyla bu davada değerlendirmek uygunsuzdur. Her halükârda Daire, Savunmanın sunduğu gibi, Kalem Teşkilatının raporu vermeden önce İddia Makamı tarafından belirtilen bilgilerin farkında olduğunu düşünmektedir.
81. Daire, ICC-01/05-01/13 davasının sonucunu bir kenara bırakarak, diğer açılardan Bay Bemba'nın tutukluluk halinde, duruşmalarda ve şartlı salıverilmesinde iyi bir davranış sergilediğini düşünmektedir. Daire, Bay Bemba'nın bu bağlamlardaki davranış ve iş birliğinin övgüye değer olduğunu kabul etmiştir. Ancak iyi hal ve hukukla iş birliği bütün sanık veya hükümlü kişilerden beklenmektedir ve bu nedenle istisnai olmadıkça hafifletici sebep teşkil etmemektedir. Daire, Bay Bemba'nın davranış ve iş birliğinin istisnai olduğuna ikna olmamıştır. Bundan dolayı bu davada hafifletici sebep oluşturmamıştır.

---

<sup>7</sup> Usulen.

#### 4. Tüketilmiş Kaynaklar ve Dondurulmuş Varlıklar

82. Savunma, Bay Bemba'nın yargılama ve tazminat sürecine kattığı kaynakların yanı sıra dondurulan ve el konulan varlıklarının değer kaybetmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan zararların cezasını hafifletmesi gerektiğini belirtmekte, bu tür zararların yaptırım oluşturduğunu ve onun zararına işlememesi gerektiğini ima etmiştir. İddia Makamı bu tür beyanların dayanaktan yoksun ve spekülatif olduğunu beyan etmiştir.
83. Daire, Bay Bemba'nın mal ve varlıklarının Madde 57/3(e)'ye uygun olarak tespit edilmesi, bunlara el konulması ve bunların dondurulması ile ilgili kararın, özellikle mağdurların nihai yararına elden çıkarma amacıyla bir koruyucu önlem teşkil ettiğini vurgulamıştır. Bu bir yaptırım değildir. Buna göre Bay Bemba'nın, uygulanan herhangi bir ceza ve dondurma kararından dolayı iki kat cezalandırılma riski yoktur.
84. Savunma, dondurma kararından dolayı Bay Bemba'nın mallarının değer kaybettiğini ve borçların artmış olduğunu beyan etmekteyse de bu tür konuları Kalem Teşkilatı ile ele almak veya konuyu uygun zamanda diğer yetkili makamlarla görüşmek üzere mevcut ve makul önlemleri tükettiğini iddia etmemiştir. Bu durumda ve önündeki bilgilerle Daire, Bay Bemba'nın mallarının değer kaybettiği iddialarına ilişkin Savunma beyanlarını değerlendirememiştir. Her halükârda mağdurların nihai yararına uygulanan bir koruyucu önlem olarak Bay Bemba'nın varlıklarına el konulmuş ve varlıkları dondurulmuştur. Bu gibi konular bu nedenle yargılamanın tazminat aşamasında daha iyi ele alınmakta olup cezayla ilgili değildirler. Buna rağmen Daire, Bay Bemba'nın mağdurlara tazminat ödenmesi amacıyla herhangi bir girişimde bulunmuş olduğuna dair bir belirti bulunmadığına dikkat çekmiştir.

#### 5. Diğerlerinin sorumlu tutulmaması

85. Savunma, suçlardan sorumlu olduğu iddia edilen ancak soruşturulmamış veya kovuşturulmamış olan diğerlerini tespit ederek, Bay Bemba'nın OAC'de işlenen suçlardan dolayı ceza alan yegâne kişi olacağını beyan etmektedir. Savunma, Bay Bemba'nın bu sorumlu tutulmamanın sorumluluğunu üstlenemeyeceğini ve tek başına mahkûm edileceği gerçeğinin cezasını hafifletmesi gerektiğini iddia etmiştir. İddia Makamı iddia edilen bu durumun ilgisiz olduğunu belirtmiştir.



86. Yukarıda belirtildiği gibi, başkalarının suçlarını soruşturmama da dahil olmak üzere üçüncü tarafların davranışlarına dayanan beyanlar, daha fazlasını içermiyorsa, suçların ağırlığına ve Bay Bemba'nın bireysel durumuna uyarlanması gereken uygun ceza ile ilgisizdir. Daire, Savunma'nın bu durumun Madde 78/1 veya Kural 145'te belirtilen unsurlardan biriyle olan ilgisini gösteremediğini düşünmektedir. Her halükârda İddia Makamı tarafından sunulduğu ve Savunma tarafından kabul edildiği üzere, OAC'de UCM'nin soruşturmaları devam etmektedir. Savunmanın, diğerlerinin soruşturulmayacağı veya kovuşturulmayacağı iddiaları bu nedenle spekülatif ve asılsızdır.

## 6. Hak İhlalleri İddiaları

87. Savunma, yargılamanın seyrindeki gecikmelerin yanı sıra Bay Bemba'nın ayrıcalıklara, dokunulmazlıklara, mahremiyete ve açıklama yapmaya ilişkin haklarının iddiaya göre ihlal edilmiş olmasının hafifletici etken oluşturduğunu ileri sürmüştür. İddia Makamı, iddia edilen gecikmeler ve hak ihlalleri için herhangi bir hafifletmenin garanti edilmediğini beyan etmiştir.

88. Teknik açıdan hafifletici bir sebep olmamasına rağmen, istisnai durumlarda, hükümlü kişinin kusuruna bağlı olmaksızın yargılama süresi orantısız olduğunda veya diğer hak ihlallerinde mahkûmiyet süresinin kısaltılması telafi edici olabilir. Bununla birlikte, özellikle tutuklu olarak geçen süre için hükümlü kişiyi alacaklı kılan Madde 78/2 ışığında Daire, hükümlü kişinin bir ihlal göstermemesi halinde bu unsuru değerlendirmek zorunda değildir.

89. Savunma, Bay Bemba'nın haklarının ihlal edildiği iddiasını temellendirmemekte ve hatta ceza indiriminin neden uygun bir telafi olacağını dahi açıklayamamıştır. Yargılamalar boyunca Daire, iddia edilen hak ihlallerini ele almış ve uygun düştüğü ölçüde telafi etmiştir. Savunma, Daire'nin bu kararları yeniden gözden geçirmesini talep etmediği gibi Daire de bunu *proprio motu*<sup>8</sup> yapmak için bir sebep görmemiştir. Dolayısıyla Daire, Savunmanın iddia ettiği bu hafifletici sebep hakkındaki görüşlerini daha fazla dikkate almamıştır.

---

<sup>8</sup> Re'sen.

#### IV. CEZANIN BELİRLENMESİ

90. İddia Makamı, Bay Bemba'nın cezasının 25 yıldan az olmamak üzere hapis cezası olması gerektiğini beyan etmiştir. Yasal Temsilci, Bay Bemba'nın üst sınırın ötesinde bir cezayı hak ettiğini ileri sürmüştür. Savunma, Bay Bemba'nın daha önce uluslararası ceza mahkemelerinde komutanlara verilen cezalara göre daha düşük sınırlarda tek bir ceza alması gerektiğini ileri sürmüştür. 12 ila 14 yıl aralığı dışındaki hapis cezasının Bay Bemba'nın haklarını ihlal edeceğini vurgulamıştır.
91. Yukarıda belirtildiği gibi Daire, Kural 145/1(a) ve (b) uyarınca, hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler dahil ilgili bütün unsurları dengeleyerek hem hükümlü kişiye hem de suça ilişkin durumları dikkate almalıdır. Mağdurlara verilen zararı yeterince ve lâyıkıyla teslim edip cezalandırmanın hedeflerini yerine getirebilmek için Daire, suçların ağırlığı ve mahkûm edilen kişinin bireysel durumu ve kusurluluğu ile orantılı bir cezaya hükmetmelidir. Daire, çeşitli hukuk geleneklerinin yerel yargılama yetkilerinin aksine, Mahkemenin yasal çerçevesinin belirli suçlar veya sorumluluk türleri için bireyselleştirilmiş cezalandırma aralıkları sağlamadığını belirtmektedir. Madde 77/1 uyarınca Daire, Madde 5'te adı geçen herhangi bir suçtan hüküm giymiş bir kişiyi 30 yıla kadar hapis cezasına veya suçun aşırı ağırlığı ve hükümlü kişinin bireysel durumu haklı gösteriyorsa ömür boyu hapis cezasına çarptırabilir.
92. Daire, tarafların ve Yasal Temsilcinin Mahkemede, *ad hoc* mahkemelerde ve OAC'de hüküm giymiş kişilere daha önce verilmiş cezalar hakkındaki beyanlarını kaydetmiştir. Ancak bu davaların hiçbiri, büyük ölçüde benzer koşullarda işlenen suçlarla ilgili değildir. Bu nedenle bu davalar, özellikle de Daire'nin cezayı suçların somut ağırlığına ve Bay Bemba'nın bireysel durumuna göre bireyselleştirme yükümlülüğü ışığında, uygun cezayı belirlemede Daire'ye –eğer ederse– çok az rehberlik etmiştir.
93. Daire bu davada öldürme, tecavüz ve yağma suçlarının ciddi bir ağırlığa sahip olduğunu tespit etmiştir. Daire, tecavüz suçları için iki ağırlaştırıcı sebebin geçerli olduğunu tespit etmiştir: suç (i) özellikle savunmasız mağdurlara karşı ve (ii) belirli bir acımasızlıkla işlenmiştir. Hâkim Steiner'in muhalif kaldığı çoğunluk, aynı zamanda yağmalama suçunun da ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirli bir acımasızlıkla işlendiğini tespit etmiştir. Çoğunluk tarafından değerlendirilen aynı unsurlara dayanan Hâkim Steiner, yağma suçunun ağırlaştırıcı sebep olarak özellikle savunmasız mağdurlara karşı işlendiğini tespit etmiştir. Daire, Bay Bemba'nın kusurlu davranışının ciddi bir ağırlığa sahip olduğunu tespit

etmiştir. Son olarak Daire, bu davada hafifletici sebeplerin bulunmadığını tespit etmiştir.

94. Savaş suçu olarak ve insanlığa karşı suç olarak öldürme ayrı bağlamsal unsurları yerine getirirler de bu davada aynı eylemlere dayandıklarından Daire ikisi için de aynı cezaya hükmetmiştir. Aynı şekilde, savaş suçu olarak ve insanlığa karşı suç olarak tecavüz ayrı bağlamsal unsurları yerine getirirler de bu davada aynı eylemlere dayandıklarından Daire ikisi için de aynı cezaya hükmetmiştir. Yukarıda belirtilen tüm faktörleri göz önünde bulundurarak Daire, ordu komutanı olarak etkili bir şekilde hareket eden bir kişi olması dolayısıyla Madde 28(a) uyarınca aşağıdaki suçlardan hüküm giyen Bay Bemba'yı aşağıdaki hapis cezalarıyla cezalandırmıştır:
- Savaş suçu olarak öldürme: 16 yıl hapis cezası,
  - İnsanlığa karşı suç olarak öldürme: 16 yıl hapis cezası,
  - Savaş suçu olarak tecavüz: 18 yıl hapis cezası,
  - İnsanlığa karşı suç olarak tecavüz: 18 yıl hapis cezası ve
  - Savaş suçu olarak yağma: 16 yıl hapis cezası.
95. Daire, aynı eylemlere dayanarak hem savaş suçu hem de insanlığa karşı suç olarak öldürme ve tecavüz suçları için kümülatif mahkumiyetler verdiğine dikkat çekmiştir. Ayrıca tüm suçlar coğrafi ve zamansal olarak bağlantılı olup Bay Bemba'nın sorumluluğu aynı eyleme dayanmıştır. Daire ayrıca verilen en yüksek cezanın, tecavüz suçları için verilen 18 yılın, Bay Bemba'nın kusurluluğunun tamamını yansıttığını da düşünmüştür. Bu şartlarda Daire, savaş suçu ve insanlığa karşı suç olarak öldürme ve tecavüz suçları ile savaş suçu olarak yağma suçu için verilen cezaların eşzamanlı olarak işlemesine karar vermiştir. Son olarak tarafların ve Yasal Temsilcinin, Madde 77/2 ve Kural 146 ile 147 uyarınca para cezası ya da mallarının müsadere edilmesini talep etmediklerine dikkat çeken Daire, bu davada hapis cezasının yeterli bir ceza olduğuna karar vermiştir.
96. Madde 78/2 uyarınca Bay Bemba, bu Mahkeme'nin emri gereğince hürriyet bağlayıcı şartlarda geçirdiği sürenin, yani İkinci Ön Yargılama Dairesi'nin aldığı karar gereğince tutuklandığı 24 Mayıs 2008'den itibaren geçen sürenin cezasından mahsup edilmesini talep etme hakkına sahiptir.

## V. SONUÇ

97. Bu gerekçelerle Daire,

- a) **KARARLAR**, Bay Jean-Pierre Bemba Gombo'yu toplam 18 yıl hapis cezasıyla CEZALANDIRIR;
- b) **EMİRLER**, Bay Bemba'nın tutuklulukta geçirdiği sürenin, bu Mahkemenin emri gereğince, cezasından mahsup edilmesini EMREDER; ve
- c) **BİLGİLENDİRME**, Statü'nün 75. maddesi uyarınca mağdurların uğradığı zararların telafisinin ayrıca değerlendirileceğini taraflara ve katılanlara BİLDİRİR.

98. Hâkim Kuniko Ozaki'nin ayrık görüşü bulunmaktadır.

Hem İngilizce hem de Fransızca dillerinde yayımlanan bu kararın İngilizce versiyonu bağlayıcı olacaktır.

Hâkim Sylvia Steiner, Başkan

Hâkim Joyce Aluoch

Hâkim Kuniko Ozaki

21 Haziran 2016

Lahey, Hollanda