



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanan Çeviri Hukuk Dergisidir)



**Yıl: 1, Cilt:1, Sayı: 2, Temmuz 2011**

[www.humanlawjustice.gov.tr](http://www.humanlawjustice.gov.tr)

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

**ISSN: 2146-1376**

## 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 yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- 3) Çeviriler mutlaka **www.humanlawjustice.gov.tr** adresinden çevrimiçi (online) olarak gönderilmelidir. Çevrimiçi gönderimde sorun yaşanması halinde elektronik posta (taa@adalet.gov.tr) ile gönderimler kabul edilir fakat normal posta yoluyla gönderilen ya da bizzat getirilen çeviriler işleme konmaz.
- 4) Çeviri eser göndermek isteyen yazarlar çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle PDF veya metin (word) olarak göndermek zorundadır. Metin 11,5 Time New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- 5) Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek 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.
- 6) Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyadı, akademik unvan, görev, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- 7) Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- 8) Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

## **SAHİBİ**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Hüseyin YILDIRIM  
Yargıtay Üyesi

\*

## **GENEL EDİTÖR**

Dr. Yalçın ŞAHİNKAYA  
Hâkim

\*

## **EDİTÖRLER**

Nihal TOZLU

Hâkim

Ela YILDIRIM

Hâkim

\*

## **SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ**

Hakan ÖZTÜRK

Hâkim

\*

## **YAYIN KURULU**

Hüseyin YILDIRIM

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Yargıtay Üyesi

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Ankara 16. İdare Mahkemesi Üyesi

Ayşe Neşe GÜL

TAA Eğitim Merkezi Müdürü

Osman ÖRME

TAA Strateji Geliştirme Müdürü

\*

## **YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095, Çankaya-Ankara

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

**E-posta:** taa@adalet.gov.tr **Web:** www.taa.gov.tr

## DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem Sözüer  
Prof. Dr. Ahmet Gökçen  
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz  
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu  
Prof. Dr. Ali Güzel  
Prof. Dr. Anıl Çeçen  
Prof. Dr. Arzu Oğuz  
Prof. Dr. Atilla Özer  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay  
Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Prof. Dr. Bilge Öztan  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin  
Prof. Dr. Ejder Yılmaz  
Prof. Dr. Emine Akyüz  
Prof. Dr. Enver Bozkurt  
Prof. Dr. Erdal Tezcan  
Prof. Dr. Erkan Küzükgüngör  
Prof. Dr. Faruk Turhan  
Prof. Dr. Feridun Yenisey  
Prof. Dr. Fügen Sargin  
Prof. Dr. Gökhan Oral  
Prof. Dr. Hakan Hakeri  
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez  
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu  
Prof. Dr. Hasan Bacanlı  
Prof. Dr. Hasan Tunç  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk  
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu  
Prof. Dr. İhsan Erdoğan  
Prof. Dr. İmdat Elmas  
Prof. Dr. İsmail Kayar  
Prof. Dr. İsmail Kırcı  
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin  
Prof. Dr. Kayıhan İçel  
Prof. Dr. Kemal Gözler  
Prof. Dr. Kudret Güven  
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyzioglu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih CENGİZ  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçin  
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tevfik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Biçer  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Hakemlerin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu [www.humanlawjustice.gov.tr](http://www.humanlawjustice.gov.tr) adresinde bulunmaktadır.

## İÇİNDEKİLER

Basın Özgürlüğü, Basında Haber Kaynağının Hakları ve Korunması .....	1-12
Çeviren: Doç. Dr. Müslüm AKINCI	
Saldırganlık Suçunda Kampala Uzlaşması .....	13-65
Çeviren: Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN	
İflasta Takas ve İflasta Takasın Caiz Olmadığı Haline Örnek Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı .....	66-76
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H.Özden ÖZKAYA FERENDECİ	
Avukatın İletişiminin Dinlenmesi Hakkında Alman Anayasa Mahkemesi Kararı .....	77-86
Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL-Yrd. Doç. Dr. Murat BALCI	
Karşılaştırmalı Hukukun Yöntem ve Görevleri: İddia Pazarlığı Örneği .....	87-101
Çeviren: Dr. Öznur SEVDİREN	
Adalet Yüksek Mahkemesi Aile Dairesi'nin Yabancı Taşiyıcı Anneliğe Dair 09.12.2008 Tarihli Kararı .....	102-118
Çeviren: Dr. Eylem APAYDIN	
Gecekondu Anayasa Mahkemesi'ne Küresel Kentlerin Yönetiminde İhtilafı Bir Aksaklık .....	119-148
Çeviren: İsmail AKSEL	
Anayasal Reform Kanunu 2005-Yargı Bağımsızlığını Korumanın İngiliz Yolu .....	149-165
Çeviren: Araştır. Gör. Serkan YOLCU	



# BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ, BASINDA HABER KAYNAĞININ HAKLARI VE KORUNMASI<sup>1</sup>

Prof. Dr. Lena MARCUSSON

Çeviren: Doç. Dr. Müslüm AKINCI\*

## GİRİŞ

Basın hukukunda habercinin hakları ve korunması, İsveç'te görsel-işitsel iletişim özgürlüğüne dair düzenlemelerin en önemli konuları arasında görülür. Demokratik akidenin bütünleyici parçacı olan ifade özgürlüğü, bilgiyi elde etmenin yol ve aracı; bir kimsenin kamusal işlerle ilgili hususları açıklama ve tartışmanın öngereği olarak algılanır. Geleneksel basın özgürlüğü temelde kamu otoritesi ile ilintili olarak güvence altına alınmıştır. Fakat yıllar boyunca yasama organı ve kamuoyu tartışmalarında, özel girişimi veya farklı türden yarı-özel örgütleri ilgilendiren hususların da toplum için yaşamsal öneme sahip olduğu ve bu yüzden müzakereye daha açık olmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.

Bu makalede haber (bilgi) kaynağının İsveç hukukundaki konumunu tanımlamaya, habercinin hakları ve korunmasına yönelik reform önerileri hakkındaki tartışmalara dikkati çekmeye çalışacağım.

### 1. 1949 Tarihli Basın Özgürlüğü Yasası

1949 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası (BÖY), dünyada kendi alanında bir ilkörnekleme olan 1766 tarihli yasanın ardıdır. İsveç'te "Özgürlük Çağı" olarak adlandırılan yıllarda bu yasaya öyle büyük bir değer atfedildi ki, temel kanunlardan biri sayıldı. Çağdaş temel yasalar kavramı aynı dönemde geliştirilerek; bu kategoride sayılanlarda yapılacak herhangi bir değişiklik Parlamentonun nitelikli oyçokluğuna bağlanmıştır. 1949 tarihli yasanın karakteristik özelliği, sadece basın özgürlüğünü değil, aynı zamanda bu özgürlüğün ayrıntılı nitelikleri ve sınırlarını belirlemesidir.

<sup>1</sup> **Marcusson**, Lena (1993), "Freedom of the Press, Rights and Protection of Informants to the Press", **Modern Legal Issues An Anglo-Swedish Perspective** (Ed. Ulf Göranson), Uppsala: Justus Förlag, s.217-230

\* Kocaeli Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İfade hürriyetinin öteki sınırlandırmaları, yine de sıradan bir yasa ile düzenlenebilir. 1974 tarihli Esas Teşkilat Kanunu (*Instruments of Government*)’nda, ifade hürriyeti ve bilgi edinme hakkı genel olarak güvence altına alınmış ve sıradan kanunlarla sınırlandırılabilmesi öngörülmüş olmakla birlikte, bu sınırlandırmanın sadece demokratik bir toplumda kabul edilebilir bir amaca ulaşmak için geçerli olacaktır. Bu türden bir sınırlandırmanın öngörülmesinde özel usuli güvencelerin geliştirilmiş olması gerekir.

1991’de İsveç devleti, televizyon, video ve film sektörü gibi görsel işitsel yayıncılığın diğer alanını da kapsayacak şekilde BÖY’nin modelini daha da genişletmiştir.

Basın Özgürlüğü Yasası herkesin düşüncesini ifade etme, yazıya dökme, resmi belgelere ulaşma ve bilgilendirme özgürlüğünü güvence altına alır. Dahası, herkesin bilgiyi yay(ımla)mak üzere basına (yazar veya bir yayıncı ya da kablolu Tv olabilir) verme hakkı olduğunu kabul eder.

Yasa özgürlük ve korumayı birkaç önemli açıdan güvenceler:

#### **A. Basma ve Yayma, Basılı Eseri Dağıtma Hakkı**

2 Basın Özgürlüğü Yasası sınırlandırmanın da sınırları başta olmak üzere, yayıncılıkla ilgili cezai sorumluluk ve usul hükümlerini düzenler. Bunlar arasında en önemli hüküm, sansür yasağına dair olanıdır. İdare (kamu gücü) basılı eserlerin basımı, yayımı ve dağıtımından önce bir engel çıkaramaz. Böyle bir müdahale, basın özgürlüğünün doğasına aykırı düşer. Savaş hali gibi, bazı istisnai durumlarda mahkeme bir süreli yayının yayınlanmasını altı aya kadar yasaklama (durdurma) kararı alabilir.

Basın Özgürlüğü Yasası neyin yayınlanıp, neyin yayınlanamayacağına dair sınırı belirler; basının yayın özgürlüğünü kötüye kullanma durumunda idarenin alabileceği zorlayıcı tedbirleri de düzenler. Basılı eserin içeriğinden sorumluluğu, onu hukuka aykırı biçimde yayımlayana yüklenmiştir. Bu kişi süreli yayında editör ve bir kitapta veya süreli olmayan başka bir yayında ise yazarın kendisidir. Bu, bir tür kusursuz sorumluluk durumuna tekabül eder. Basın Özgürlüğü Yasası kimin, hangi durumda, neyden sorumlu olduğu hususlarını ayrıntılandırır.

#### **B. Kamusal Belgelere Erişim**

Yasama organı kamuya açıklık ilkesi gereğince, istemde bulunanın bunu hangi saikle istediğini sorgulamaksızın, bilgi ve haberin idare tarafından



kamuya açık tutulacağına dair düzenleme yapmıştır. Kamusal belgelere erişim hakkı basında kamuyu ilgilendiren konular bakımından oldukça önem arzeder. Her yurttaş resmi belgelere erişimi talep edebilir. İdarenin eline geçen veya kendisinden sadır olan her türden bilgi ve belge “resmi” kabul edilir ve erişime açıktır.

Basın Özgürlüğü Kanunu’na göre bazı çıkarları korumak için belli bilgi ve belgeler “sır” kapsamında değerlendirilebilir. Bunlar kişinin bütünlüğü, kişisel veya mali durumu ile ilgili olanlar ve ulusal güvenlikle ilgili olanlardır. Resmi belgelerin tasnifi Basın Özgürlüğü Kanunu’da yapılmış olup, bunlara erişim konusundaki yasaklamanın sınırı ve şartları ise 1980 tarihli Sır Kanunu’nda düzenlenmiş bulunmaktadır. Eğer belge resmi ise ve içindeki bilgi gizli değilse, idare onu herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin erişime açık tutmak zorundadır.

### **C.Bilgi Edinme Hakkı**

Yayım için bilgi alışverişinde bulunan insanlar birkaç açıdan korunmuştur. Gazeteciler, haberin kaynağını açıklamamakla yükümlü olup; bilgi kaynağı hukuki süreç boyunca anonim kalma hakkına sahiptir. Haber veren sadece Basın Özgürlüğü Kanunu’nda belirtilmiş olan bilgileri açıklamak dolayısıyla kovuşturulabilir.

### **2. Sır Düzenlemesi**

Kamusal bilgilere erişim hakkı Basın Özgürlüğü Kanunu’nda düzenlenmesine karşın, bu hakka dair sözlü ya da yazılı nitelikteki gizli bilgilere uygulanan sınırlandırmalar Sır Kanunu’nda bulunabilir.

BÖY, sırrı belli menfaat kategorilerine göre düzenler. Yasası’nın İkinci Bölüm’de bu türden menfaat kategorilerine değinilir: ülke (Kraliyet) güvenliği, merkezi mali politikalar, suçun önlenmesi ve kişinin (bütünlüğünün) korunması veya kişilerin ekonomik durumlarının korunması gibi başlıca nedenler sıralanır. Sır Kanunu’nda korunmaya değer görülen menfaatler kamu idaresinin farklı alanlarına ve bu alanlara özgü farklı bilgilere ilişkin olmalıdır. Örneğin, sosyal refah idaresinde, bireylere herhangi bir zarar vermeksizin açıklanamayabilecek olan bilgiler sır kapsamında değerlendirilir.

Belirli bir başvuruda ilgili idare bir belgenin tümü veya bir kısmını ifşa konusunda karar verirken ilgili kimsenin menfaatinin ne ölçüde zedelenebileceği hususunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer hukuken

sır saklamakla yükümlü bir kimse, gizli bir bilgi veya belgeyi ifşa ederse Ceza Kanunu'na göre sır yükümlülüğünü ihlalden sorumlu olur.

Bir haber kaynağının sır yükümlülüğünü şifaî olarak ihlal ettiği her durumda ceza sorumluluğu işletilmez. Bu bakımdan Sır Kanunu bilgi kaynağına (*informanta*) yayın konusunda bir ayrıcalık tanır. Yasa'nın sadece Onaltıncı Bölümü'nde tanımlanmış olan hallerde sessiz kalma "yükümlülüğü" öngörülmektedir. Bu Bölüm'de Sır Kanunu'nun bu maddeleri tasrih edilmekte ve ketumiyet konusundaki diğer hükümler yer almaktadır. Zira burada habercinin hakları sessiz kalması gerekene kıyasla ikincil derecede kalmaktadır. Bu noktada öteki pek çok örnek arasında şunlar sıralanabilir: bir duruşmada kapalı kapılar ardında söylenenler, gizli bir karar ve bir hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi (açıklanması halinde hastanın menfaatinin önemli ölçüde ihlal edilebilecek ve açıkça yayınlanabileceği belirtilmemiş olan bilgiler). Bu sadece örnek kabilinden Yasa'nın düzenlediği sır kategorisine dahil örneklerden bazılarıdır. Bunların çoğu kamu görevlilerini ilgilendirmesine karşın, bazıları (avukat-müvekkil ilişkisi gibi) özel hukuk ilişkilerine de uygulanabilir.

#### 4 3. Açığa Vurma (İfşa) Suçları

Habercinin haklarının çekirdek alanının önemli bir kısmı basılı eserlerden dolayı cezai sorumluluğuna ilişkindir. Basın Özgürlüğü Kanunu'nda yayım özgürlüğüne karşı suçlar ile habercinin suçları da dâhil, Kanun'daki öteki suçlar arasında bir ayırım yapılır. Bir haberci, yayım özgürlüğüne karşı suçlardan dolayı sorumlu tutulamaz. Basın Özgürlüğü Kanunu, cezai fiilleri tanımlar ve bir fiilin aynı zamanda ceza normları ile yaptırıma uğrayabileceği durumları belirler.

Basın Özgürlüğü Kanunu'nda "hukuka aykırı açıklamalar" deyimini ayrıntılarıyla tanımlanır. Ör. Vatana ihanet, isyana teşvik, fesatlık, hakaret veya tahkir gibi suçlar aynı zamanda Ceza Kanunu'nda yaptırım öngörülen fiillerdir. "Hukuka aykırı yayın" deyimini ise, sır (gizli) sayılan bir belgenin yayımı veya Sır Kanunu veya Ceza Kanunu gereğince sır saklamakla yükümlü olan bir kimsenin bu sırrı ifşa etmesi durumunda Basın Özgürlüğü Kanunu, bu kanunlara göndermede bulunur. Şayet Parlamento sır kurallarının kapsamını genişletirse, yayım yasağına ilişkin daha sıkı düzenlemeler getirmiş olur.

Yayımdan sorumlu olan kişinin aynı zamanda sır saklamakla yükümlü olanla aynı kişi olması durumu nadiren gerçekleşebilir. Tipik bir örnek

durum şu olabilir: sır saklamakla yükümlü olan bir kimse bu sorumluluğunu ihlal ederek sırrı ifşa eder veya bir yayıncının eline verirse bu, Basın Özgürlüğü Yasası 'na göre 'hukuka aykırı açıklamalar'dan sayılır ve yaptırıma tabidir.

Bir kimsenin Basın Özgürlüğü Kanunu'na göre suç işlediği ileri sürülürse savcılık derhal kovuşturma başlatır. Üç meslekten yargıç ile dokuz kişilik bir jüri (meslekten olmayan yargıçlar) önünde yargılanır. Fiil suç oluşturuyorsa hükmü, jüri verir. Jürinin kararını yargıçlar değiştiremez. Jüri kararını verdikten sonra yargıç heyeti beraatine veya daha hafif cezaya hükmedebilir. Sıklıkla söylenen odur ki, jüri neredeyse hiçbir zaman bu tür davalarda zanlının mahkûmiyetine karar vermez. Basın Özgürlüğü Kanunu, temel tavsiye (*instruction*) olarak şöyle bir hüküm getirmiştir: jüri her zaman basın özgürlüğünün özgür bir toplumun temeli olduğunu göz önünde bulundurması, muhakeme yaparken ifade şeklinden (sunumdan) çok, amaçlanan niyette hukuka aykırılığın aranması ve şüphe (ya da ikileme düşülmesi) halinde aklamadan yana oy kullanması gerekir (Basın Özgürlüğü Yasası Bölüm I, m.4).

#### **4. Habercinin Hakları**

Basında “haberci” deyimini andığımızda, bundan iki tip haberci murad edilir: geleneksel anlamda haberci (gizli bilgiyi elde edip bir yayıncıya ulaştıran, satan veya ifşa eden kimse), ikincisi ise basılı esere katkı sunan/katılan çalışan gazeteci, yazar veya yayın şirketinin öteki mensubu olabilir. Bu gruptakiler yukarıda zikredilen yasal düzenleme gereğince ceza yaptırımından muaf olmasına karşın bilginin iletiminden, sütunların hazırlanmasından dolayı sorumlu tutulabilirler. Bu iki tip habercinin hakları iki başlık altında ele alınabilir: habercinin özgürlüğü ve habercinin korunması.

##### **4.1. Habercinin Özgürlüğü**

Habercinin özgürlüğü, ceza veya disiplin yaptırımlarından bağımsızlığını ifade eder. Şu kadar ki, bu yaptırımlar Basın Özgürlüğü Kanunu'nda öngörülmüş olmalıdır. Örneğin, bir kamu idaresinde çalışan bir bilgi kaynağı, kurumun bilgi verme yükümlülüğüne zarar vermesi nedeniyle, Kanun'da aksi öngörülmedikçe, herhangi bir cezai yaptırım tehdidiyle karşı karşıya bırakılamaz. Burada özgürlük, bilginin açıklanmak üzere tasnif edilme şartına bağlıdır. Bu serbesti idarenin ajanları için kural olarak geçerli olmasına karşın bir işverene sözleşme ile bağlı olarak çalışan veya çalışma şartları ile ilgili olarak sır saklama yükümlülüğü

konusunda akdi bir sorumluluğu olan kimse bakımından bu geçerli değildir.

Basın Özgürlüğü Yasası'nda öngörülen haber kaynağının kovuşturulmasına dair özel şartlar (haber kaynağının serbestîlerini kısıtlayan haller) nelerdir? BÖY Bölüm 7, m.3'de eğer bir kimse bir açıklama yapar veya açıklama yerine geçebilecek bir fiile katkı sunarsa üç farklı durumda sorumlu tutulabilir:

a) Ülke güvenliğine karşı suçlar kategorisinde görülen bir fiil; örneğin vatana ihanet, casusluk veya gizli bir bilginin yetkisiz olarak açıklanması gibi. Sonuncusuna dair, örneğin bir gazeteci hayatı bir konu hakkında araştırma yapar ve bunu yayınlamaya hazırlırsa “hazırlık suçu” kapsamında değerlendirilebilir.

b) Eğer bir kimse belgenin gizliliği kuralı hilafına davranır da başkasına tevdi eder veya yayıma hazır halde bulundurursa; bu durumda Ceza Kanunu anlamında sırrın ifşası suçunu işlemiş olur. Bir kamu idaresinde çalışan kimse kasden gizli bir bilgiyi elden çıkarır ve gazetecinin eline geçmesini sağlarsa, bu suçtur. Bir başka örnek, bir gazetecinin açıkça yayın yasağı konmuş olan bir belgeyi ilgili idareden sızdırması durumunda sözkonusu olabilir.

c) Eğer bir kimse kasden yasa gereğince sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse (görevi ihmal). Bu, gizli olguların iletimi fiili ile ilgili kuralı içerir, dokümanları değil. Bu bağlamda, her türden gizli bilgileri içine almaz. Sır Kanunu'na göre “gizli” olarak tasnif edilmiş olan olguların olması gerekir.

Bir normal (sıradan) kanun ile Sır Kanunu'nda bir değişiklik yaratacak yeni düzenlemeyle yasamanın kuramsal olarak temel bir kanunda güvence altına alınan bir hakkın kapsamı da değişmektedir. Bu türden bir değişiklik, nitelikli çoğunlukla aksi kararlaştırılmadıkça, 10 parlamenterin vereceği önerge ile 1 yıllığına yürürlüğü ertelenebilir

Elbette ki, gizli belgelerin ‘yayımları’ ile gizli bilgilerin ‘ifşası’ arasında varolan mutlak ayrımı tam olarak açıklamak zordur. Genel olarak belgelerin yayınlanmasının daha zararlı olduğunu birileri kabul etse bile, yine de bir memurun belgenin içeriğini telefonla nakletmesi ve alıcının bunu kaydetmesi ile belgenin elden verilmesi arasında büyük bir fark varmış gibi gelmiyor.

## 4.2. Bilgi Kaynağının Korunması

Bilgi kaynağının korunması, yayın özgürlüğü aleyhine haber kaynağının bir ceza davasında kimliğinin ifşa edilme yasağı ile sağlanmaktadır. Dahası, gazetecilerin anonimlik hakkından yararlanmak isteyen bilgi kaynağının kimliğini ifşa etmesi ceza yaptırımını sebebidir.

Bazı bakımlardan bilgi verenin korunması, bilgi kaynağının özgürlüğünden daha kapsamlı olabilmektedir. Korumanın iki kısmı bunun için öne çıkabilir: Birincisi, anonimlik hakkı ve bilgi verenin kimliğinin korunması. Bu hak gazeteci ve editörler bakımından bilgi kaynağı ile ilgili olarak sır saklama mükellefiyetince korunmuştur. Bu yükümlülük belli özel durumlar hariç, bir gazetecinin tanık sıfatıyla mahkemeye çağrıldığı hallerde de geçerlidir. Bununla birlikte istisnai bazı haller vardır:

- a) Bilgi kaynağının rızası
- b) Bilgi kaynağının kendisinin bazı fiiller bakımından suçlu olduğu haller. Bu durumda suçun açığa çıkarılma yükümlülüğü vardır.
- c) Yargının bazı kanıt araçlarına ulaşmak için gizliliğin kaldırılması kararı verdiği hallerde. Bu durumda bir tanık, bilgi iletme suçu ile suçlanan zanlının kimliğine ilişkin bilgileri vermek zorundadır.
- d) Öteki durumlarda, kamusal veya özel bir menfaat gereğince eğer mahkeme bir tanık veya tarafın yeminli olarak vereceği olgusal gerçekliğe dair ifadede özel bir önem görür ise.

Korumanın öteki kısmını, bilgi kaynağının kimliği hakkında kamu görevlisinin sormaca yapma yasağı oluşturur. Bu koruma, Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 7. Bölüm, m. 3'e göre suçlanan bir kimse için geçerli değildir. Fakat yukarıda zikredilen durumlarda (Başlık 5 b ve c'de) gazetecilerin (mahkeme huzurunun dışında) sır saklama ödevi vardır. Bu, polis veya savcılık gibi adli mercilere gazetecilere bilginin kim tarafından verildiğine dair sorgulama yasağı var demektir. Burada şunu söyleyebilirsiniz; bilgi kaynağının korunması ceza sorumluluğunu biçimsel özgürlüğünden öteye gider.

## 4.3. Bilgi Kaynağının Hakları ile İlgili Örnek Vakalar

Bilgi kaynağının hakları doğrusu ceza kovuşturmasını zorlaştırmaktadır. Kamuya dönük işlerin serbestçe tartışılmasının yararları, haber (bilgi) kaynağının basın karşısında güçlü biçimde korunmasını gerektirmektedir.

Bir kamu görevlisinin hukuka aykırı fiilinin kovuşturulmasında kamu yararının olduğu durumlarda idareden sızan bilgi nedeniyle hükümet olağanüstü rahatsızlık duysa bile bu güvenceli koruma sisteminin işletilmesi gerekmektedir.

Son yıllarda bazı “hassas” mevzular başta olmak üzere, İsveç Başbakanı Olof Palme cinayetinin ardından sırrın ifşa edildiği pek az davaya bakıldı. JK 1988 pp143 ff. Davasında cinayet büro amiri Hans Holmér istifaya zorlanmasının ardından ünlü yayıncı Ebbe Carlson’a bazı bilgileri sızdırdığından şüphe edildiği gerekçesiyle ayrıntılı bir kovuşturmaya uğradı. Holmér bununla suçlanmıyordu; zira bilgiler cinayetin bulgularını içeren bir kitap yayınlanmak niyetiyle verilmişti. Bilgi iletimi (Sır Kanunu’nda açıklanması yasak kategori bilgilerden sayılmadıkça) bu tür durumlarda suç oluşturmuyordu.

Öteki bir olayda (JK 1989 pp.141 ff) aynı Holmér, şüpheli şahsın yargı kararına dayalı gizli telefon dinlemelerinde elde edilen kayıtları deşifre etmiştir. Bilgiler, Palme cinayeti hakkında dizi-haber yapmak üzere Holmér tarafından bir gazeteciye sözleşilen tarihte teslim edilmiştir. Holmér bu bilgileri aynı zamanda cinayetle ilgili bir kitapta da yayınlamıştır. Bilgiler yayınlandığı zaman, Başbakanlık gizli dinleme kayıtlarının sır kapsamında değerlendirilebileceği gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır. Bilgi verenin (kaynağın) kimliği bu davada bir sır değildi fakat Başsavcılık gazetecinin nasıl ve ne zaman olgulara ilişkin bilgileri elde ettiğini ayrıntılı olarak öğrenmek istiyordu. Zira gizli bilgilerin da sızdırılmış olabileceğinden şüpheleniyordu.

Mahkemede aleni bir duruşmada Başsavcı, gazeteciye bu bilgileri ne zaman ve nasıl elde ettiğini sordu. Gazetecinin bu sorulara verdiği yanıtlar, bu tür durumlarda sorgulama hakkının ne ölçüde sınırlandırılabilirliğine dair yeni bir tartışma doğurmuştur. Fakat yanıtlar Holmér’in bu bilgileri herhangi bir zamanda ve şifâf aldığına dair suçlamaları haklı çıkarıyordu. Bu, Başsavcının zamanaşımı nedeniyle kovuşturmayı sonlandırmasına neden oldu. Böyle bir duruşmada Mahkemenin kimliğin saklı tutulması hakkına bir istisna getirip getirmeyeceğine karar vermesi gerekir. Bu karar, makul bir şüphe varsa pek âlâ verilebilir. Doğal olarak suçun vafına da bakmak gerekir.

Bu davada cevaplar Başsavcının gazete ile ilgili bilgilerin araştırılmasını olanaksız kılmış fakat tartışmanın sonucu bir norm değişikliğine neden olmuştur. Bu düzenlemeye göre, mahkeme susma hakkını zorla ihlal

edebilecek soruların sorulup- sorulmadığı hususunu dikkatlice gözleyecektir. Bir diğer anlatımla, ayrıntılara dair sorulara (kimlik ve isnad edilen suçtan özge) izin verilmeyecektir.

Basın Özgürlüğü Kanunu'na göre kamu otoritelerinin bilgi suçuna dair makul şüphenin olduğu olaylarda haber kaynağının belli ölçüde anonimlik hakkına saygı gösterilmesi gerekir. Doğal olarak bu kural belli durumlarda soruşturmayı zora sokabilir. Bir savcı mahkemeye gideceği zaman iddianamesini, daha ayrıntılı kovuşturma yapmaya elverişli olarak, dikkatli bir şekilde hazırlamak zorundadır. Şayet birilerinin sözlü bilgi vermeyi teklif ettiğini söylerseniz, Mahkeme bir tanığa (örneğin, gizli damgalı bir belge biçimindeki) bilginin olası elde edilmiş yol ve yordamına dair soruları sormaya müsaade etmeyebilir.

Bu tartışma ve vakalar sır saklama yükümlülüğünün ihlaline oranla basının menfaati ve bilgi kaynağının haklarının çok daha önemli olduğu bazı durumlarda bu türden suçların virtüel olarak araştırılmasının zor olduğu kabul edilir. Menfaatler dengesi, özgür bilgiden yana bir tercih yaratmaktadır.

## 5. Bilgi Kaynağının Yeni Hakları

Bilgi kaynağının hakları, özellikle anonim kalma hakkının güçlü şekilde korunması, söylenebilecek sözlerin söylenmesi, bilinmesi gereken olguların bilinebilmesi için oldukça önem arzeder. Devlet ve toplumsal yaşama dair bilgiler demokrasi bakımından, yasama organını harekete geçirmenin bir diğer açık nedenidir.

Sık sık dile getirildiği üzere, bu konuları ilgilendiren koşullar, özellikle gizliliğin farklı tonlarına ilişkin kurallar oldukça karmaşık bir görünüm verir. Fakat yasama organının bu alanı sadeleştirmeye dönük açık bir iradesinin olmadığını da eklemek gerekir. En son mevzuat reformu, özel çalışanlarla ilgili haber kaynağının kapsamlı hakları ile ilgili karmaşık düzenlemelere yönelik önerileri kapsamaktadır.

Uzun süre reform tartışmaları kamusal işlerle ilgili bilgiye önemli ölçüde erişim gereksinimine odaklanmaktadır. Bu bilgiler daha çok kamu idaresinin resmi olarak dışında yer alan idarelerden neşet edenlerdir. Son dönemlerde İsveç Parlamentosu sadece yerel ve bölgesel idarelere bağlı limited şirketlerin de tıpkı kamu idareleri gibi açıklık gereklerine uymasına karar vermiştir. Bu prensiplerin devletin tasarrufundaki şirketlere uyarlanması şimdilik gözardı edilmektedir.

Fakat tartışmalar güçlü örgütler, sendika ve şirketlerle ilgili alenilik hakkını da içine almaktadır. Bununla birlikte, bu noktadaki direnç kamu yönetimi ile sanayi arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Kuramsal olarak bu durum kamu hukuku- özel hukuk ayırımına dayanır. Bu ayırımın, kamusal işlerde açıklık ilkesinin özel yaşamın gizliliğinin korunması kuralına karşılık gelsin diye, Esas Teşkilat Kanunu'nda açıklanmış olması gerektiği kabul edilmektedir. Her iki ilke de, anayasa izin verdiği ölçüde istisna getirmesi nedeniyle temel kural olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, her zaman bilinir olmasa da bireylerin özel yaşamının korunması ile büyük şirket, sendika veya örgütlerin kamunun denetiminden korunması ihtimali arasında önemli bir farkın olduğu akıldan uzak tutulmamalıdır.

Endüstriyel varlıklar ve öteki özel hukuk tüzelkişileri düzeyinde daha kapsamlı bir açıklık için İsveç Parlamentosu birkaç yıl önce anayasal düzeyde güvenceli bir sistem oluşturmak üzere, özel çalışanlara yönelik olarak bilgi kaynağının haklarını güvenceleyen bir düzenleme yapma gereği üzerinde durmaya karar verdi. Kuramsal olarak bu doğal gözükmektedir. Zira bilgi kaynağının korunması, Basın Özgürlüğü Kanunu'nda aksi kararlaştırılmamışsa, ceza yaptırımından bağışıklığı ve tazminat sorumluluğundan beri kılınmasını öngörmektedir. Böylece bu alanda, yukarıda göz önünde sergilendiği üzere, yayınlanmak üzere verilen bilgiler yüzünden çalışanın (bilgi kaynağının) işverene karşı (haksız fiil nedeniyle) sorumluluktan korunması sözkonusudur.

Fakat iş akdine dayalı bir hizmet ilişkisinde işgörenin, özellikle meslek sırrını ifşayı içeren bir fiili yüzünden, işverenin öteki yaptırımlarına karşı ne ölçüde korunduğu tam olarak belli değildir. Bir başka anlatımla, bilgi kaynağının özgürlüğü özel taraflar arasındaki her tür cezai ilişkiyi (sorumluluğu) içerir mi? Bir başka anlatımla sır saklama konusundaki özel bir sözleşmeyi veya sözleşmede zımnen düzenlenmiş olan bu yöndeki (işverenin bir bilgi kaynağı hakkında araştırma yapması ve sözleşmenin ihlali iddiasında çalışana karşı önlem alabilmesine izin veren) bir baskın şartı kapsar mı?

Özel bir Komisyon tarafından önerilen çözüm, bu konumdaki bir bilgi kaynağının özel bir hükümlerle korunması yönünde olmuştur. İşverenle çalışan arasındaki özel bir ilişkide ve özel hukuk tüzelkişileri ile üyeleri arasındaki ilişkide çalışanlar ve/veya üyelere kendi mesleki sırlarını ifşa etme konusunda izin verilmiş olmalıdır. Bu hak sadece kanunla ve Basın Özgürlüğü Kanunu'nda zikredilen belli menfaatler için sınırlandırılabilir.



Bu menfaatler başlıca, endüstriyel sırrın korunması ve toplu iş pazarlığında kararlaştırılan ücrete dair bilgilerin saklanması hususuna yönelik olabilir. Gerçekte ise, yasa tasarısında öngörülen sınırlandırmalar çok sayıda, kapsamı oldukça geniş ve müphemdir. Bir bilgi kaynağı suç işlendiğine dair makul şüpheye sahipse veya güçlü suç emareleri bulunuyorsa, rapor edilen fiil ciddi bir çevre suçu oluşturuyorsa veya sağlığı tehdit eden ağır bir fiil sözkonusu ise veya buna benzer biçimde ifşa edilmesinde önemli bir kamu yararı varsa, yani sırrın ifşası, o olgunun sır olarak kalmasından kamu yararı bakımından daha önemli ise endüstriyel sırrı ifşa edebilir.

1990'daki Komisyon Raporunda sert eleştiriler üzerine Hükümet şimdilik yasa değişikliğine gitmekten vazgeçti. Eleştiri her iki yandan geliyordu. Bir yandan önerilen yasa değişikliğine göre haber kaynağının hakları oldukça zayıf görülüyordu, öte yandan özel hukuk tüzelkişilerinin çalışan ve üyelerinin kapsama dahil edilmediği sistem oldukça karmaşıktı ve nihayetinde sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale oluşturuyordu.

Önceki Komisyon raporundaki tartışmalarla ve rapor sonrası durumla kıyaslandığında sanayinin ihtiyaçlarına vurgu yapma eğiliminde bir artış olduğunu not etmek gerekir. Yukarıda zikredilen özel yaşamın gizliliği temel ilkesine dair tartışmaya ek olarak uluslararası ticaretin artan önemiyle ilintili tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Geriye kalan şey, haber kaynağının haklarına dair belirli şüphe. Bir işverenin bir çalışanını (kamu yararına bilgi verdiği halde) meslek sırrını koruma ödevini ihlal etmesi nedeniyle onu işten kovması, ceza vermesi veya ondan tazminat talebinde bulunması mümkün müdür?

Bazı eleştiriler şüphesiz bu belirsizliğin katlanılabilir olacağı hissi vermektedir. Yasa tasarısına yönelik en önemli çekince belki de acil bir ihtiyacın gösterilmemiş olduğuna yöneliktir.

Öte yandan, bilgi kaynağının kimliği yeterince korunmamıştır. Özellikle işverenin araştırma yapmasına müsaade edildiği ve mevzuatın bilgi kaynağının hakları ve korunmasına dair ayrıntılı kurallardan istisna tanınması gerçekliği karşısında bu türden koruma zafiyeti sözkonusu olabilir. Bu durum, bir çalışanı kamu sağlığı, kamu yararı veya çevre konusunda önemli sonuçlara neden olabilecek olaylar hakkında bilgi vermeyi ihmal etmeye itmektedir. Bilgi kaynağının gelecekteki iş yaşamına dair korku yüzünden veya işverenin tazminat talebi ile karşı karşıya kalmaktan dolayı anayasal hakları kısıtlanmamalıdır.

Bilgi kaynağının haklarını önemli bir mesele olarak görenler için *pacta sunt servanda* gereğince bir çıkış yolu olması gerekir.

Yeni yasa önerisiyle kişiler ve kuruluşlar için özel hayatın gizliliği hakkının sağlayacağı birtakım avantajlar bir başlama noktası olabilir. Halkın menfaatine olabilecek konularda değişime öncülük yapabilecek kişilere (işareti çakanlara) hukuk aracılığıyla bir koruma getirerek sistem daha güçlendirilebilir.

# SALDIRGANLIK SUÇUNDA KAMPALA UZLAŞMASI

Prof. Dr. Claus Krefß\* - Leonie von Holtzendorff\*\*

Çeviren: Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN\*\*\*

## ÖZET

‘Tarihsel’ sıfatı belki olur olmaz yerlerde kullanılır oldu, ama Kampala’da yapılan Roma Statüsü’nün Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nda saldırganlık suçuna ilişkin öneri paketinin 11 Haziran 2010 tarihinde kabul edilmesi ‘tarihsel’ sıfatını gerçekten hak ediyor. Bu, onyıllardır süren hazırlık çalışmalarını somut bir sonuca ulaştıran ve Roma Statüsü’nü tamamlayan bir gelişme oldu. Yazarlar Kampala uzlaşmasına giden yoldaki önemli aşamaları içeriden bir gözle tasvir ve tahlil ederken, varılan uzlaşmayı çığır açıcı olarak niteliyor ve devamının getirilmesi halinde Robert Jackson’un ünlü Nuremberg vadinin hayata geçirilmiş olacağını savunuyorlar.

## GİRİŞ

Roma’da 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün<sup>1</sup> (UCM Roma Statüsü) onaya sunulduğu 17 - 18 Temmuz gecesini o diplomatik konferansta bulunanlardan hiçbirisi unutmayacaktır. Delegelerin büyük çoğunluğu, saatler durdurulduktan sonra kabul edilen uzlaşma paketini büyük coşkuyla kutlamışlardı. Kampala’da UCM Roma Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nda

---

\* Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku profesörü (Köln Üniversitesi, Almanya); 1998’den bu yana Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) müzakere sürecindeki Alman delegasyonu üyesi; ‘Princeton Süreci’nde saldırganlık suçunda bireysel fiiller (individual conduct) konusundaki müzakerelerin alt-koordinatörü; 2010’da Kampala’da düzenlenen UCM Gözden Geçirme Konferansı’nda saldırganlık suçuna ilişkin bazı açıklayıcı beyanlarda (understandings) gayri resmi istişareler Odak Noktası (Focal Point). Bu makalede dile getirilen düşünceler kişiseldir.[e-mail: claus.kress@uni-koeln.de]

\*\* Doktora öğrencisi (danışman: Prof. Claus Krefß), Köln Üniversitesi, Almanya. [e-mail: leonie@holtzendorff.de]

\*\*\* Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> A/CONF.183/9, 17 Temmuz 1998 tarihli ve 10 Kasım 1998, 12 Temmuz 1999, 30 Kasım 1999, 8 Mayıs 2000, 16 Ocak 2001, 17 Ocak 2001 tutanaklarla (proces-verbaux) düzeltilmiş metin. (Statü 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girmiştir).

saldırganlık suçunun tanımı konusunda uzlaşmanın sağlandığı 11 - 12 Haziran 2010 gecesi de aynı ölçüde nefes kesiciydi. Saatler yine, Konferansın son gününün gece yarısında durdurulmuştu. Konferans Başkanı Büyükelçi Christian Wenaweser bir uzlaşmaya varılabilmesi için tüm gayretini ortaya koymuştu, ama yine de hiç kimse bir son dakika itirazının gelip gelemeyeceğinden tam emin olamıyordu. Tüm dikkatlerin üzerinde toplandığı Fransız ve Birleşik Krallık delegasyonlarından herhangi bir itiraz gelmediği anlaşılınca, Konferans Başkanı uzlaşma kararına varıldığını ilan eden vuruşu yapmak üzere, tokmağını havaya kaldırdı. Tam o anda Japon delegasyonu söz istedi. Delegasyon şefi sözlerine “çok üzülerək” kelimeleriyle başladığında, Konferans salonunda tüm nefesler tutulmuştu. Ancak, bu sözlerin devamında Japonya'nın bazı itirazlarına rağmen varılan uzlaşmayı bozmak istemediği beyan edildiğinde, büyük bir rahatlama yaşandı. Başkan tokmağı masaya vurdu ve delegeler Benjamin Ferencz'in oğlu Donald'ın çaldığı gayda eşliğinde coşkulu bir kutlamaya koyuldular.<sup>2</sup>

Kampala Gözden Geçirme Konferansı'nın en sonunda salona hâkim olan hava Roma'da on yıldan biraz uzun bir süre önce yaşananla kıyaslanır nitelikteyse de, bir önemli farkın altını çizmek gerekli. Roma'dakinin aksine Kampala'daki uzlaşma oybirliğiyle sağlandı ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD), her ne kadar karar alma sürecinin bir parçası olmasa da, ileri sürdüğü bazı çekincelerin dikkate alınması için ciddi çaba sarf edildiğini hissetti. Bu makalede, saldırganlık suçuna ilişkin neredeyse bir yüzyıldır sürmekte olan tartışmanın Kampala'da nasıl sonuçlandırıldığını aktaracağız. Bunun yanında, yeni filizlenmeye başlayan uluslararası ceza adaleti sistemini daha da güçlendirmeye yarayacak çığır açıcı bir gelişme olarak nitelendirdiğimiz bir konuda ilk değerlendirmemizi yapacağız.

---

<sup>2</sup> Donald Ferencz'in bu tartışmaya yaptığı en son akademik katkı için bkz. 'Bringing the Crime of Aggression Within the Active Jurisdiction of the ICC', 42 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 531-542.

## 1. Bağlayıcı Emsal Kararın Ardından Onyıllar Süren Bekleyiş: Nuremberg'den Roma'ya

Dar anlamında (*stricto sensu*) uluslararası ceza hukuku<sup>3</sup> Nuremberg'de ortaya çıkmıştır ve saldırganlık suçu bu özel anın tam da merkezinde yer alır.<sup>4</sup> Öncelikle Amerikalıların 'haksız yere savaş, diğer tüm daha önemsiz suçları bünyesinde barındıran bir suçtur' şeklindeki düşüncesiyle<sup>5</sup> şekillenen Londra Şartı (London Charter) bir yandan Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni (International Military Tribunal - IMT) oluştururken diğer yandan 'barışa karşı işlenen suçlar'<sup>6</sup> tanımlamaktadır. Nitekim IMT, saldırgan nitelikte bir savaş yürütmeyi 'en üst düzey uluslararası suç' olarak belirler.<sup>7</sup> Bu kararın hemen ertesinde Amerikan Başsavcı Robert Jackson ABD Başkanı'na saldırgan nitelikte savaş yürütme yasağının 'emsal karar'<sup>8</sup> (judicial precedent) üzerinden 'yaptırımı olan bir kural' haline dönüştüğünü rapor eder.<sup>9</sup> Ne var ki, Jackson'un o andan itibaren saldırgan nitelikte savaş yasağını çiğneyen herkesin

<sup>3</sup> Dar anlamında (*stricto sensu*) uluslararası ceza hukuku bireysel ceza sorumluluğunu doğrudan uluslararası hukuk alanına taşımaktadır. Bkz. C. Kreß, 'International Criminal Law', in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck-Encyclopedia of Public International Law* (forthcoming), par. 10; bu yazının sanal ortamdaki örneğine <http://www.mpepil.com> adresinden erişilebilir (5 Ekim 2010).

<sup>4</sup> Nuremberg öncesi gelişmeler hakkında yararlı bir özet için bkz. J. Nyamuya Maogoto, 'Aggression: Supreme International Offence still in Search of Definition', 6 *Southern Cross University Law Review* (2002) 278-317, s. 278-289.

<sup>5</sup> *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, June 6, 1945, sub IV.; <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp> (5 Ekim 2010).

<sup>6</sup> Londra Şartı'nın 6(a) maddesi barışa karşı işlenen suçları şu şekilde tanımlamaktadır: 'saldırgan nitelikte ya da uluslararası antlaşma, sözleşme ve garantileri ihlal eden bir savaşı planlamak, hazırlıklarını yapmak ya da kıskırtmak veya bu nitelikteki eylemlerden birini gerçekleştirmek üzere yapılan bir plana ya da komploya katılmak'; 82 UNTS 280.

<sup>7</sup> 'To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime, it is the supreme crime' (saldırı savaşı başlatmak basit bir uluslararası suç değildir, en ağır suçtur), bkz. 'Judicial Decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences', 41 *American Journal of International Law* (1947), 186.

<sup>8</sup> Bu emsal kararın 'kanunsuz suç olmaz' (*nullum crimen*) ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkin tartışmanın kısa bir özeti için bkz. C. Kreß, 'Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege', in Wolfrum, a.g.e., par. 16; bu yazının sanal ortamdaki örneğine <http://www.mpepil.com> adresinden erişilebilir.

<sup>9</sup> a.g. rapor.

uluslararası ceza hukuku yaptırımlarına maruz kalacağına ilişkin verdiği meşhur söz,<sup>10</sup> çok uzun bir süre tutulmayacaktır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unun (BMGK) Nuremberg ilkelerini uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul etmesine<sup>11</sup> ve Nuremberg'deki emsal üzerine Tokyo Mahkemesi hükümlerinin<sup>12</sup> eklenmesine rağmen, 'en üst düzey uluslararası suç hem tanımlanmadan bırakılır, hem de kısa süre içinde Nuremberg ilkelerinin kodifiye edilmesi çabalarının önündeki en büyük engel olarak belirir.<sup>13</sup> 1974 yılında BM Şartının 39. maddesi çerçevesinde 'saldırganlık fiili'nin tanımının oybirliğiyle kabul edilmesiyle bu engel kalkmış gibi gözükse de, esasta değişen bir şey olmamıştır.<sup>14</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (International Law Commission - ILC) hazırladığı İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Yasası (*Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*) taslağının 16. maddesinde saldırganlık suçunun uluslararası hukukta suç sayılan fiillerden olduğu tespit edilmesine rağmen,<sup>15</sup> 1990'dan sonra özel nitelikli makro suçları yargılamak için oluşturulan uluslararası nitelikteki mahkemelerin hiçbirisi saldırganlık suçunu yargılamakla görevlendirilmedi. Bu suçun yargı organlarının konu yönünden (*ratione materiae*) yetki alanı içine alınmamış olması Saddam Hüseyin tarafından işlenen suçları yargılamak üzere Irak Özel Mahkemesi'nin (daha sonraları Irak Yüksek Mahkemesi adını

<sup>10</sup> ABD'li Başsavcının Açış Konuşması, bkz. *Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany* (Buffalo: William S. Hein & Co., 2001), s. 45.

<sup>11</sup> UN Doc. A/RES/95 (1946), par. 1, 11 Aralık 1946.

<sup>12</sup> Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu hukuki gelişmeye yaptığı katkıya ilişkin yakın tarihteki mükemmel bir değerlendirme için bkz. N. Boister and R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 115.

<sup>13</sup> E. Wilmshurst, 'Aggression', in R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn., Cambridge: Cambridge University Press, 2010), s. 314.

<sup>14</sup> UN Doc. A/RES/3314 (XXIX)'a ek, 14 Aralık 1974 (Res. 3314).

<sup>15</sup> A/51/10 (1996); 1996 taslak yasası bu suçun unsurlarını tanımlamıyordu. Suçun unsurlarını belirlemeye yönelik bir (tartışmalı) girişim 1991 Taslak Yasası'nın (A/46/10 (1991)) 15. maddesi düzenlemesiyle gerçekleştirilmişti. Bu konuda bkz. Nyamuya Maogoto, a.g.e., s. 304-309.

almıştır) oluşturulmasıyla iyice göze batar hale geldi.<sup>16</sup> Saldırganlık suçu karşısında uluslararası hukukun eli kolu bağlı durumdaydı.

UCM Roma Statüsü'nün kabul edilmesi sorunun çok sınırlı bir bölümünü çözebildi. Roma süreci saldırganlık suçunun tanımı konusunda uzlaşmanın imkânsızlığını bir kez daha göz önüne sererken, görüşmelere katılan devletler UCM önündeki yargılama sürecinde BMGK'nin muhtemel rolü konusunda da aralarında bölünmüşlerdi. Neyse ki, Roma Konferansı'nda saldırganlık suçunun UCM'nin konu yönünden yetkisine dâhil olması gerektiği konusunda kuvvetli bir irade oluşmuştu.<sup>17</sup> Bunun sonucunda, UCM Roma Statüsü'nün 5/1/d ve 5/2 maddelerindeki şu ara formüle erişildi:

#### Madde 5: Mahkemenin Yargı Yetkisine Giren Suçlar

1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü'ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir:

[...]

(d) Saldırı suçu.

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, 121 ve 123. Maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkeme'nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra kullanır. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Şartının ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.

Bu ara formül, UCM'yi en az yedi yıl boyunca saldırganlık suçuna ilişkin yargılama yapmaktan alıkoyacak olsa da,<sup>18</sup> Roma Statüsü'nün 5/1/d maddesi saldırganlık suçunun teamüli uluslararası hukukta yeri olduğunu zımnen teyid etti.<sup>19</sup> Saldırganlık suçuna ilişkin Roma ara

---

<sup>16</sup> C. Kreß, 'The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression', 2 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2004) 347-352.

<sup>17</sup> Roma'daki tartışmaların açıklayıcı bir özeti için bkz. G. Westdickenberg and O. Fixson, 'Das Verbrechen der Aggression im Roemischen Statut des Internationalen Gerichtshof', in J.A. Frowein et al. (eds), *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel* (Berlin et al.: Springer, 2003), s. 496-498.

<sup>18</sup> UCM Roma Statüsü m. 123(1).

<sup>19</sup> Bu görüş Birleşik Krallık Lordlar Kamarası tarafından da benimsenmiştir: *R. v. Jones at al.* (2006) UKHL 16, §§ 12, 19 (Lord Bingham), §§ 44, 59 (Lord Hoffmann); § 96 (Lord Rodger); §97 (Lord Carswell); § 99 (Lord Mance).

formülü Konferansın Nihai Belge'sinin F Kararı'nın yedinci paragrafıyla takviye edilmekteydi:

Komisyon [Hazırlık Komisyonu] saldırganlığa ilişkin bir düzenleme için, saldırganlık suçun tanımı, unsurları ve UCM'nin bu suça ilişkin yetkisini hangi koşullar altında kullanacağı konularını da kapsar biçimde öneriler hazırlar. Komisyon bu önerileri Gözden Geçirme Konferansı'nda Taraf Devletler Asamblesi'ne, saldırganlık suçuna ilişkin bir düzenlemenin Statü'de yer almasını sağlamak amacıyla yönelik olarak sunar. Saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeler Taraf Devletler açısından Statü'nün ilgili maddeleri uyarınca hüküm doğuracaktır.<sup>20</sup>

## 2. Uzlaşmaya Giden Yol: Roma'dan Kampala'ya

### A. 2002 Tartışma Belgesi (Discussion Paper) ve 2009 Önerileri

Yukarıda anılan görev tanımı çerçevesinde, UCM Hazırlık Komisyonu konu üzerinde çalışmaya başladı. Komisyon 1999 bahar aylarından 2002 yazına kadar toplam 10 toplantı yaptı. Üçüncü toplantıda Saldırganlık Çalışma Grubu (Working Group on Aggression) oluşturuldu. Grubun koordinatörlüğünü ilk önce Tuvako Manongi (Tanzanya) üstlendi. Onun ardından, şimdi UCM'de yargıç olarak görev yapan Silvia Fernandez de Gurmendi (Arjantin) koordinasyonu devraldı. Bu çalışma grubu fazla yol kat edemedi, ama yürüttüğü faaliyetler koordinatörün hazırladığı 11 Temmuz 2002 tarihli Tartışma Belgesi'nde (Discussion Paper)<sup>21</sup> tarafların konu hakkında savundukları pozisyonların yararlı bir özetinin yer almasını sağladı. Bu metin konu üzerindeki tartışmanın daha sonraki aşamalarında gözetilen parametreleri ortaya koyduğu için, ilgili bölümlerini olduğu gibi aktarıyoruz:

1. İşbu Statü'ye [Roma Statüsü/ç.n.] göre bir kişi, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin

<sup>20</sup> United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, Vol. I, Final Documents, Annex I, s. 72.

<sup>21</sup> Tartışmanın bu aşaması hakkında yapılmış en güzel açıklama için bkz. R.S. Clark, 'Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court', 15 *Leiden Journal of International Law (LJIL)* (2002) 859-890. Son koordinatörün görüşleri için bkz. S. Fernandez de Gurmendi, 'The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court', 25 *Fordham International Law Journal* (2001-2002) 589-605.



kontrol sağlayabilecek konumdayken, isteyerek ve sonuçlarını bilerek niteliği, vehameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık ihlalini oluşturacak bir saldırganlık fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da icrasını emreder ya da bunlara aktif olarak iştirak ederse “saldırganlık suçu”nu işlemiş olur.

**1. Seçenek :** Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “özellikle, saldırı savaşı ya da amacı veya sonuçları itibarıyla bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmek ya da kendi ülkesine katmak amacı güden veya bu sonucu doğuran bir fiil gibi”.

**2. Seçenek:** Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “ve saldırı savaşı ya da amacı veya sonuçları itibarıyla bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmek ya da kendi ülkesine katmak amacı güden veya bu sonucu doğuran bir fiil düzeyine varan”.

**3. Seçenek:** Yukarıdakilerden hiçbiri.

2. Fıkra 1’deki “saldırganlık fiili” terimi, ilgili Devlet tarafından işlendiği tespit edilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararında belirtilen nitelikte bir fiil olarak anlaşılmalıdır,

**1. Seçenek:** Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “4. ve 5. fıkralara uygun olarak”.

**2. Seçenek:** Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin önceden bu nitelikte tanımladığı.”

3. 25. maddenin 3, 28 ve 33. fıkrası hükümleri saldırganlık suçunda uygulanmaz.

4. Savcının saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak istemesi halinde, Mahkeme öncelikle Güvenlik Konseyinin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespit yapıp yapmadığını araştıracaktır. Güvenlik Konseyi’nin bir bu şekilde tespiti yoksa, Mahkeme, gerekli işlemleri yapması için Güvenlik Konseyi’ni soruşturma konusu olaydan haberdar edecektir.

5. Güvenlik Konseyi’nin bir Devletin saldırganlık fiili işlediği konusunda bir tespitte bulunmaması halinde:

Öneri (a) ya da kendisine durumun bildirilmesinden itibaren altı ay içinde Statü'nün 16. maddesini işletmemesi halinde.

Öneri (b) öneri (a) metinde yer almasın.

**1. Seçenek:** Mahkeme davaya bakabilir.

**2. Seçenek:** Mahkeme davaya bakmayı reddetmelidir.

**3. Seçenek:** Mahkeme, Şart'ın [BM Şartı/ç.n.] 12, 14 ve 24. maddeleri hükümlerine istinaden, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'ndan (12) ay içinde bir tavsiye kararı almasını talep eder. Bu şekilde bir tavsiye kararı alınmazsa Mahkeme davaya bakabilir.

**4. Seçenek:** Mahkeme,

Öneri (a) Genel Kurul'dan

Öneri (b) herhangi dokuz üyenin olumlu oyuyla harekete geçen Güvenlik Konseyi'nden,

Şart'ın 96. ve Adalet Divanı Statüsü'nün 65. maddeleri uyarınca, ilgili Devletin bir saldırganlık fiili işleyip işlemediği hukuki meselesine ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın tavsiye görüşünü almasını talep edebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediği yönünde görüş bildirmesi halinde davaya bakabilir.

**5. Seçenek:** Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı'nın Divan Statüsü'nün II. Başlığı çerçevesinde önüne gelen bir olayda ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bulgulara eriştiğini tespit ederse davaya bakabilir.<sup>22</sup>

UCM Roma Statüsü'nün 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Taraf Devletler Asamblesi<sup>23</sup> saldırganlık suçuna ilişkin çalışmalara devam edilmesi ve bir sonuca erişilmesi konusundaki arzusunu ifade etti ve Saldırganlık Suçu Özel Çalışma Grubu'nu (*Special Working Group on the Crime of Aggression - SWGCA*) oluşturdu.<sup>24</sup> SWGCA ilk toplantısını Eylül 2003'te yaptı ve çalışmalarını Şubat 2009'da tamamladı. Aşağıda görüleceği üzere,

---

<sup>22</sup> UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, 11 Temmuz 2002.

<sup>23</sup> UCM Roma Statüsü m. 112.

<sup>24</sup> Taraf Devletler Asamblesi'nin 3. Genel Kurulu'nda oybirliğiyle kabul edilen 9 Eylül 2002 tarihli ICC-ASP/1/Res. 1 sayılı kararı, ICC-ASP/1/3, 328.

SWGCA tarafından saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeye yönelik geliştirilen öneriler (2009 önerileri) ‘saldırganlık suçu görüşmelerinde bir dönüm noktası’<sup>25</sup> oluşturdu ve Kampala uzlaşmasına giden yolu açtı. SWGCA’nın 2009 önerileri şöyleydi:

*1. Statü’nün [UCM Roma Statüsü/ç.n.] 5. maddesinin 2. fıkrası mülğadır.*

*Statü’nün 8. Maddesini müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:*

## **Madde 8 bis**

### **Saldırganlık Suçu**

1. İşbu Statüye göre, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişinin, niteliği, vahameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık ihlalini oluşturacak bir saldırganlık fiilini planlaması, hazırlaması, başlatması ya da icrası “saldırganlık suçu”dur.

2. Fıkra 1’deki “saldırganlık fiili”, bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ya da bağımsızlığına karşı silahlı güç kullanması ya da Birleşmiş Milletler Şartı’yla uyumsuz şekilde davranmasıdır. Aşağıda sayılan fiillerin her biri, bir savaş ilanı olup olmadığına bakılmaksızın, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca saldırganlık fiilidir

(a) Bir Devletin bir başka Devletin ülkesine silahlı güçlerini sokması veya saldırması (invasion or attack) ya da bu akın veya saldırı neticesinde, geçici dahi olsa, bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmesi ya da zorla kendi ülkesine katması;

(b) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin ülkesine karşı bombardıman düzenlemesi ya da bir Devletin bir başka Devletin ülkesine karşı herhangi bir silah kullanması;

---

<sup>25</sup> Bu ifade ilk olarak S. Barriga tarafından, SWGCA’nın faaliyetlerine ilişkin en kapsamlı açıklamaları içeren şu makalede kullanılmıştır, ‘Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression’, in R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review* (Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2010) 621-643, s. 640.

- (c) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin limanlarını veya sahillerini blokaj altına alması;
- (d) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin kara, deniz veya hava güçlerine ya da deniz veya hava filolarına saldırması;
- (e) Bir Devletin toprağında o Devletin rızası çerçevesinde bulunan bir başka Devletin, barındıran Devlete karşı aralarındaki anlaşma hilafına silahlı güç kullanması ya da anlaşmanın sona ermesine rağmen silahlı güçlerini bulundurmaya devam etmesi;
- (f) Bir Devletin ülkesini, üçüncü bir Devlete saldıracak bir Devlete, saldırı fiilini gerçekleştirme üzere kullandırması;
- (g) Bir Devlet tarafından veya bir Devlet hesabına, bir başka Devlete karşı, yukarıda sayılan fiiller derecesinde silahlı saldırı düzenleyen çetelerin, grupların, düzensiz güçlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi ya da gönderilmesine önemli ölçüde müdahil olunması.
3. *Statü'nün 15. maddesini müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:*

### **Madde 15 bis**

#### **Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi**

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13. madde hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanır.
2. Savcı saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak için makul sebepler bulunduğu kanaatine varırsa, öncelikle Güvenlik Konseyi'nin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespiti olup olmadığını araştıracaktır. Savcı Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ni Mahkemeye intikal eden durum hakkında, gerekli bilgi ve belgeleri de sunmak suretiyle bilgilendirir.
3. Güvenlik Konseyinin bu şekilde bir tespitte bulunmuş olması halinde, Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmayı başlatabilir.
4. **(1. Alternatif)** Güvenlik Konseyinin bir tespitte bulunmamış olması durumunda Savcı soruşturmaya devam etmeyecektir,

**1. Seçenek – fıkra bu şekilde kalacaktır.**

**2. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir:** Güvenlik Konseyi Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü kapsamında bir kararla Savcıdan saldırganlık fiiline ilişkin soruşturmayı yürütmesini talep etmediği müddetçe.

**4. (2. alternatif)** Durumun bildirilmesini takip eden [6] ay içinde böyle bir tespit yapılmaması halinde Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmaya başlayabilir,

**1. Seçenek – fıkra bu şekilde kalacaktır.**

**2. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir:** Ön Yargılama Dairesi'nin 15. madde düzenlemesine uygun biçimde saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi kaydıyla;

**3. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir:** Genel Kurul'un 8 bis maddesinde anılan Devletin bir saldırganlık fiili işlediğini tespit etmesi kaydıyla;

**4. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir:** Uluslararası Adalet Divanı'nın 8 bis maddesinde anılan Devletin bir saldırganlık fiili işlediğini tespit etmesi kaydıyla.

5. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

6. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

*4. Statü'nün 25. maddesinin 3. fıkrasını müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:*

**3 bis.** Saldırganlık suçunda işbu madde hükümleri sadece bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumda bulunan kişilere uygulanır.

*5. Statü'nün 9. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:*

1. Suçun unsurları, Mahkeme'ye 6, 7, 8 ve 8 bis. maddelerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında yardımcı olur.

6. Statü'nün 20. maddesinin 3. fıkrasının başı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir; fıkranın geri kalan kısmı aynen korunmuştur:

3. 6, 7, 8 ve 8 bis maddelerinde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmış hiç kimse, aynı fiilden dolayı Mahkeme tarafından yargılanamaz. Ancak önceki mahkemedeki yargılamalar.<sup>26</sup>

### **B. SWGCA Bünyesinde Çalışmalara Dair Bazı Kayda Değer Noktalar**

SWGCA'nın başkanlığını Lihtenştayn'lı Büyükelçi Christian Wenaweser yürüttü. Wenaweser, maiyetinde bulunan ve Stefan Barriga'nın mükemmel maestroluğunda çalışan seçkin ekibinin de yardımıyla, müzakereleri tam da gerektiği gibi, otorite, uzmanlık, sabır ve güler yüzlülüğü tam dozunda kullanarak yürüttü. Lihtenştayn'lı ekip, adım adım ilerleyen gayretleriyle, mevcut birçok engele rağmen SWGCA'nın üstlendiği görevi tamama erdirmesinin çok muhtemel olduğu inancını yerleştirdi. En başta alınan çok isabetli bir kararla çalışmaların büyük kısmı gayri resmi (informal) bir çerçevede yürütüldü. 2004 – 2007 arasında yapılan dört toplantıda delegeler Princeton Üniversitesi Woodrow Wilson Merkezi Lihtenştayn Self-Determinasyon Enstitüsü (Liechtenstein Institute on Self-Determination) ve Enstitü Müdürü Wolfgang Danspeckgruber'in coşkulu misafirperverliğiyle ağırlandılar. Princeton Süreci katılımcı nitelikteydi, Statüye taraf olmayan devletlerin (non-States Parties) temsilcileri ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının uzmanları tartışmalara aktif olarak katıldılar.<sup>27</sup> Princeton süreci öte yandan özellikle şeffaf bir biçimde yürütüldü. Süreçteki resmi olmayan istişareler bir dizi

---

<sup>26</sup> ICC-ASP/8/Res.6.

<sup>27</sup> Statüye taraf olmayan devletler bu olanağı bol bol kullandılar. G.W. Bush'un başkanlığı döneminde ABD yönetimi bu kuralın tek –ve üzücü- istisnasını oluşturdu. STK camiası içinden katılanların oranı toplantıdan toplantıya değişti. Bir diğer üzücü ve bir o kadar şaşırtıcı olan, Uluslararası Af Örgütü'nün (Amnesty International) ve İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün (Human Rights Watch) görev tanımlarının buna izin vermediği savıyla müzakerelere anlamlı biçimde müdahil olmaktan kaçınmalarıydı. Bu durum, zaman zaman, bu iki önemli STK'nın, belki bilmeden ve istemeden, tüm sürece kuşkucu yaklaşan birkaç delegasyonla birlikte hareket ettiği izlenimini yarattı. Ne var ki, daha az çekingen davranan birkaç başka STK tüm süreç boyunca derin uzmanlıklarını devlet temsilcileriyle paylaştı. Özellikle Jutta Bertram-Nothnagel ve Noah Weisbord'un entelektüel birikimleriyle yaptıkları katkı övgüye değer.

Çalışma Grubu Raporu'yla (Working Group Reports)<sup>28</sup> geniş ölçüde belgelendi ve birkaç akademik konferansa konu oldu.<sup>29</sup> Böylelikle, uluslararası doktrin de müzakereleri yakından izleme ve kayıtlar açıklandıkça üzerinde yorum yapma imkânına kavuştu.<sup>30</sup> Daha da

<sup>28</sup> Raporlar şu eserde toplu olarak yayınlanmıştır: S. Barriga, W. Danspeckgruber, S. Wenaweser (eds), *The Princeton Process on the Crime of Aggression* (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2009).

<sup>29</sup> İki önemli örnek için bkz. Torino Uluslararası Ceza Adaleti Konferansı, Mayıs 2007 (Bellelli, a.g.e.) ve Saldırganlık Suçu Sempozyumu, Eylül 2008, *Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 267- 467).

<sup>30</sup> Saldırganlık suçuna ilişkin akademik yayınların sayısı son on yıl içinde önemli ölçüde artmıştır. Yer kısıtı nedeniyle bu yayınların tümüne burada atf yapamıyoruz. 29. Dipnotta sayılan kaynaklara ek olarak, bazı çok eleştirel çalışmaları da içeren bir seçki için bkz.: M. Kamto, *L'agression en droit international* (Paris: A. Pedone, 2010); R.S. Clark, 'Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over it', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1103-1115; *id.*, 'The Crime of Aggression and the International Criminal Court', in J. Doria, H.-P. Gasser and M.C. Bassiouni (eds), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisishchenko* (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009) s. 661- 699; M.J. Glennon, 'The Blank-Prose Crime of Aggression', 35 *The Yale Journal of International Law* (2009) 71- 114; C. Kreß, 'Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1129- 1146; A. Paulus, 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1117- 1128; S.D. Murphy, 'Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court', 20 *European Journal of International Law* (2009), 1147- 1156; R. Schaeffer, 'The Audacity of Compromise. The UN Security Council and the Pre-Conditions to the Exercise of Jurisdiction by the ICC with Regard to the Crime of Aggression', 9 *International Criminal Law Review* (2009) 411- 433; L. May, *Aggression and Crimes Against Peace* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008); A. Reisinger Coracini, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court? 21 *LJIL* (2008) 699- 718; N. Weisbord, 'Prosecuting Aggression', 49 *Harvard International Law Journal* (2008) 161- 220; N. Blokker, 'The Crime of Aggression and the United Nations Security Council', 20 *LJIL* (2007) 867-894; A. Cassese, 'On Some Problematic Aspects of the Crime of Aggression', 20 *LJIL* (2007) 841- 849; C. McDougall, 'When Law and Reality Clash - the Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression', 7 *International Criminal Law Review* (2007) 277- 333; O. Solera, *Defining the Crime of Aggression* (London: Cameron May, 2007); T. Stein, 'Aggression als Verbrechen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs - "A Bridge too Far"?' in H. Müller-Dietz et al. (eds), *Festschrift für Heike Jung* (Baden-Baden: Nomos, 2007) s. 935-944; M. Stein, 'The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's Power to Determine Aggression?' 16 *Indiana International and Comparative Law Review* (2005) 1- 36; J.N. Boevig, 'Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute', 43 *Columbia Journal of Transnational Law* (2005) 557- 611; A. Paulus, 'Peace through Justice? The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis', 50 *Wayne Law Review* (2004) 1- 35, M. Politi and G. Nesi (eds), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression* (Aldershot: Ashgate, 2004); R. Fife, 'Criminalizing Individual Acts of Aggression by States', in M. Bergmso (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide* (Leiden: Nijhoff, 2003) 53- 73; D.D. Nsereko, 'Defining the Crime of Aggression: An Important

önemlisi, Princeton Süreci gerçekçi bir tavırla yürütüldü ve süreçte hukuki teknik konular üzerinde yoğunlaşıldı. Güvenlik Konseyinin muhtemel rolü ne olmalı, şeklindeki temel soru(n) göz ardı edilmedi, ancak konu üzerindeki kemikleşmiş görüş ayrılıklarının tekrar tekrar ortaya konmasına nispeten az zaman harcandı. Bunun yerine, entelektüel enerjinin büyük bölümü siyasi açıdan daha az nazik olan başka bazı konulardaki görüş ayrılıklarının giderilmesine hasredildi.

SWGCA'nın bu suçu mevcut teamüli uluslararası hukuk sınırları içinde ele almayı genel bir ilke olarak benimseyip benimsemediği çok açık değildi. Bilindiği üzere, Roma'da UCM'nin konu yönünden yargı yetkisine giren suçları mevcut uluslararası teamüli hukukla uyumlu şekilde tanımlama konusunda bir uzlaşmaya varılmıştı<sup>31</sup> ve bu uzlaşma saldırganlık suçunu da kapsıyordu.<sup>32</sup> Bu temel yaklaşım biri teknik diğeri doğrudan içeriğe ilişkin iki güçlkle karşılaştı. İlk olarak, delegasyonların çoğunun saldırganlık suçunun tanımında, üzerinde uzlaşılmış olan UCM Statüsü'nden mümkün olduğunca uzaklaşmama eğiliminde olduğu ortaya çıktı. Bu durum, UCM Statüsü'nün 3. Bölümünde düzenlenen 'Genel İlkeler'le birlikte uygulanabilecek bir tanım geliştirme gerekliliğini ortaya çıkardı. Ne var ki, saldırganlık suçunu da kapsar şekilde ortaya çıktığında UCM Statüsü henüz mevcut değildi. İkinci ve daha önemli olarak, suçun özellikle devlete ilişkin bölümü açısından teamüli uluslararası hukukun statüsünün ne olduğunu tam olarak saptamak güçtü. Bu nedenle, Princeton Sürecinde uluslararası teamuli hukuka daha az atıf yapıldı. Ancak, Nuremberg ve Tokyo içtihadının suçun tanımlanmasında önemli bir yol gösterici olduğu da asla inkâr edilmedi.

---

Agenda Item for the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court', *Acta Juridica* (2003) 265-286; M. Schuster, 'The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword', 14 *Criminal Law Forum* (2003) 1- 57; R.L. Griffiths, 'International Law, the Crime of Aggression, and the *Ius ad Bellum*', 2 *International Criminal Law Review* (2002) 301- 374; I.K. Mueller-Schieke, 'Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court', 14 *LJIL* (2002) 409-430; T. Meron, 'Defining Aggression for the International Criminal Court', 1 *Suffolk Transnational Law Review* (2001) 1- 15; and, M. Hummrich, *Der völkerrechtliche Tatbestand der Aggression* (Baden-Baden: Nomos, 2001).

<sup>31</sup> A. Zimmermann, 'Article 5', in O. Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2nd edn., Munich-Oxford-Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008), par. 1.

<sup>32</sup> Westdickenberg and Fixson, *a.g.e.*, s. 500- 503.



### C. Üç Zorlu Konu Paketi

SWGCA çalışmaları daha en başlarda üç “paket”e bölündü: bireysel fiiller (individual conduct), devlet fiilleri (state conduct) ve yargı yetkisinin kullanım koşulları.<sup>33</sup>

#### 1. Bireysel Fiiller

Bu paketlerden birincisinde uzlaşma diğerlerine nazaran daha kolay sağlandı. İlk görüşmeler sonrası 2002 Öneri Belgesi’nde yer alan ‘tekçi’ (monist) yaklaşımın<sup>34</sup> bir kenara bırakılması kararlaştırıldı. Bu yaklaşım, suçun birey tarafından işlenmesi için gerekli davranışı torba terim niteliğindeki “etkin katılım”la (active participation) tanımlıyordu. Bunun yerine, UCM Roma Statüsü’nün 3. Bölümü’ne mümkün olduğunca sadık kalma ilkesiyle de uyumlu biçimde, ‘planlamak, hazırlamak, başlatmak ya da icra etmek’ (planning, preparation, initiation or execution) şeklindeki Nuremberg formülü<sup>35</sup> benimsendi. Bu tanımda yer alan fiiller UCM Roma Statüsü’nün 25. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan değişik iştirak biçimleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Bu farklı iştirak biçimleri arasındaki ayrımı gözetmesi nedeniyle, bu yaklaşım ‘farklılaşmış’ (differentiated) olarak adlandırılmaktadır.

Burada, daha ilk aşamalarda saldırganlık suçunun ancak lider kadro tarafından işlenebilecek bir suç olduğu, bireyin eylemlerinden çok işgal ettiği mevkiin önemli olduğu konusunda bir uzlaşma oluşmuştu. 2002 Tartışma Belgesi ve 2009 Önerileri bu şartı ‘bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişi’ cümlecisiyle ifade eder. Nuremberg’e kadar geri giden bu formül<sup>36</sup>, saldırganlık suçunu uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerden ayırır.

<sup>33</sup> Bkz. SWGCA 2007 Raporu, § 5 vd.; Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 109 vd.

<sup>34</sup> Suçun birey unsuruna yönelik ‘tekçi’ (monist) yaklaşımla ‘farklılaşmış’ (differentiated) yaklaşım arasındaki ayrım için bkz. Claus Kref, Discussion Paper 1, in Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 184 vd.

<sup>35</sup> Nuremberg formülünün (bkz. yukarıda dipnot 6) ‘icra etmek’ (executing) yerine ‘[savaş/ç.n.] açmak’ (waging) deyimini kullandığını belirtmek gerekli.

<sup>36</sup> Kullanılan bu dilin teamüli müktesebatı (customary *acquis*) tümüyle kapsar olup olmadığı konusunda bir tartışma yürütüldü. Bkz. K. Heller, ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’, 18 *European Journal of International Law* (2007) 477-497, ve C. Kref, ‘The Crime of Aggression before the First Review of the ICCSt.’, 20 *LJIL* (2007) 851- 865, at 855.

‘Farklılaşmış’ yaklaşımın benimsenmesine karar verilmesiyle, lider kadroda yer alma şartının mutlaklığını vurgulamak üzere UCM Roma Statüsü’ne eklenecek yeni bir hüküm taslağının (25(3)*bis* fıkrası) hazırlanması da zorunlu hale geldi.<sup>37</sup> Bu hüküm, saldırgan devletin birliklerinde savaşan basit bir askerin, UCM Roma Statüsü’nün madde 25(3)(c) hükmü uyarınca suça iştirak eden kişi sayılamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.

2002 Tartışma Belgesi’nin 3. paragrafının amaçladığının aksine, UCM Statüsü’nün 3. Bölümü’nün saldırganlık suçuna ilişkin başka herhangi bir düzenlemesinin içeriğine ya da uygulanabilirliğine hâle gelmedi. Bu hükümlerden hangisinin saldırganlık suçu açısından ne kadar pratik öneme sahip olduğu her bir düzenleme tekil olarak ele alınarak tespit edilmeli. UCM Statüsü m. 28 ve 33’ün daha fazla pratik önem kazanması pek ihtimal dâhilinde değil. 2002 Tartışma Belgesi’nin aksine, 2009 Önerileri suçun manevi unsurunu ayrıca tanımlamıyor, bu tanımlamayı Statü’nün 30. maddesinin uygulaması dolayısıyla gerçekleştiriyor. Yine de, aşağıda da ele alacağımız üzere<sup>38</sup>, saldırganlık suçunun unsurlarına ilişkin taslak madde 8 *bis* taslak metniyle Statü’nün 30. maddesi arasındaki karşılıklı bir etkileşim gerçekleşeceğine ilişkin emareler taşıyor.

## 2. Devlet Fiilleri

BM Güvenlik Konseyinin ulus-aşırı devlet-dışı yoğun şiddeti uluslararası barışa yönelik bir tehdit olarak nitelemeye niyetlendiği bir aşamada ve bu tarz şiddetin BM Şartının 51. maddesinde öngörülen silahlı saldırı düzeyine vardığı genellikle kabul edilirken<sup>39</sup>, saldırganlık suçunun ulus-aşırı gayri resmi örgütler tarafından gerçekleştirilen bazı şiddet fiillerini<sup>40</sup> kapsamaması gerektiği ileri

<sup>37</sup> Bkz. 2009 Önerileri *sub* 4. Bulunan bu çözümün eleştirisi için bkz. K. Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’, 53 *German Yearbook of International Law* (2010). Bu çözümün sağladığı yararlar hakkında bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 30), s. 1134.

<sup>38</sup> Manevi unsurlar bir ölçüde UCM Statüsü’nün “Suçun Unsurları” bölümü içinde ele alınıyordu. Bkz. aşağıda 3.D başlığı.

<sup>39</sup> Savaşın önlenmesine ilişkin hukukun (*ius contra bellum*) bu yönüne ilişkin hâlihazırda yürüyen tartışmaya yönelik bazı atıflar için bkz. C. Kreß, ‘Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts’, 15 *Journal of Conflict & Security Law* (2010) 245- 274, s. 248 (dipnot 9-12).

<sup>40</sup> Bu konuya dikkat çeken bir çalışma için bkz. C. Stahn, ‘International Law at a Crossroads? The Impact of September 11’, 62 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

sürülebilir. Ne var ki, saldırganlık suçuna ilişkin müzakerelerde devletler mevcut teamüli uluslararası hukukun sınırları içinde kalmayı tercih ettiler. 2002 Tartışma Belgesi saldırganlık suçunun kolektif bileşenini devlet fiilleriyle sınırlı tuttu. Uluslararası nitelikte bir haksız fiilin varlığı şartı (lider kadro şartıyla birlikte) saldırganlık suçunu diğer uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerden ayıran bir özelliktir.

Müzakerelerin daha ilk başlarında saldırganlık suçuna esas oluşturacak devlet fiilinin hukuka aykırı silaha başvurma olacağı açıklığa kavuşmuştu. Dolayısıyla, uluslararası hukukun, saldırganlık suçuna ilişkin ikincil normla korunacak birincil normları, BM Şartının 2. maddesinin 4. fıkrasında yer alan kuvvete başvurma yasağı<sup>41</sup> ile teamuli uluslararası hukuktaki aynı nitelikteki yasaktır. Bu nokta üzerinde varılan uzlaşma, devlet fiillerine ilişkin müzakerelerde yegâne tartışma dışı kalan oldu. Bu çerçevede üzerinde en ateşli tartışmaların döndüğü, iç içe geçmiş durumdaki iki başlık da saldırganlığı bir suç olarak tanımlama amacına bağlı olarak hukuka aykırı silah kullanmanın en iyi şekilde nasıl tanımlanabileceğiyle ilgiliydi.

Derin görüş ayrılıklarına konu olan bu iki başlıktan birincisi, 3314 sayılı Karar<sup>42</sup> ekinde yer alan ‘saldırganlık fiili’ tanımına atıf yapıлып yapılmayacağıydı. İkincisi, saldırganlık suçunun devletlerin hukuka aykırı silaha başvurma fiillerinden belli başlılarıyla sınırlı olarak tanımlanıp tanımlanmayacağıydı. Aslında daha ayrıntılı olan tabloyu biraz basitleştiresek, taraflardan birisi (daha çok Bağlantısızlar Hareketi mensubu olan devletler) herhangi başka bir ek koşul olmaksızın 3314 sayılı Karar ekinin 3. maddesinde sayılan fiillere atıf yapan daha geniş bir tanımdan yanaydı. Diğer taraf ise (birçok NATO üyesi ülke bu safta yer almaktaydı) suç sayılan fiilin tanımlanmasında bazı ek şartların da aranması gerektiğini ileri sürüyordu.<sup>43</sup> Konunun hassaslığı dikkate alındığında, SWGCA’nın devlet fiilinin tanımında her iki

---

(2002) 183- 255, s. 250; ayrıca bkz. A. Cassese, *International Criminal Law* (2nd edn., Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 157.

<sup>41</sup> Her ne kadar BM Şartının 2. maddesinin 4. fıkrası kuvvete başvurma yanında kuvvete başvurma tehdidini de yasaklamaktaysa da, bu nitelikte bir tehdit, uluslararası suça konu olacak bir fiil değildir.

<sup>42</sup> Bkz. yukarıda dipnot 14.

<sup>43</sup> Diğer seçenekler için bkz. 2002 Tartışma Belgesi par. 1.

tarafın önerilerini birleştiren bir uzlaşma sağlayabilmiş olması takdire değer. Uzlaşma formülü 3314 sayılı Karara atıfla birlikte, bazı ek şartları da içermektedir.<sup>44</sup>

Madde 8bis (2)'de 3314 sayılı karara atfın yapılma şekli dahi farklı görüşler arasında bulunan bir uzlaşma formülünü yansıtır. 3314 sayılı Kararın ekinin 1. maddesi dilini benimseyen atfın birinci cümlesi, maddenin geri kalanı açısından geçerli düzenlemeyi ifade eden başlık hükmüdür (chapeau clause). İkinci cümle, 3314 sayılı Kararın ekinin 3. maddesindeki fiilleri sıralayarak, başlık hükmü adeta örneklerle açıklar. Bu yazım tekniği Mahkemeye, sayılan örneklerde açıkça zikredilmeyen bir devlet fiilinin de başlık hükmün kapsamına girip girmediğini araştırma imkânını verir.<sup>45</sup> Son olarak, ikinci cümlede 'Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca' cümlecığının eklenmesi yapıcı bir karmaşa yaratmakta, çünkü 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddeleri hariç hangi hükümlerinin ne şekilde UCM bakımından devreye gireceği sorusunu yanıtızsız kalmaktadır. Bu soruyu yanıtlama aşamasında Mahkeme, UCM Statüsü'nün 21(3) ve 67(1)(i) maddelerinde atıf yapılan ilgili insan hakları standartlarını da içine alan normatif çerçeveden yararlanacaktır. Böylelikle, 3314 sayılı Kararın ekinin 2. maddesinin silaha önce başvuranın fiiline yüklediği karine sadece Güvenlik Konseyi'nin karar alma mekanizması açısından geçerli olacak, UCM'nin yargı faaliyetini belirlemeyecektir.

Michael Glennon bir makalesinde incelikli bir biçimde, 2009 Önerilerinin 8 bis (2) maddesindeki 'saldırganlık fiili' tanımını, hukuka aykırılık unsurunu içermediği gerekçesiyle eleştirdi. Ona göre, bu durum, meşru müdafaa halinde askeri güce başvurulması da m. 8 bis anlamında saldırganlık suçu olarak nitelenebilir.<sup>46</sup> Bu eleştiri bir yazım tekniği güçlüğüne işaret etmesi bakımından yerindedir, ancak

<sup>44</sup> Bkz. 2009 Önerileri m. 8 bis 1. ve 2. fıkraları.

<sup>45</sup> R.S. Clark, 'Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010', 2 *Goettingen Journal of International Law* (2010) 689- 711, s. 696. Madde 8 bis a ve g fıkraları arasında yer alan liste bu nedenle 'yarı-kapalı' sayılabilir. Bu durum bizce, uluslararası hukuktaki belirginlik ilkesini zedelemez (belirlilik ilkesi hakkında bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 8), par. 29-31), çünkü başlık hüküm yeterli derecede hukuki belirginlik sağlamaktadır. Farklı bir görüş için bkz. Ambos, a.g.e.

<sup>46</sup> Glennon, a.g.e., 88- 90.

dikkatli bir inceleme yazım tekniğinden hareketle bu şekilde bir sonuca varılmasının yersiz olduğunu ortaya koyacaktır. Söz konusu güçlük, 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddelerinin ‘saldırganlık fiili’ni tanımlarken meşru müdafaa hali gibi fiilin haksızlığını ortadan kaldıran durumları dikkate almıyor gibi görünmesinden kaynaklanmaktadır. Fiilin haksızlığını ortadan kaldıran hallere ancak 3314 sayılı Kararın ekinin 6. maddesindeki ‘bu tanımın içeriği Şart’ın [BM Şartı/ç.n.] kapsamını, Şart’ın kuvvete başvurmayı hukuka uygun saydığı haller de dahil olmak üzere, b genişletir ya da daraltır şekilde anlaşılabilir’ ibaresiyle dolaylı biçimde değinilmektedir. Bu yazılış şekli, 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddeleri anlamında ‘saldırganlık fiili’nin, 3314 sayılı Kararın ekinin 6. maddesinde belirtilen gibi, kuvvete başvurmayı hukuka uygun kılan sebeplerin bulunduğu halleri kapsar biçimde anlaşılması imkânını ortadan kaldırır. Glennon’un isabetle belirttiği üzere, böylece, 2009 Önerileri 8 *bis* maddesi kapsamında yorum yoluyla ‘hukuka uygun saldırı fiili’ tanımlama imkânı ortaya çıkmıştır. Ne var ki, böylesi garip bir kavramın yorum yoluyla yaratılmasının önüne, 3314 sayılı Kararın ekinin 1, 3 ve 6. maddelerinin -yine 3314 sayılı Kararın ekinin 8. maddesi gereğince- birbirleriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanmasıyla geçilebilir. Silahlı güce başvurma fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenlere yer vermemesi 3314 sayılı Kararın ekindeki ‘saldırganlık fiili’ tanımının olumsuz yönlerinden birisidir. ‘Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca’ ibaresi bu olumsuzluğu m. 8*bis* bünyesine de taşımaktadır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, 2009 Önerileri içindeki haliyle madde 8*bis* ‘saldırganlık fiili’ne kendiliğinden (per se) herhangi bir hukuki sonuç bağlamıyor. 2009 Önerilerinde ‘saldırganlık fiili’ saldırı suçuna girecek devlet fiillerinin taşınması gereken iki unsurdan sadece birisini oluşturuyor. Bu tanım çerçevesinde, madde 8 *bis* 2. fıkrasında geçen ‘saldırganlık fiili’ alt unsuru, madde 8 *bis* 1. fıkrasında geçen ‘açık alt unsurundan kopartılarak değil, bilakis bir arada değerlendirilmelidir.’<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Scheffer tarafından dile getirilen (bkz. D. Scheffer, ‘The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute’, 23 *LJIL* (2010), 897 - 904, s. 898- 901), saldırı suçuna (*crime*) ve saldırı fiiline (*act*) arasında ayırım yapıldığı iddiası da bu iki fıkra hükümlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Saldırganlık suçu kapsamındaki devlet fiillerini sadece 3314 sayılı Karar'a atıfla tanımlamak birçok sebepten çok sorunlu olurdu. 3314 sayılı Kararın ekinin 1 ve 3. maddelerindeki 'saldırganlık fiili' tanımı, daha sonraları uluslararası hukukta saldırganlık suçunun devlet fiili unsurunu tanımlamak üzere oluşturulmuş değildi. Düzenleme kaleme alınırken böyle bir niyetin var olmadığı, 3314 sayılı Kararın ekinin 5(2). maddesinin ilk cümlesinin sadece 'saldırı savaşı'ni barışa karşı bir suç olarak nitelendirmesinden de anlaşılabilir.<sup>48</sup> Bu nedenle –ve başka nedenlerle de-<sup>49</sup> 3314 sayılı Kararın ekinin 1 ve 3. maddelerinin bünyelerinde teamüli uluslararası hukukta saldırganlık suçunun devlet fiili unsurunu barındırdığını ileri sürmek güçtür.

Daha da ötesi, 3314 sayılı Karara atıf yapmakla yetinmek, saldırganlık suçunu tanımlamada asıl karşılaşılan sorunu çözmez. Uluslararası hukukun birincil normları olan BM Şartı ve uluslararası teamüli hukuk gereğince kuvvete başvurma'nın yasağının, bu yasağın özde neye yönelik olduğu son derece açık olsa da, niteliği hukuken tartışmalı olan bir gri alanla çevrili olduğu inkâr edilemez.<sup>50</sup> Bu gri alan her ne kadar devletler arasında barış ve güvenliğe ilişkin geçerli hukukun mükemmellikten uzak olduğunu gösterse de, buradaki eksiklikleri gidermenin yolu uluslararası ceza hukuku cenahından açılan arka kapıdan dolanmak değildir. Dolayısıyla, (Kampala Konferansı'nın hazırlık çalışmalarında Norveç Odak Noktası [Norwegian Focal Point] olan Büyükelçi Rolf Fife'in düşüncelerini başka bir biçimde ifade etmek gerekirse) 3314 sayılı Karar'a atıfla yetinmek, saldırganlık suçunun tanımını sağlam temellere oturtmamak ve dolayısıyla UCM'yi siyasi tartışmalara açık bir arena haline getirmek riskini ortaya çıkartacaktır.<sup>51</sup>

Tüm bu sakıncalara rağmen, devletlerin büyük çoğunluğu klasik 'saldırı savaşı' konseptini kullanmak yerine 3314 sayılı Karara atıf yapılmasını tercih ettiler.<sup>52</sup> Bu arada, bir uzlaşma sağlayabilmek için 3314 sayılı Karara atıf yapmanın gerekli olduğu da ortaya çıkmıştı. Bu

<sup>48</sup> Daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. T. Bruha, *Die Definition der Aggression* (Berlin: Duncker & Humblot, 1980), s. 126 vd.

<sup>49</sup> Genel olarak bkz. Wilmshurst, a.g.e., s. 320 vd.

<sup>50</sup> Bu gri alanı veciz biçimde ortaya koyan bir çalışma için bkz. Wilmshurst, a.g.e., s. 322- 325.

<sup>51</sup> Fife, a.g.e., s. 73.

<sup>52</sup> Belirtilmelidir ki, 'saldırı savaşı' konseptine 2002 Tartışma Belgesi'ndeki 8 *bis* maddesi taslağının 1. ve 2. seçeneklerinde başvurulmuştur.

durumda müzakereciler, bağlayıcı nitelikte bir kolektif kast şartı<sup>53</sup> getirmekle kuvvete başvurma şeklinde ortaya çıkan devlet fiilinin yeteri kadar ciddi ve hukuka aykırılığı konusunda fazla tartışmaya yer bırakmayan nitelikte olması gerektiğini savunan devletleri tatmin edecek bir ek şart düzenlemek arasında bir tercih yapmak durumunda kaldılar. Sonuçta, ikinci seçeneğin benimsenmesine dair geçici bir uzlaşma sağlanabildi. 2009 Önerilerinde yer aldığı haliyle 8 *bis* maddesinin 1. bendinin son fıkrası saldırganlık fiilinin ‘niteliği, vehameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlalini oluşturur nitelikte’ olması şartını getirir.<sup>54</sup> ‘Vahamet’ (gravity) ve ‘kapsam’ (scale) kriterleri açısından ‘yeteri ölçüde ciddi’ olma şartına bağlıyken, ‘nitelik’ (character) kriteri yukarıda sözü edilen gri bölgeye işaret eder.<sup>55</sup>

2009 Önerilerinde yer aldığı haliyle 8 *bis* maddesinin devlet fiilleri unsuruna ilişkin formülasyonu muhtemelen hiç kimseyi tam anlamıyla tatmin edememiş olsa da, bunun nihai metinde yer alması en muhtemel formül olduğu kısa sürede anlaşıldı ve dolayısıyla Kampala’ya parantez içine alınmaksızın yollandı.

### 3. Yargı Yetkisinin Kullanım Koşulları

Siyasi açıdan bakıldığında, Güvenlik Konseyinin muhtemel rolü müzakerelerdeki en nazik konudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun (ILC) hazırladığı 1994 tarihli UCM Statüsü Taslağı’nın 23(2) maddesi, UCM’nin saldırganlık suçuna ilişkin bir

<sup>53</sup> Bu nitelikte bir düzenleme açısından farklı seçenekler hakkında bir değerlendirme için bkz. C. Kreß, ‘The German Chief Federal Prosecutor’s Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression Against Iraq’, 2 *JICJ* (2004) 245- 264, s. 256- 259.

<sup>54</sup> 2002 tartışma belgesi ‘açık’ (manifest) yerine ‘aleni’ (flagrant) terimini kullanır. Daha sonraki aşamalarda bu terim değişikliğinin neden yapıldığının ‘resmi’ bir açıklaması yok gibi. Princeton’da 2006 yılında düzenlenen toplantı raporunun 20. paragrafında “‘aleni’ yerine ‘açık’ teriminin konması yönünde genel bir eğilim oluştu’ denilmekle yetiniliyor. Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 144.

<sup>55</sup> SWGCA’ya 2005 yılında sunulan ‘Tartışma Belgesi 3’, ek şartın yerine getirdiği bu ikinci işleve nedense çok dikkatli ifadelerle atıf yapmaktadır. Ne var ki, ek şartın oraya konulmasıyla güdülen amaçlardan birisi bir ek şart olması gerektiğini düşünen devletlerin tatmin edilmesidir. Bu durum, 2008 SWGCA 2008 yılı toplantısı raporunun şu bölümünde açıkça ortaya konuyor: ‘Ek şart getirilmesini savunan delegasyonlar, teamüli uluslararası hukukta saldırganlık olarak nitelendirilen fiillerden sadece en ağırlarının Mahkeme’nin yargı yetkisine girmesi, dolayısıyla yeteri kadar vahim olmayan ve gri bölgede yer alan fiillerin dışarıda bırakılması gerektiğini ileri sürdüler’. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 87 (par. 68).

kovuşturma başlatabilmesini, Güvenlik Konseyi'nin önceden bir saldırganlık fiilinin varlığını tespiti şartına bağlama önerisini getiriyordu.<sup>56</sup> Ne var ki, bu öneri ILC içinden de 'statüye taraf devletler arasında Güvenlik Konseyi üyesi olanlar ve olmayanlar, özellikle de Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olanlar ve bu sıfatı taşımayanlar açısından bir eşitsizlik yaratacağı' gerekçesiyle eleştirilmişti.<sup>57</sup> Bu eleştirinin müzakerelere katılan devletlerin ezici çoğunluğu tarafından benimsenmesi de gösteriyordu ki, ILC içinden gelen, bu tarz bir düzenlemenin 'Devletlerin Statüye taraf olma konusunda istekli davranmamalarına yol açma' yolundaki uyarıları hatalı değildi.<sup>58</sup> Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık fiili nitelemesi yapma konusunda yetkili tek merci olup olmaması sorunu son on yıl içinde büyük ilgiye mazhar oldu. Bu tartışmayı burada yeniden ele almak niyetinde değiliz. Konu hakkındaki yoğun uluslararası akademik tartışmanın ışığında, ne BM Şartının 39. maddesinin ne de UCM Statüsü'nün 5(2) maddesinin Güvenlik Konseyi'ni bu tespiti yapacak yegâne merci olarak belirlemeyi zorunlu kıldığını belirtmek yeterli olacaktır.<sup>59</sup>

34 Tüm bunlara rağmen, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri ILC'nin önerisini canı gönülden benimsediler ve görüşmelerin son anına kadar savundular. Güvenlik Konseyi'ni bu konuda tek yetkili merci olarak görmek isteyen beş daimi üyeyle, Konsey'in bu konuda UCM Statüsü m. 16'da öngörülenin haricinde hiçbir rolü olmaması gerektiğini savunanlar arasındaki uçurumu ortadan kaldıracak bir ara formülün bulunması gerçekten çok güçlü. 2009 Önerilerinde madde 15 *bis* (4) taslak önerisinin bol seçenek içerir biçimde hazırlanmış olması SWGCA'nın da, bekleneceği üzere, bu ana sorunu çözememiş olduğunun bir göstergesidir. Böylelikle, Güvenlik Konseyi'nin

<sup>56</sup> Metin için bkz. M.C. Bassiouni (ed.), *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute* (Ardsley: Transnational Publishers, 2005), s. 130.

<sup>57</sup> *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May to 22 July 1994*, UN Doc. A/49/10, 43, s. 87 vd.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Doğru hukuki tavrın ne olacağına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Schaeffer, a.g.e., s. 412 vd.; McDougall, a.g.e., s. 279 vd.; Stein, a.g.e., s. 5 vd. Glennon'un Güvenlik Konseyi'nin tek merci olması görüşünü savunmak üzere yaptığı son girişim de (bkz. Glennon, a.g.e., s. 105-109) ek bir yeni argüman ortaya koyamadı. Glennon'un savunduğu görüşler esas olarak hukuk *politikasına* ilişkin ve bu konuyla sınırlı olarak dahi ikna edici değillerdi.



rolünün ne olması gerektiğine ilişkin tartışmanın sonuçlandırılması Kampala'ya bırakıldı.

Ne var ki konuya ilişkin ortaya koydukları seçenekler açısından 2002 Tartışma Belgesi'yle 2009 Önerilerinin karşılaştırılması, SWGCA'nın bu dikenli yolda ne kadar önemli mesafe kat ettiğini ortaya koyuyor. SWGCA'nın üçüncü zorlu pakete ilişkin yaptığı çalışmalardaki elde ettiği en önemli başarı, Güvenlik Konseyinin saldırganlık suçu kovuşturmalarında Güvenlik Konseyi'nin rolünün, her ne olursa olsun, sadece prosedüral konularla sınırlı olması gerektiği yolunda bir uzlaşmayı sağlamış olmasıdır.<sup>60</sup> SWGCA'nın üyeleri bireysel ceza sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla sınırlı olarak, saldırganlık suçunda devlet fiili unsurunun şartlarının yerine gelip gelmediğini tespit etmek yetkisinin münhasıran UCM'de olduğu konusunda uzlaştılar. 'Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez'<sup>61</sup> şeklinde ifade edilen hüküm uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin bir saldırganlık fiilinin mevcut olduğuna ya da olmadığına ilişkin yapacağı tespitler, bu bağlamda özellikle 3314 sayılı Karar ekinin 2 ve 4. maddelerinde öngörülenler, UCM açısından bağlayıcı olmayacaktır. Üçüncü pakette ikinci önemli başarı, UCM Satüsü m. 13'te sayılan her üç harekete geçirme mekanizmasının saldırganlık suçuna da uygulanması konusunda varılan uzlaşmadır. 2009 önerileri m. 15 *bis* (1) bu uzlaşmayı açıkça ifade eder.

Güvenlik Konseyi'nin muhtemel rolü konusundaki görüş ayrılığının, yargı yetkisinin kullanılması koşullarıyla ilişkili bir diğer sorunla yakından bağlantılı olduğu SWGCA bünyesindeki müzakerelerde mesafe kat edildikçe daha iyi anlaşıldı. Bu, saldırganlık suçlamasına muhatap olan devletin saldırganlık suçuna ilişkin yeni düzenlemeleri onaylamamış olsa dahi Mahkeme'nin saldırganlık suçuna ilişkin yetkisini işletip işletemeyeceği sorunuuydu. Saldırganlıkla suçlanan devletin yeni düzenlemeleri onaylamaması halinde kendisine karşı bu kuralların işletilemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin UCM'nin Konsey'in oluru bulunmayan

---

<sup>60</sup> Clark, a.g.e., 700.

<sup>61</sup> Bkz. 2009 Önerileri m. 15 *bis* (5) taslağı. Bu önemli kayıt UCM Statüsü m. 15 *bis* (9) ve m. 15 *ter* (4) taslakları yoluyla Kampala uzlaşmasında da yer aldı. Bkz. aşağıda 4.F başlığı.

hallerde de kovuşturma yapması düzenlemesine ses çıkarmayacaklarını öngörmek hiç de mantığa aykırı değildi. Bu, UCM'nin saldırganlık suçuna ilişkin yetkisinin Güvenlik Konseyi merkezli ve rıza merkezli formüller arasında bir ara formül oluşturulmasını engelliyordu.

Uzlaşmaya giden yolun nereden geçtiğini bulabilmek, hem siyaset hem de hukuk açısından malum sebeplerden dolayı, hiç de kolay değildi. Siyasi açıdan, birçok delegasyon (sadece Bağlantısızlar Hareketine mensup devletler değil) UCM Statüsü m. 12'nin herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanmasını istiyordu.<sup>62</sup> UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesini (Güvenlik Konseyinin kovuşturmanın başlamasına olur verdiği durumlar haricinde) ilgili devletin saldırganlık suçu hükümlerini tanıması şartına bağlamak isteyenler bu görüşlerini, esas itibarıyla, UCM Statüsü'nün 121(5) maddesinin ikinci cümlesinin böyle bir şartın kabulünü hukuken zorunlu kıldığı gerekçesine dayandırıyorlardı. Ne var ki bu gerekçe hem söz konusu cümlelerin yorumu açısından hem de m. 121(5)'in yeni hükümlere uygulanabilirliği açısından son derece tartışmalıdır. Esasında bu tartışma da UCM Statüsü'nün 5(2). ve 121. maddelerinin saldırganlık suçu kovuşturmalarında ilgili devletin oluru ve saldırganlık suçuna ilişkin herhangi bir yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesi hallerine ilişkin barındırdıkları "temel karmaşa"dan kaynaklanmaktadır<sup>63</sup>. Müzakerelerin nihai aşamasını tam olarak anlayabilmek ve Kampala'da varılan uzlaşmanın önemini takdir edebilmek açısından, SWGCA bünyesinde UCM Statüsü'nün 5(2) maddesi ile 121. maddesinin bir arada yorumlanmasına ilişkin dört farklı modelin savunulduğunu unutmamak gerekir.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> UCM Statüsü'nün yargı yetkisinin kullanılmasında rejiminin arkasında yatan öykü için bkz. H.-P. Kaul and C. Krefß, 'Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: Principles and Compromises', 2 *Yearbook of International Humanitarian Law* (1999) 143- 175.

<sup>63</sup> Terim konunun önde gelen uzmanlarından birisinin yakın tarihli bir yayınından ödünç alınmıştır. Bkz. R.S. Clark, 'Ambiguities in Articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute', 41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 413- 427, s. 413.

<sup>64</sup> Bu görüşlerin büyük çoğunluğu 2005 Princeton toplantısı raporunda yer almıştır: Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 167- 169 (par. 5- 17). Nihai tablo için bkz., *ibid.*, s. 50- 51 (par. 6-11) ve s. 56- 57 (par. 31- 37). Burada, aşağıda açıklanacak bu dört farklı modelin Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi ihtimalini içermediğini önemle belirtmek gerekli. Bu

‘Kabul Modeli’ (Adoption Model) UCM Statüsü’nün 121(3) maddesi hükmünün uygulanmasıyla yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu madde şu şekildedir:

121. maddenin 3’ten 7’ye kadar olan paragraf hükümleri, bir Gözden Geçirme Konferansında ele alınmış Statü değişikliklerinin kabul edilmesinde ve yürürlüğe girmesinde uygulanır.

‘Kabul Modeli’nde Mahkeme, bir Taraf Devletler Asamblesi ya da Gözden Geçirme Konferansı’nda yeni hükümlerin kabul edilmesi durumunda, UCM Statüsü m. 12 uyarınca yargı yetkisini kullanmaya başlayacaktır. Bu yorum, UCM Statüsü m. 5(2)’nin lafzının, tıpkı m. 121(3) gibi, sadece ‘kabul’ deyimini içermesine dayandırılmaktadır. Bu yorumun sorunlu yönü, UCM Statüsü’nün saldırganlık suçu bağlamında *kabul (adoption)* ve *yürürlüğe girme (entry into force)* arasında bir ayırım yapmadığı durumlarda, örneğin UCM Statüsü’nün 122. maddesinde öngörülen hallerde, yetersiz kalmasıdır. Aynı şekilde, bu formülün benimsenmesi halinde devletlerin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri imzalamasına herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamaktadır. Ne var ki, konunun siyasi önemi dikkate alınır, böyle bir sonuç şaşırtıcı olacaktır.

‘Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’ (Article 121(5) Model with a Negative Understanding) yelpazenin diğer ucunda yer alan görüştür. UCM Statüsü’nün 121(5) maddesi şöyledir:

Bu Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler, değişiklikleri kabul etmiş taraf devletler açısından onay veya kabulün bildirilmesinden bir yıl sonra yürürlüğe girer. Mahkeme, değişikliği kabul etmeyen bir taraf devletin uyrukları tarafından veya ülkesinde meydana gelen bir suç ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanamaz.

‘Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’, saldırganlık suçu faillerinin vatandaşı olduğu devletin ya da saldırganlık suçu ülkesi üzerinde işlenen devletin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmemesi hallerinde UCM’nin yargı yetkisini

---

noktada, SWGCA’nın tüm üyeleri UCM’nin yargı yetkisini devlet olurunun herhangi bir biçimine bağlı olmaksızın kullanması konusunda uzlaşmışlardı. Bkz. *ibid.*, s. 55- 56 (par. 28- 29).

kullanamayacağını ifade eder.<sup>65</sup> Bu yorumun en temel ve önemli sorunlu noktası, UCM Statüsü m. 5(2)'nin 'yürürlüğe girme'den söz etmemesidir. Bu maddeyi, lafzı itibarıyla, UCM Statüsü m. 121(5) yönelik biçimde okumak güçtür. Öte yandan, eğer saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeler UCM Statüsü m. 121(5) kapsamı dışında gerçekleşen bir değişiklik olarak kabul edilirse, bu değişikliğin UCM Statüsü m. 121(5)'in öngördüğü üzere '(b)u Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler'den sayılıp sayılmayacağı noktası belirsiz kalır. Söz konusu değişikliğin ya bu maddeleri etkilemediği ya da yargı yetkisinin kullanılması koşullarına ilişkin olması sebebiyle bu maddelerin kapsamının ötesine geçtiği iddia edilebilir. Son olarak, bu model saldırganlık suçunun, Statüye sonradan eklenecek diğer suçlardan farklı olarak, UCM Statüsü m. 5(1)(d) itibarıyla zaten Statüye mündemiç olduğunu göz ardı etmektedir.

'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' (Article 121(5) Model with a Positive Understanding)'ne göre, UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesi, UCM Statüsü m. 12(2) uygulanması açısından saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmeyen taraf devletleri Statüye hiç taraf olmamış devletlerle aynı konuma getirmek şeklinde sınırlı bir etkiye sahiptir.<sup>66</sup> Bu yorumun en önemli sonucu, failin vatandaşı olduğu devletin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmemesi halinde UCM'nin yargı yetkisini kullanamayacağı iddiasının kategorik olarak ileri sürülememesidir. Bu durumda, eğer suçun ülkesi üzerinde işlendiği devlet ilgili düzenlemeleri kabul etmişse, Mahkeme UCM Statüsü m. 12(2) uyarınca yargı yetkisini kullanabilecektir.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Yukarıda dipnot 64'te belirtildiği gibi, bu modeli savunanlar UCM Statüsü m. 125(2) düzenlemelerini Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi hallerinde uygulanmamasını talep ediyorlardı. Bu düzenleme her ne kadar üç harekete geçirme mekanizması arasında bir fark gözetmiyorsa da, bu düzenlemenin UCM Statüsü m. 13(b) uyarınca Güvenlik Konseyinin devreye girdiği hallerde uygulanmaz olan m. 12(2)'yle bağlantılı olduğu ileri sürülebilir.

<sup>66</sup> Bu modelin saldırganlık suçu çerçevesini aşan nitelikte bir açıklaması için bkz. A. Reisinger Coracini, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?, 21 *LJIL* (2008) 699- 718, s. 707- 714.

<sup>67</sup> Bu, saldırıya uğrayan devletin ülkesinin UCM Statüsü m. 12(2) anlamında suçun işlendiği yer olduğu görüşüne dayanır. Bu, SWGCA mensupları tarafından genel olarak paylaşılan görüştür. Bkz. Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e. 28, s. 57 (par. 38 and 39).

UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesinin en esnek yorumu 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' tarafından ortaya konulandır. Bu yorum, Statüye hiç taraf olmamış devletlerle saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmeyen taraf devletler arasında adil olmayan bir fark yaratılmasının önüne geçer. 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' böyle bir ayırım yapılması sonuca kaçınılmaz biçimde yol açmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere, bu modele göre UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesi, m. 12(2) hükümlerine bir istisna oluşturur. Ne var ki, bu istisna sadece taraf devletlere uygulanır niteliktedir, çünkü UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesinde sadece taraf devletlerden söz edilmektedir.<sup>68</sup> Bu ayırımı yapmak zorunda olmaması 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nin üstünlüğünü oluşturur. Yine de, 'olumlu anlam'ın söz konusu maddenin ikinci cümlesinin lafzından doğrudan çıkarılamayacağını inkar etmek mümkün değildir.<sup>69</sup> Madde 121(5)'in ikinci cümlesinin 'olumlu' okunmasına ilişkin bu genel sorunun yanı sıra, 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli', salt saldırganlık suçuna ilişkin olarak uygulanmak üzere düşünülmüş bir model olarak, 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' ile birlikte aynı genel sorunla karşılaşmaktadır: Ne UCM Statüsü m. 5(2) ne de UCM Statüsü m. 121(5) salt saldırganlık suçuna ilişkin olarak uygulanmak üzere kaleme alınmıştır.

'Madde 121(4) Modeli', saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri UCM Statüsünün değiştirilmesi olarak değerlendirir, yukarıda sayılan sebeplerden en az birine dayalı olarak, bunların UCM Statüsü m. 121(5) anlamında 'Bu Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler'den olmadığını savlar. Bu yorum, UCM Statüsü m. 121(4)'ün uygulanmasını gerekli kılar. Bu düzenleme şöyledir:

5. paragrafta öngörülen durum hariç olmak üzere, bir değişiklik, bütün taraf devletlerin sekizde yedisinin onaylama veya kabul belgelerini

---

<sup>68</sup> Belirtmek gerekir 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'ni savunan devletlerin büyük çoğunluğu Statüye hiç taraf olmayan devletlerle Statüye taraf ancak saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri benimsemeyen devletler arasında bir ayırım yapılmasından rahatsızdılar ve bu ayırımı ortadan kaldıracak bir sonuca varmak için istekliyidiler. Ayrıca bkz. Aşağıda dipnot 119.

<sup>69</sup> 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nin etkileyici şekilde savunan bir çalışma için bkz. Reisinger Coracini, a.g.e.

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne tevdi etmesinden bir yıl sonra, tüm taraf devletler için yürürlüğe girer.

Yukarıda söylenenler ışığında, 'Madde 121(4) Modeli'nin de, UCM Statüsü m. 5(2)'nin lafzının 'değişiklik'lerden söz etmemesi sorunuyla karşılaşacağı aşikârdır. Ayrıca, UCM Statüsü m. 121(5)'te öngörülen usulle yeni suçların Statü kapsamına alınması durumlarıyla karşılaştırıldığında, saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girmesine m. 121(4) hükümlerini uygulamak garip olur. Mahkeme, UCM Statüsü m. 121(5)'in ilk cümlesi uyarınca, yeni kabul edilen bir suç için yargı yetkisini ilk onay belgesinin tevdi tarihinden ancak bir yıl sonra kullanabilecekken, saldırganlık suçu söz konusu olduğunda, bu suç UCM Statüsü m. 5 itibarıyla hâlihazırda Mahkeme'nin yargı yetkisi içindeyken, Mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için taraf devletlerin sekizde yedisinin onayı şartının yerine gelmesi beklenecektir.

Ne yazık ki yukarıda izah edilen karmaşık yorum sorununu [Roma Konferansı'nın/ç.n.] hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) başvurarak halletmek mümkün değildir. Roger Clark'ın (kendisi UCM Statüsü'nün 13. Bölümü müzakerelerine doğrudan katılmıştır) gösterdiği üzere, metinleri kaleme alanların UCM Statüsü m. 5(2)'nin m. 121 ile birlikte ne şekilde uygulanacağı konusunda herhangi bir irade beyanları yoktur (bu maddelerin her biri iki farklı çalışma grubu tarafından kaleme alınmıştır.<sup>70</sup> Bu kördüğümü çözmek üzere, Kampala'dan çok önce hem SWGCA içinden hem de dışarıdan 'özel bir yürürlüğe girme mekanizması' düzenlenmesi önerileri gelmiştir.<sup>71</sup>

#### ***D.Suçun Unsurları Taslağında Uzlaşma***

Roma Konferansı Nihai Belgesi'nin F Kararı, taraf devletlere UCM Statüsü m. 9 anlamında "Suçun Unsurları"nın da (Elements of Crime) benimsemeleri konusunda yol gösteriyordu.<sup>72</sup> Buna paralel olarak, Hazırlık Komisyonu bünyesindeki Saldırganlık Çalışma Grubuna "Unsurlar"ın içeriğinde neler olması gerektiğine ilişkin bazı düşünceler iletilmişti. 2002 Tartışma Belgesi de bu konuda bir taslak

<sup>70</sup> Clark, *a.g.e.*, s. 421- 425.

<sup>71</sup> Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, *a.g.e.*, s. 51 (par. 11); Reisinger Coracini, *a.g.e.*, s. 716.

<sup>72</sup> *Supra* note 20.

metin içeriyordu.<sup>73</sup> Unsurlar hakkındaki diğer çalışmalar, m. 8 *bis* konusunda geçici bir uzlaşmaya varılmasına dek ertelenmişti. 2009'da bu konuda uzlaşma sağlanınca, Avustralya ve Samoa delegasyonları<sup>74</sup> bir ilk taslak hazırlama işine giriştiler.<sup>75</sup> Nisan 2009'da İsviçre'nin Montreux kentinde yapılan gayri resmi toplantıda bu taslak etraflıca tartışıldı. Bu toplantı sonucunda oluşturulan metin ve buna ilişkin detaylı açıklamalar<sup>76</sup> Haziran 2009'da New York'ta Princeton Club'de yapılan bir ara toplantıda tüm delegasyonlara iletildi. Bu toplantıda, nihai karara Kampala'da varılmak üzere, aşağıdaki taslak metin üzerinde anlaşmaya varıldı:

### **Giriş**

1. Madde 8 *bis*'in ikinci fıkrasında geçen tüm fiiller saldırganlık fiili olarak nitelendirilecektir.
2. Failin kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'nı ihlal eder nitelikte olup olmadığına ilişkin bir hukuki değerlendirme yaptığının kanıtlanması şartı aranmayacaktır. (yazarların notu: orijinal metindeki dipnot buraya alınmamıştır)
3. "Açık" (manifest) terimi nesnel bir nitelendirmedir.
4. Failin kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'nı "açıkça" ihlal eder nitelikte olup olmadığına ilişkin bir hukuki değerlendirme yaptığının kanıtlanması şartı aranmayacaktır.

### **Unsurlar**

1. Fail bir saldırganlık fiilini planlar, hazırlar, başlatır ya da icra eder.
2. Fail bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişidir. (yazarların notu: orijinal metindeki dipnot buraya alınmamıştır)
3. Saldırganlık fiili -bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ya da bağımsızlığına karşı silahlı

---

<sup>73</sup> Bkz. yukarıda dipnot 22; taslak, yukarıdaki metinde dipnotta atf yapılan kaynakta mevcut değildir.

<sup>74</sup> Unsurlar konusundaki kuramsal temellere ilişkin Samoa delegesinin akademik katkısı için bkz. Roger S. Clark, a.g.e.

<sup>75</sup> 2009 SWGCA Toplantısı raporunda bu girişim zikredilir. Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 58 (par. 42).

<sup>76</sup> Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 36- 42.

güç kullanması ya da Birleşmiş Milletler Şartı'yla uyumsuz şekilde davranması- icra edilmelidir.

4. Fail somut koşullar itibarıyla bu kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'yla uyumsuz nitelikte olduğunu bilmelidir.

5. Saldırganlık fiili niteliği, vahameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini oluşturmalıdır.

6. Fail somut koşullar itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalinin oluştuğunu bilmelidir.<sup>77</sup>

Suçun Unsurları taslağı münhasıran suçun tanımı konusuyla ilgilenir. Unsurlar, UCM'nin yargı yetkisine giren diğer suçlar için geçerli olan suç unsurlarının genel yapısına göre oluşturulmuş ve UCM Statüsündeki bunlara ilişkin "Genel Giriş" ışığında okunmalıdır.<sup>78</sup> Saldırganlık suçunun Unsurları taslağında suç tanımındaki bazı kilit kavramların tanımlamasından özellikle kaçınılmış olmasına rağmen, iki noktada önemli açıklamalar getirilmiştir.

Üçüncü Unsur, devlet fiilinin icra edilmiş olması gereğini açıkça ortaya koyar. Dolayısıyla, saldırganlık fiilinin planlanması veya hazırlanmasının erken evrelerindeki bireysel fiiller, ancak açıkça hukuka aykırı bir devlet fiili icra edilirse bireysel ceza sorumluluğu doğuracaktır. Devletler bu noktada, önceden var olan teamüli uluslararası hukuk sınırları içinde kalma isteklerini ortaya koymuşlardır. Yine de, en azından bazı hallerde tamamlanmamış devlet fiillerine iştirakin, UCM Statüsü m. 25(3)(f) uyarınca teşebbüs sayılıp sayılmayacağı sorusu sorulabilir.<sup>79</sup> Bu, teşebbüs kavramının çok genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu satırların yazarlarından bir tanesi, 'kolektif bir fiile teşebbüs' konusundaki ciddi şüphelerini daha önce beyan etmiştir.<sup>80</sup>

Giriş bölümündeki ikinci ve dördüncü fıkralarla birlikte okunması gereken dördüncü ve altıncı taslak unsurlar, UCM Statüsü m. 32(2)'nin saldırganlık suçuna nasıl uygulanması gerektiği konusunda

<sup>77</sup> ICC-ASP/8/Res. 6.

<sup>78</sup> Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e., s. 38 (par. 1- 3).

<sup>79</sup> Belirtilmelidir ki, 2002 Tartışma Belgesi'nden farklı olarak, 2009 önerileri bu düzenlemenin saldırganlık suçuna uygulanmasını dışlamamaktadır.

<sup>80</sup> "Tartışma Belgesi 1" metin için bkz. Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e., s. 192.



önemli açıklamalar getirir. Devletin silahlı güce başvurmasının açık hukuka aykırılığı konusunda yanılıya düşmüş olmanın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ilkesi getirilmiştir. İlk bakışta, hukuki nitelendirmede yanılıya düşmenin bir savunma olarak ileri sürülmesi imkânının ortadan kaldırılması çok ağır bir kural gibi görülebilir. Ne var ki, açık hukuka aykırılığın bir objektif şart olarak belirlenmiş olması, zaten kuvvete başvurma yasağının ‘gri bölge’inde kalan silaha başvurma eylemlerinin devlet fiili unsuru kapsamının dışında kalması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, açıkça hukuka aykırılık objektif şartı, hukuken niteliği tartışmalı vak’alarda (kısmen) hukuki nitelendirmede yanılığın savunmasının işlevini görmektedir.<sup>81</sup> Dolayısıyla, bu savunmanın ayrıca zikredilmesi ne gerekli ne de arzulanır olur.

#### 4. Kampala’da Nihai Karşılaşma

2009 önerileri SWGCA bünyesinde gerçekleştirilen önemli ilerlemeyi yansıtıyor,<sup>82</sup> bu da UCM Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nın başarısı için umut yatıyordu. Ne var ki, 31 Mayıs 2010 günü delegasyonlar Kampala’ya vardığında, bu umudun somut sonuçlara dönüşüp dönüşmeyeceği halen belirsizdi. En azından Kampala haricindeki başkentlerde şüpheliğin egemen olduğunu söylemek herhalde haksızlık olmaz. Konferansın başarılı olabilmesi için yerine gelmesi gereken üç şart şunlardı: Taraf devletler 2009 Önerileri’ndeki 8 *bis* maddesi taslağında ve Unsurlar taslağında şekillenen, suçun tanımına ilişkin vardıkları uzlaşmaya uymalıydı. Taraf devletler saldırganlık halinde Mahkeme’nin yargı yetkisine ilişkin (Güvenlik Konseyi’nin muhtemel rolü hakkındaki ana sorunu

<sup>81</sup> Objektif açık hukuka aykırılık prensibiyle sübjektif hukuki nitelendirmede hata savunmasının işlevsel eşdeğerliği konusunda daha ayrıntılı bir açıklama için bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 53), s. 260- 261.

<sup>82</sup> Gözden Geçirme Konferansı’nda müzakerelere temel teşkil eden, 25 Mayıs 2010 tarihli *Conference Room Paper on the Crime of Aggression (RC/WGCA/1)* süreçte elde edilen ilerlemeyi son derece usta bir biçimde özetler. Bu belge, 2009 Önerilerini ve Unsurlar taslağını özlü biçimde sunmakta ve Roma Statüsü’nde saldırganlık suçuyla ilgili yapılacak değişiklikler taslağı, Suçun Unsurları bölümünde yapılacak değişiklikler taslağı ve yapılan değişikliklerin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin esaslar taslağını da içeren biçimde, bir nihai karar taslağı için elverişli bir yapı sunuyordu. Konferansın sonunda kabul edilen belge bu yapıya uygun oluşturuldu. Bkz. The final document RC/Res.6, Annex II. Amendments to the Elements of Crimes, adopted by consensus at the 13<sup>th</sup> plenary meeting, on 11 June 2010, advance version, 28 June 2010, 18:00, 1-6, s. 5; [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf) [5 Ekim 2010].

da içeren) bir çözüm geliştirmeliydi. Son olarak da, sonuçta ortaya çıkacak olan paket taraf devletlerle Statüye henüz taraf olmayan devletler arasında ciddi bir sürtüşmeye yol açmamalıydı. Kâğıt üzerinde, nihai kararın üçte iki çoğunlukla alınması mümkündü (UCM Statüsü m. 121(3)), ancak oylamaya katılma yolunda kuvvetli bir siyasi iradenin varlığı şüpheliydi. Karar almak için gerekli çoğunluğu sağlayacak sayıda devletin salonda mevcut bulunup bulunmayacağı dahi şüpheliydi. Bu durum, uzlaşma sağlamak için “oylamaya gitmek” kozunu oynamayı da neredeyse imkânsız kılıyordu. Hal böyle olunca, tartışmayı mümkün olduğunca yargı yetkisinin kullanılması koşullarına odaklamak ve ilk olarak devlet kabulü konusunda bir uzlaşma sağlamaya çalışmak en iyi müzakere stratejisi olarak kendini gösterdi. Bir kez bu konuda uzlaşmaya varıldığında, Fransa ve Birleşik Krallığın saldırganlık konusunda Güvenlik Konseyi’nin münhasır yetkisi konusundaki katı tutumlarından vazgeçecekleri umulabilirdi. Neyse ki, özellikle Çalışma Grubu Başkanı ile Konferans Başkanının yaratıcı yol göstericiliği sayesinde, bu strateji sonuçta başarılı oldu.<sup>83</sup>

#### 44 *A. Perde Açılıyor: Umut Vaat Etmeyen Seçeneklerin Elenmesi*

Saldırganlık suçu üzerine çalışmalar ilk aşamada ilgi duyan delegasyonların kuliste Saldırganlık Suçu Çalışma Grubu (Working Group of the Crime of Aggression - WGCA) Başkanı’yla ikili temasları şeklinde başladı. İlk resmi toplantı 4 Haziran 2010 Cuma günü yapıldı. Bu toplantıda söz alanların hepsi, tarihi bir fırsatın yakalanmış olduğunu ve bunun değerlendirilmesi gerektiğini vurguladılar. Kampala’da hemen herkes tarafından paylaşılan hızlı ve kararlı şekilde ilerleme gerekliliğine binaen, Konferans Başkanı’nın birinci *Revised Conference Room Paper*’ında<sup>84</sup>, Güvenlik Konseyi’nin hareketsiz kalması halinde BM Genel Kurulu’nun devreye girmesi ve yine aynı durumda Uluslararası Adalet Divanı’na prosedüral bir rol verilmesine ilişkin iki uzlaşma önerisinin, gündemden çıkarılması

<sup>83</sup> Ürdün’ün ABD Büyükelçisi ve Taraf Devletler Asamblesi’nin ilk Başkanı Prens Zeid Ra’ad Zeid El-Hüseyn WGCA’da müzakerelere başkanlık yaptı. Taraf Devletler Asamblesi’nin hâlihazırdaki Başkanı Christian Wenaweser ise Gözden Geçirme Konferansı’nın Başkanıydı.

<sup>84</sup> RC/WGCA/1/REV.1, 6 Haziran 2010.

önerildi.<sup>85</sup> Bu seçenekler arada geçen zaman içinde potansiyellerini tüketmiş olduğundan, bu öneriye itiraz eden olmadı.

### ***B. İlk Perde: Arjantin, Brezilya ve İsviçre'nin Açılış Hamlesi***

6 Haziran 2010 Pazar günü Arjantin, Brezilya ve İsviçre'nin, daha sonra 'ABİ Önerisi'<sup>86</sup> olarak anılacak bir gayri resmi belgeyi (non-paper) sunmasıyla müzakerelerin son aşaması başlamış oldu. Bu belge, UCM Statüsü'nün 13. maddesinde öngörülen kovuşturma başlatma usullerinden Güvenlik Konseyi'ne ilişkin olanını diğer iki usulden ayırması nedeniyle, devlet onayı konusundaki görüş farklılıklarını uzlaştırmaya yönelik yaratıcı bir teşebbüs olarak değerlendirildi.<sup>87</sup> Buna göre, kovuşturmanın Güvenlik Konseyi'nin inisiyatifıyla başlaması usulünün yürürlüğe girmesi UCM Statüsü m. 121(5)'in ilk cümlesi uyarınca düzenlenecekti ve UCM Statüsü m. 13(b)'ye uygun olarak yargı yetkisinin kullanılabilmesi için başka bir koşul gerekmeyecekti. Buna karşılık, kovuşturmanın diğer iki usule göre başlatılabilmesi usulü UCM Statüsü m. 121(4) uyarınca düzenlenecekti. Bu çerçevede, yargı yetkisinin kullanılabilmesi koşulları UCM Statüsü m. 12(2) tarafından düzenlenmiş olacaktı. 7 Haziran 2010 Pazartesi günü 'ABİ Önerisi' yaratıcı içeriğiyle çok övgü topladı ve bu olumlu hava müzakerelerin devamında da etkili oldu. Kovuşturmanın Güvenlik Konseyinin inisiyatifıyla başlatılması seçeneğinin diğer iki kovuşturma başlatma seçeneğinden ayrılması önerisi Başkan'ın 7 Haziran 2010 günlü *Conference Room Paper on the Crime of Aggression* içinde yer aldı.<sup>88</sup> Ne var ki, bu öneri büyük ölçüde 'Madde 121(4) Modeli'ne dayandığı için 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' taraftarlarınca desteklenmesi pek ihtimal dâhilinde değildi. Fransa ve Birleşik Krallığın desteğini alma ihtimali ise daha da düşüktü. Dolayısıyla müzakerelerin devamında daha hamleler gelmesi gerekiyordu.

<sup>85</sup> Bu seçeneklerin formülasyonu için bkz. 2009 Önerileri m. 15 *bis* par. 4, alternatif 2, 3. ve 4. seçenekler.

<sup>86</sup> Bkz. *Non-paper submitted by Argentina, Brazil and Switzerland as of 6 June 2010*. Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

<sup>87</sup> Bkz. yukarıda 3.C.3 başlığı.

<sup>88</sup> Bkz. RC/WGCA/1/Rev.2, 7 Haziran 2010, madde 15 *bis* ve 15 *ter* taslakları.

### **C. İkinci Perde: Kanada'nın Cevabı**

8 Haziran 2010 günü Kanada, 'menü yaklaşımı' adını verdiği bir öneriyle 'ABİ Önerisi'ni cevapladı.<sup>89</sup> Kanada önerisi 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'ni Güvenlik Konseyi'nin bir saldırganlık fiili tespiti yapması gerektiği haller için bir 'tercih' (opt-in) mekanizmasına dönüştürüyordu. Buna göre, Ön Yargılama Dairesi'nin olur vermesi ve 'tüm ilgili devletler'in bu yönde tercih bildirmesi üzerine Mahkeme soruşturmayı başlatabilecekti. Güvenlik Konseyi'nin söz konusu tespiti yapmadığı hallerde, bu öneri sıkı bir karşılıklılık esasına dayalı devlet onayı mekanizmasının yargılama yetkisini belirlemesi anlamına gelecekti. Tahmin edileceği üzere, Kanada önerisi 'ABİ Önerisi'nin taraftarları arasında ciddi bir memnuniyetsizlik yarattı. Bu durumda, her iki "kamp"ın karşılıklı müzakerelere girişmesi kaçınılmaz oluyordu.

### **D. Üçüncü Perde: Orta Yolu Bulmak**

9 Haziran 2010 Çarşamba günü öğleden sonra, karşılıklı görüşmeler, kolaylık açısından 'ABİK Gayri Resmi Belgesi' olarak anılacak (oysa başka ilgili delegasyonlar da orta yolu bulma çabalarına aktif katılmışlardı) bir ortak deklarasyonla sonuçlandırıldı.<sup>90</sup> 'ABİK Gayri Resmi Belgesi', artık üzerinde tam bir uzlaşma sağlanmış olan Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi halinde Mahkeme'nin yargı yetkisini başka herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kullanacağı ilkesini başlangıç noktası olarak belirliyordu. Bu Belge, dolayısıyla, doğrudan diğer iki harekete geçirme mekanizması üzerinde yoğunlaşıyordu. Bu deklarasyon nihai uzlaşmaya giden yolu açmış olduğu için, burada aynen naklediyoruz:

### **Madde 15 bis**

### **Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi**

### **(Devlet başvurusu, *prorio motu*)**

### **4. (2. alternatif)**

---

<sup>89</sup> Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

<sup>90</sup> Bkz. *Declaration (Draft of 9 June 2010 16h00)*. Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

...

*4bis* Mahkeme bir Taraf Devletin vatandaşları tarafından ya da ülkesi üzerinde işlenen saldırganlık suçu üzerindeki yargı yetkisini, bu Taraf Devlet işbu maddenin 4. fıkrasında belirtilen şekilde Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmediğine ilişkin bir deklarasyon iletmediği hallerde, 12. madde uyarınca kullanır.

*4ter* Anılan deklarasyon Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne 31 Aralık 2015 gününden önce teslim edilir. Roma Statüsü'nü bu tarihten sonra imzalayan ya da onaylayan Devletler, imza ya da onayı müteakiben bu deklarasyonu iletir. Deklarasyonu uygun görülen her zaman geri çekmek mümkündür. Bu durumda, Mahkeme, 1. fıkra hükümleri uyarınca ilgili Devlet hakkında yargı yetkisini kullanabilir.

*4cor* Statü'nün tarafı olmayan bir Devletin vatandaşları tarafından ya da toprakları üzerinde saldırganlık suçunun işlenmesi söz konusu olduğunda, Mahkeme bu maddede belirtilen şekillerde yargı yetkisini kullanamaz.

'ABİK Gayrı Resmi Belgesi', böylece, saldırganlık suçunu UCM Statüsü m. 12 hükümlerine tabi tutmak fikrini benimsiyor, ancak buna iki önemli *askıya alma hali* ekliyordu. Birincisi, her Taraf Devlet sistemin dışında kalma hakkına sahip olmalıydı. İkincisi, Mahkeme, saldırganlık suçunun Statü'nün tarafı olmayan devletlerin vatandaşları tarafından ya da ülkeleri üzerinde işlenmesi halinde yargı yetkisine sahip olmamalıydı. Bu yaratıcı uzlaşma formülü, 'Madde 121(4) Modeli'ni UCM Statüsü m. 12'nin uygulanmasında başlangıç noktası olarak alıyor, ancak devlet olurunun bulunmamasına ilişkin iki hal düzenleyerek 'Madde 121(4) Modeli'nin sonuçlarını önemli ölçüde yumuşatıyordu. Mahkemenin yargı yetkisinin kullanılabilmesinin bir "aktivasyon şartı"na bağlanması tabloyu tamamlayan noktaydı. UCM Statüsü'nün m. 121(5) düzenlemesi yürürlüğe girmede referans noktası haline dönüşürken, taslak m. 15 *bis* (1) yargı yetkisinin kullanılabilmesi açısından ek bir koşul getiriyor, 'bu maddenin her bir Taraf Devlet açısından yürürlüğe girmesinden sonra' beş yıl geçmesini öngörüyordu. 'ABİK Gayrı Resmi Belgesi' kısa sürede büyük destek aldı. Önerinin, Taraf Devletler arasında bir uzlaşmanın temellerini atıyor olması itibarıyla, Konferansın son iki gününün dinamiklerine etkisi çok büyüktü. Ancak, Fransa ve Birleşik Krallığın

bu uzlaşma içinde yer almasının ayrıca sağlanması gerekiyordu, çünkü ‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ ‘2. Alternatif’i benimsemek suretiyle, Güvenlik Konseyi’nin münhasır yetkisi fikrini reddetmekteydi. Bu iki devletin, Güvenlik Konseyi’nin Statü’ye taraf olmayan diğer üç daimi üyesiyle birlikte, ‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ni bağırılarına basmaları pek beklenemezdi. Nitekim, bu öngörünün yerindeliği kısa sürede ortaya çıktı.

### ***E. Perde Arası: ABD ile Yakın Temas***

‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ni ortaya çıkaran müzakereler devam ederken başka konulara ilişkin istişareler de yürüyordu. 4 Haziran 2010 günü yaptığı açılış konuşmasında, aynı zamanda ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri olan ABD Delegasyonu Başkanı, ABD’nin m. 8 *bis* taslağındaki saldırganlık suçu tanımından duyduğu memnuniyetsizliği ifade etti.<sup>91</sup> Ona göre, hukuka uygun fiillerin de suç tanımına girmesi ve teamüli uluslararası ceza hukukundan ayrılması iki riskli konuydu. Ancak, m. 8 *bis* taslağındaki ifadenin değiştirilmesini şart koşmadan, bu iki noktanın ilgili düzenlemeye yönelik yapılacak açıklayıcı beyanlarla (understandings) ele alınması seçeneğine değinmesi önemliydi. Bu saptamalara uygun olarak, 7 Haziran 2010 günü, ABD Delegasyonu m. 8 *bis* taslağına iliştirilmek üzere uzun bir açıklayıcı beyanlar listesini resmen ilettili.<sup>92</sup> Madde 8 *bis* taslağı üzerindeki daha önceden var olan güçlü uzlaşmayı ve müzakerelerde bir hayli yol alınmış olmasını dikkate alan birçok delegasyon, bu öneriler üzerinde yeniden müzakerelere başlama konusunda anlaşılır bir çekingenlik içindeydi. Ancak, Kampala’ya açık ve yapıcı bir ruhla gelmiş olduğu bariz olan bir ABD Delegasyonu ile işbirliği yapmaktan kaçınmanın pek akıl karı olmayacağı duygusu da mevcuttu. Bu nedenle, Alman Delegasyonu’na bu açıklayıcı beyan taslakları üzerinde yürütülecek müzakereler için Odak Noktası (Focal Point) olma ve uzlaşmaya varmada ihtimalleri ele alma görevi verildi.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Harold Hongju Koh’un demecininin tam metni için bkz.

<http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> [5 Ekim 2010].

<sup>92</sup> WGCA’ya Savunma Bakanlığı İkinci Yardımcısı William K. Lietzau tarafından sunulan başlıksız belge; belge metni yazarlarda mevcuttur.

<sup>93</sup> İlk yazar Alman Delegasyonu içinde bu sıfatı üstlenmiş, ikinci yazar da kendisine bu görevde yardımcı olmuştur.

8 ve 9 Haziran tarihlerinde yürütülen yoğun ikili ve çok taraflı istişareler sonucunda, m. 8 *bis* taslağını teamüli uluslararası ceza hukukundan ayırmayı ve bazı devlet fiili çeşitlerini açıkça saymak suretiyle saldırganlık suçu tanımını dışında bırakmayı hedefleyen öneriler üzerinde uzlaşmaya varılmasının ihtimal dâhilinde olmadığı anlaşıldı. Ne var ki, kuvvet kullanmaya dair bazı devlet fiillerinin saldırganlık suçu tanımının dışında bırakılmasını müzakere etmekten imtina etmek, bu konuda mutlaka ABD'den farklı düşünmek anlamına gelmiyordu. Bu noktanın özellikle ABD'nin kuvvet kullanımı içeren insani müdahaleleri m. 8 *bis* kapsamı dışında tutmak konusunda yaptığı öneri açısından vurgulanması çok önemli. Bu noktadaki esas kaygı, uluslararası güvenlik hukukunun ana konularını diplomatik bir müzakere sürecinin sonlarında, alelacele kaleme alınacak açıklayıcı beyanlarla çözümlenmeye çalışmanın uygun bir yöntem olmamasıydı.

Bu nedenle Alman Delegasyonu 'minimalist yaklaşım' benimseme kararı aldı ve ABD Delegasyonu açısından önemli olduğu anlaşılan, daha genel ifadelerle kaleme alınmış iki öneri üzerinde uzlaşma sağlama arayışına girdi. 9 Haziran 2010 tarihinde Odak Noktası, aşağıdaki iki açıklayıcı beyanı konuyu çözümlenmek için tek bir gayrı resmi istişare oturumunda bir araya gelmiş delegasyonlara sundu:

### 1. Açıklayıcı Beyan X

Bir saldırganlık fiilinin işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde her bir durum, kuvvete başvurma nedeni ve ilgili fiillerin ve sonuçlarının vahametini de kapsar biçimde, tüm özellikleriyle ele alınır; ve hukuka aykırı kuvvete başvurma hallerinin ancak en ciddi ve tehlikeli olanları saldırganlık fiilini teşkil eder.

### 2. Açıklayıcı Beyan Y

Bir saldırganlık fiilinin Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlali olup olmadığı belirlenmesinde, fiilin nitelik, vahamet ve kapsam unsurlarının her biri tek başına ve birbirlerinden bağımsız olarak "açık" tanımlamasını destekler nitelikte olmalıdır.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Bkz. *Non-Paper on possible further understandings (Annex III of the Conference Room Paper)*. Yazarların elinde metni bulunan bu gayrı resmi belge, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

Her iki öneri de genellikle iyi karşılandı, ancak bazı formüle edilmiş noktalarına ilişkin tartışmalar yapıldı. Açıklayıcı Beyan X taslağına ilişkin olarak İran Delegasyonu 3314 sayılı Karar ekinin 2. maddesinin diline sadık kalınması önerisini getirdi. ABD Delegasyonu bu öneriyi benimseyince, daha sonra Gözden Geçirme Konferansı tarafından altıncı Açıklayıcı Beyan (Understanding) olarak benimsenecek şu metin ortaya çıktı:

Saldırganlık hukuka aykırı kuvvet kullanımının en ciddi ve en tehlikeli biçimidir; ve bir saldırganlık fiilinin işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde her bir durum, kuvvete başvurma nedeni ve ilgili fiillerin ve sonuçlarının vahametini de kapsar biçimde, Birleşmiş Milletler Şartı çerçevesinde ele alınır.<sup>95</sup>

Açıklayıcı Beyan Y Kanada Delegasyonunun talebi üzerine yeniden formüle edildi. Kanada, bir devletin bir silahlı güce başvurma fiilinin bir unsur açısından ‘neredeyse açık’ (almost manifest) fakat diğer iki unsur açısından ‘tamamen açık’ (definitely manifest) olarak değerlendirilebileceği hallere dikkat çekiyordu. Böylesi bir fiil de madde 8 *bis* (1)’de öngörülen koşulları sağlamış oluyordu, ama Açıklayıcı Beyan Y’nin dili bu olasılığı dışlıyordu. Kanada’ya göre, Mahkeme böyle bir durumda bir unsurun ‘hemen hemen’ (almost) yerine geldiğini saptamalıydı. Yani, Kanada’ya göre önemli olan üç unsurun bileşimi idi. Dolayısıyla, Kanada Açıklayıcı Beyan Y’nin şu şekilde ifade edilmesini öneriyordu:

Bir saldırganlık fiilinin Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlali olup olmadığının belirlenmesinde, fiilin nitelik, vahamet ve kapsam unsurları “açık” tanımlamasını destekler nitelikte olmalıdır.

ABD, aşağıdaki cümlelerin eklenmesi şartıyla, bu öneriyi benimsedi:

Unsurlardan hiçbiri tek başına açık nitelemesini yapmak için yeterli sayılamaz.

Bu cümlelerin metne konması talebinin ardında yatan mantık, bir unsurun mevcut fakat diğer iki unsurun mevcut olmadığı hallerde açık hukuka aykırılık nitelemesi yapılabilmesinin önüne geçmekti. Taslak madde 8 *bis* (1)’de ‘ve’ bağlacının kullanılıyor olmasının bu hallerde

---

<sup>95</sup> RC/Res.6, Annex III. sub 6.



açık hukuka aykırılık nitelmesi yapmanın önüne geçeceği düşünülmüştü.

Açıklayıcı Beyan Y'nin Kanada ve ABD'nin önerileri doğrultusunda iki cümle halinde yeniden formüle edilmesine itiraz gelmedi ve böylece Gözden Geçirme Konferansı'nda kabul edilen yedinci Açıklayıcı Beyan oluştu.<sup>96</sup>

Bu açıklayıcı beyanın ikinci cümlesini yanlış okumamak önemli. 'Unsurlardan hiçbirisi tek başına (...) yeterli sayılamaz' ifadesi, Mahkeme'nin açık hukuka aykırılık nitelmesi yaparken sadece iki unsurun varlığını saptamakla yetinebileceği anlamına gelmez. Aksine, Açıklayıcı Beyan'ın ilk cümlesi açıkça ortaya koymaktadır ki, Mahkeme her zaman üç unsuru, her biri aynı derece mevcut olmasa bile, bir arada ele almalıdır.<sup>97</sup>

Bu satırların yazarları, yedinci Açıklayıcı Beyan'ın 'vahamet' ve 'kapsam' ölçütlerinin az ya da çok yerine getirilebileceği olgusuna yargıçların dikkatini çekmek açısından yararlı olduğunu düşünüyorlar. Ne var ki 'nitelik' ölçütü söz konusu olduğunda skalada aşağı yukarı oynama yapmak mümkün değil, çünkü bu unsur (en azından öncelikle) 'gri bölge' sorununu çözmek üzere tanzim edildi. Dolayısıyla, yargıçlar her halde devletin silahlı kuvvete başvurusunun fiilinin hukuka aykırılık niteliğinin makul ölçüde belirgin olduğunu tespit etmelidirler. Yedinci Açıklayıcı Beyan, burada gösterildiği üzere, bu yorum önünde bir engel teşkil etmez.

8 *bis* maddesine iki açıklayıcı beyanın eklenmiş olmasının gelecekte yargı faaliyetini kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağı konusunda bir hüküm vermek için henüz çok erken.

Ancak, 'ABİK Gayrı Resmi Belgesi'nin müzakerelerin en can alıcı konusundaki görüş ayrılıklarını gideriyorken, ABD'nin ortaya attığı bir meselenin uyum içinde çözüme kavuşturulmasının genel uzlaşmaya giden yolu dikenlerinden biraz daha arındırdığı söylenebilir.

---

<sup>96</sup> RC/Res.6, Annex III. sub 7.

<sup>97</sup> Bu (incelikli) nokta muhtemelen ne R. Heinsch ("The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?" 2 *Göttingen Journal of International Law* (2010) 713- 743, s. 728- 729) ne Scheffer, a.g.e., s. 900 tarafından anlaşılabilirliği değildir.

### ***F. Kapanış Sahnesi: Bir Yaz Gecesi Draması***

10 Haziran 2010 Perşembe günü geç saatlerde Büyükelçi Wenaweser<sup>98</sup> büyük ölçüde ‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ni yansıtan bir gayrı resmi belgeyi sundu.<sup>99</sup> Güvenlik Konseyi’nin beş daimi üyesini uzlaşmaya daha da yaklaştırmak adına, bu yeni öneri Mahkeme’nin yargı yetkisinin ortaya çıkması açısından Statü’de yapılacak değişiklikleri 30 devletin onaylaması şeklinde ek bir şart getiriyordu.<sup>100</sup> İlginçtir ki, karar taslağı aynı zamanda değişikliklerin UCM Statüsü’nün 121(5) maddesi uyarınca yürürlüğe gireceği hükmünü de içeriyordu.<sup>101</sup> Daha da önemlisi, belgede bir Taraf Devletin başvurusu olmasına ya da UCM Savcısı’nın res’en (*proprio motu*) soruşturma başlatmasına rağmen Güvenlik Konseyi’nin saldırganlık tespiti yapmaması halinde ne olacağına ilişkin ana soruna ilişkin bir çözüm yoktu.

Başkan, ancak son gün öğleden sonra kaçınılmaz tercihi yapan yeni bir gayrı resmi belge sundu. Bu noktada artık, Güvenlik Konseyi’nin münhasır yetkisini içeren bir önerinin uzlaşma yaratması ya da üçte iki çoğunluk sağlaması mümkün değildi. Uzlaşmayı sağlamanın tek yolu bu fikri terk etmektir ve Başkan’ın 11 Haziran 2010 günü saat 16.30’da sunduğu gayrı resmi belge tam da bunu yapıyordu. Güvenlik Konseyi’nin beş daimi üyesinin, özellikle de Fransa ve Birleşik Krallıkın tepkisinin ne olacağı bilinmiyordu. Belgedeki bir fıkra, Mahkeme’nin yargı yetkisinin devreye girmesi açısından bir ek şart daha getirilebilmesine olanak sağlıyordu. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi’nin beş daimi üyesine verilecek son bir taviz değişikliklerin kabul edilmesi önündeki bir diğer engele dönüşebilirdi. Artık müzakereler bu noktada yoğunlaşacaktı.

<sup>98</sup> WGCA çalışmalarını tamamladıktan sonra, henüz çözüme kavuşturulamamış konuları tekrar Konferans Başkanı’nın ellerine bıraktı. WGCA Raporu için bkz. RC/20 (28 Haziran 2010 tarihli geliştirilmiş versiyon); [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf) [5 Ekim 2010].

<sup>99</sup> Bkz. *Non-Paper by the President of the Assembly, 10 June 2010 23:00*. Yazarların elinde metni bulunan bu gayrı resmi belge, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir. Daha önceki *Non-Paper by the President of the Assembly, 10 June 2010, 12:00* (yazarlarda mevcuttur) ‘ABİK GAYRI Resmi Belgesi’nin özünü yansıtmaktaydı, ancak yazım tekniği açısından daha geliştirilmesi gerekliydi.

<sup>100</sup> 6 Haziran 2010 (saat: 23:00) tarihli gayrı resmi belgede m. 15 *bis* (1) *bis* ve m. 15 *ter* (2) taslakları.

<sup>101</sup> *Ibid.*

Gece yarısını biraz geçe artık karar alma zamanı gelmişti. Başkan ‘1 Ocak 2017’den sonraki bir tarihte, Statü’de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karar’ şeklinde ek bir şart içeren son uzlaştırma önerisini sundu. Karar taslağının metni aşağıdaki gibidir:

### Saldırganlık Suçu

#### *Gözden Geçirme Konferansı*

Roma Statüsü’nün 12. maddesinin 1. fıkrasına *atıfla*,

Roma Statüsü’nün 5. maddesinin 2. fıkrasına *atıfla*,

Ayrıca 17 Temmuz 1998 tarihli Bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı’nın F kararının 7. fıkrasına *atıfla*,

Taraf Devletler Asamblesi’nin ICC-ASP/1/Res.1 sayılı ve saldırganlık suçuna dair çalışmaların devamına ilişkin kararına *atıfla* ve Saldırganlık Suçu Özel Çalışma Grubu’na saldırganlık suçuna ilişkin bir düzenleme önerileri geliştirdiği için *minnettarlığını ifade ederek*, Taraf Devletler Asamblesi’nin, Gözden Geçirme Konferansı’na değerlendirmeye alınmak üzere saldırganlık suçuna ilişkin bir düzenleme önerilerini havale ettiği ICC-ASP/8/Res.6 sayılı kararını *kayda alarak*,

Mahkeme’nin saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini bir an evvel etkin hale getirmek *kararlılığıyla*,

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (metinde Statü olarak anılacaktır) 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Statü’de, işbu karara Ek I’de bulunan değişiklikleri yapma *kararını alır*. Değişiklikler imza ya da onaya tabidir ve 121. maddenin 5. fıkrası uyarınca yürürlüğe girerler. Taraf Devletlerden her biri imza ya da onaydan önce madde 15 *bis*’de öngörülen bir deklarasyon yapabilir;

2. *Ayrıca* Suçun Unsurları’na işbu karara Ek II’de bulunan değişiklikleri yapma *kararını alır*;

3. *Ayrıca* yukarıda belirtilen değişikliklerin yorumlanmasına yönelik olan ve işbu karara Ek III’de bulunan açıklayıcı beyanların kabulü *kararını alır*;

4. *Öte yandan* Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmaya başlamasından yedi yıl sonra bu değişiklikleri gözden geçirme kararını alır;

5. Tüm Taraf Devletleri Ek I'de bulunan değişiklikleri imzalamaya ya da onaylamaya *davet eder*.

## **Ek I**

(...)

### **Madde 15 bis**

#### **Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi**

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13 maddenin (a) ve (c) bentleri hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanabilir.

2. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin olarak yargı yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından imzalanması ya da onaylanmasından bir yıl geçtikten sonra kullanabilir.

3. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini, 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte, Statü'de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karara tabi olan bu maddeye uygun olarak kullanacaktır.

4. Mahkeme, bir Taraf Devletin saldırganlık fiilinden kaynaklanan saldırganlık suçu üzerindeki yargı yetkisini, o Taraf Devlet'in daha önceden kayda geçirttiği bir deklarasyonla Mahkeme'nin bu konudaki yargı yetkisini kabul etmediğini beyan etmiş olmaması koşuluyla, 12. maddeye uygun olarak kullanır. Taraf Devlet bu deklarasyonu dilediği zaman geri alabilir ve her halde üç yıl içinde bu konuyu değerlendirmeye alır.

5. Statü'ye taraf olmayan bir Devletin vatandaşlarınca ya da ülkesi üzerinde işlenen saldırganlık suçunda Mahkeme'nin yargı yetkisi yoktur.

6. Savcı saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak için makul sebepler bulunduğu kanaatine varırsa, öncelikle Güvenlik Konseyinin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespiti olup olmadığını araştıracaktır. Savcı Birleşmiş Milletler Genel

Sekreteri'ni Mahkemeye intikal eden durum hakkında, gerekli bilgi ve belgeleri de sunmak suretiyle bilgilendirir.

7. Güvenlik Konseyinin bu şekilde bir tespitte bulunmuş olması halinde, Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmayı başlatabilir.

8. Durumun bildirilmesini takip eden altı ay içinde böyle bir tespit yapılmaması halinde Savcı, Ön Yargılama Dairesi'nin 15. maddede düzenlenen prosedüre uygun biçimde saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi ve Güvenlik Konseyi'nin 16. madde uyarınca aksine bir karar almaması kaydıyla, saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmaya başlayabilir.

9. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

10. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

...

### **Madde 15 ter**

### **Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi**

#### **(Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla)**

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13 maddenin (b) bendi hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanabilir.

2. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin olarak yargı yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından imzalanması ya da onaylanmasından bir yıl geçtikten sonra kullanabilir.

3. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini, 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte, Statü'de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karara tabi olan bu maddeye uygun olarak kullanacaktır.

4. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

5. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

Delegasyonların nihai istişarelerde bulunmalarına olanak sağlamak için genel kurula son bir kez ara verildi. Ara bitince Başkan salona döndü ve daha fazla tartışmaya imkân vermeden son önerisinin oybirliğiyle onaylanıp onaylanmadığını sordu. Makalenin okurları öykünün geri kalanını biliyor. Kampala Konferans Merkezi'nin Viktorya Gölü manzaralı terasında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı delegeleri kutlamalara başladı.

### **5. Kampala Uzlaşması: Dönüm Noktasını Tevazu Mümkün Kıldı**

Saldırganlık suçunun UCM Statüsü'ne konulması hukuk politikası açısından tartışmalı bir konuydu ve müzakere süreci boyunca eleştiriler eksik olmadı.<sup>102</sup> Burada bu tartışmayı sürdürmek uygun olmaz.<sup>103</sup> Onun yerine, Kampala uzlaşmasının ana unsurları üzerinde bir ilk değerlendirme niteliğindeki şu gözlemleri sunuyoruz.

#### **A. Suçun Tanımı**

Bir yasal tanımın değerlendirilmesinde 'en yüksek kodifikasyon standardı'<sup>104</sup> esas alınır, UCM Statüsü madde 8 *bis* taslağı<sup>105</sup> muhtemelen geçer not alamaz. Maddede 3314 sayılı Karar'ın ekinin 3. Maddesine yapılan atıf sorunludur. Bir devletin hukuka aykırı silaha başvurma fiilinin özü de, kolektif kast şartı üzerinden muhtemelen çok daha iyi ifade edilirdi.<sup>106</sup> Ne var ki, saldırganlık suçunun tanımı için

<sup>102</sup> Paulus ve Glennon'un düşünceli katkıları için bkz. Paulus and Glennon, a.g.e.

<sup>103</sup> Yakın tarihli bir düşünce alışverişi için bkz. A. Paulus, 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *EJIL* (2009) 1117- 1128, ve Kreß, a.g.e. (dipnot 30), s. 1129- 1146.

<sup>104</sup> Meron, a.g.e., s. 3.

<sup>105</sup> RC/Res.6, Annex I *sub* 2; yukarıda 3.C.1. başlığında göstermiş olduğumuz gibi, m. 8 *bis* taslağı UCM Statüsü m. 25(3) *bis* taslağıyla birlikte okunmalıdır (*ibid.*, Annex I *sub* 5.). Buna ek olarak, m. 8 *bis* taslağının yanında Unsurlar taslağı ile (*ibid.*, Annex II, ve yukarıda 3.D. başlığı) 6. ve 7. Açıklayıcı Beyanlar (*ibid.*, Annex III, *sub* 6. and 7., ve yukarıda 4.E başlığı) kabul edilmiştir.

<sup>106</sup> Bu eleştirinin daha detaylı ifade edildiği bir çalışma için bkz. Kreß, a.g.e. (dipnot 30), s. 1136-1142.

bu derece yüksek bir standart belirlemek, bu suçu tanımlamaktan vazgeçmekle neredeyse eşdeğerdir. Değerlendirmeyi daha gerçekçi bir kıstasla yaparsak, ne kadar büyük bir başarı elde edildiğini teslim edebiliriz. Suçun dar biçimde tanımlanması, UCM Statüsü'nü kaleme alanların UCM'nin yargı yetkisini ancak kolektif bir hukuki müdahaleyi haklı kılacak derecede ağır fiillerle sınırlı tutmak yolundaki iradeleriyle uyumludur. Daha net söylemek gerekirse, 'açık hukuka aykırılık' şartı, kuvvete başvurma yasağının birincil normunun içeriğinin –maalesef– önemli ölçüde belirsiz olması olgusunu dikkate alıyor.

Böylelikle UCM yargıçlarının eline, güncel uluslararası güvenlik hukukunun ana sorunlarının uluslararası ceza adaleti arka kapısından içeri sızarak Mahkemeyi işgal etmesinin önüne geçecek araçlar verilmiştir. Öte yandan, özellikle ek şartlara ilişkin düzenlemeleri kullanmak suretiyle tanımın hukuken daha da geliştirilmesi mümkündür. Gelecekte normun içeriğinin geliştirilmesinde uluslararası teamüli hukukun ne derece katkısının olacağı da görülecek. Her halde, devlet yöneticileri, hukuka aykırılığı makul ölçüde belirgin biçimde silaha başvurdukları haller için 2017'den itibaren ceza kovuşturmasına uğrama ihtimaliyle karşı karşıya olduklarından artık haberdarlar. Müzakereler bundan çok daha geri bir noktada da sonuçlanabilirdi.

## **B. Yargısal Rejim**

### *1. Güvenlik Konseyi'nin Yetkisi*

Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık suçu şüphesi barındıran bir olayı UCM'ye gönderme yetkisi tartışmasız kabul ediliyordu. Nitekim m. 15 *ter* taslağı bu yetkiyi tanıyor. Bu hükmün Konsey'in bir saldırganlık fiilinin mevcudiyetine ilişkin bir tespitte bulunması şartını içermemesi ilginçtir. Böylece, Konsey'in, BM Şartı m. 39'a göre çok sert bir tanımlamada bulunmaksızın bir soruşturma başlatmak üzere yeşil ışık yakmak isteyebileceği düşüncesi somutlaştırılmıştır.<sup>107</sup> Bu yetkinin Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı m. 39 ve UCM Statüsü m. 13(b) bağlamındaki uygulamasını nasıl etkileyeceği uluslararası

---

<sup>107</sup> Değişik 'yeşil ışık yakma' seçenekleri Kampala Konferansı'ndan önce de tartışılmıştır. Bkz. D. Scheffer, 'A Pragmatic Approach to the Crime of Aggression', in Belleli, a.g.e., 609- 619.

güvenlik hukukunun gelecekteki dönüşümü açısından ilgi çekici bir sorudur. Mahkeme'nin yargı yetkisinin Güvenlik Konseyi üzerinden harekete geçirilmesinin, devletlerin Kampala değişikliklerini onaylaması şartına bağlanmamış olması önemlidir.<sup>108</sup> 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' taraftarı devletlerin dahi Konsey'in saldırganlık suçunda Konsey'in UCM'nin evrensel yargı yetkisini devreye sokabilmesi fikrine yatkın olması dikkate değerdir.<sup>109</sup>

## 2. (Yumuşatılmış) Kabul Mekanizması

Müzakerelerin en çetin geçen kısmı Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık suçuna ilişkin kovuşturmalarda münhasır yetkisinin olup olmayacağı sorununa ilişkin olanıydı. Taraf devletlerin başvurusu üzerine ya da res'en başlatılan soruşturmalara ilişkin UCM Statüsü m. 15 *bis* taslağı münhasır yetkiyi kabul etmiyor ve Ön Yargılama Dairesi'nin tüm hallerde bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi şartıyla özel bir yargısal filtre getirmekle yetiniyor.<sup>110</sup> Bu, UCM Statüsü'nün uluslararası ceza hukukunun herkese eşit uygulanması hedefiyle uyumlu önemli bir gelişmedir. Ancak, Güvenlik Konseyi'nin münhasır yetkisi üzerinde ısrar edenlerin elleri çok güçlüydü ve dolayısıyla bu itirazı bertaraf edebilmek için yüksek bir bedel ödenmesi gerekmiş olması hiç de şaşırtıcı değil. Kısmen bu nedenle, UCM Statüsü m. 15 *bis* çok karmaşık bir düzenleme getiriyor. Düzenlemenin karmaşıklığı, öte yandan, UCM Statüsü m. 121'le beraber ele alınması halinde UCM Statüsü m. 5(2)'nin anlamının belirsizleşmesinden ve bu belirsizlik nedeniyle müzakereler sırasında meydana gelen tartışmalardan kaynaklanıyor.<sup>111</sup> Kampala

<sup>108</sup> Bu, ikinci Açıklayıcı Beyan'la ortaya konmuştur; bkz. RC/Res.6, Annex III *sub* 2. Ne var ki, Mahkemenin yargı yetkisi en az otuz Taraf Devletin onayı ve 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte alınacak aktive etme kararına bağlanmıştır; bkz. UCM Statüsü m. 15<sup>ter</sup> (2) ve (3) taslakları. Otuz Taraf Devletin onayı şartının tamamlanmasından itibaren bir sene geçtikten sonra, ancak aktivasyon kararından önce işlenen bir saldırganlık fiilinde Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olmayacağı sorusunun karşılığı tam belli değildir. UCM Statüsü m. 15 *bis* (2) ve (3) taslakları bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesine olanak sağlarken, birinci Açıklayıcı Beyan (RC/Res.6, Annex III *sub* 1.) tam tersini öngörüyor. Bu sorunun pratik önemi muhtemelen çok büyük değil, dolayısıyla bu makalede bu konu üzerinde durmayacağız.

<sup>109</sup> Bu olgu, UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesinin soruşturmanın Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla başlaması hallerine uygulanmayacağı yorumunun geçerli olacağına işaret ediyor.

<sup>110</sup> UCM Statüsü m. 15 *bis* (8). Ön Yargılama Dairesi hakkında bkz. UCM Statüsü m. 34(b) ve m. 39(1).

<sup>111</sup> Bkz. Yukarıda 3.C.3 başlığı.



uzlaşmasının kabulü esnasında Japonya, UCM Statüsü m. 15 *bis*'in 'bu derece belirsiz bir hukuki temele' dayandırılmasından üzüntü duyduğu beyanında bulundu.<sup>112</sup> Bu kaygı üzerinde çok ciddi olarak durulmalı. Bu konuda bu makalenin sınırları içinde bir cevap bulmaya çalışmak çok cüretkâr bir çaba olur. Biz, yine de, konuya bir ölçüde ışık tutmak yolunda mütevazı bir girişimde bulunacağız. Bunun, Kampala uzlaşmasının en nazik parçasına yönelik yapıcı bir tartışmaya katkıda bulunması ideal olacaktır.

UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağının birinci cümlesi UCM Statüsü m. 12'nin saldırganlık suçunda uygulanmasını öngörüyor. Ne var ki, bu maddenin uygulanması daha önceden Mahkemenin bu konudaki yargı yetkisini kabul etmediğini önceden deklare etmemiş bir Taraf Devletçe icra edilen bir saldırganlık fiilinin mevcudiyeti halinde söz konusu olacaktır. Bu, her şeyden önce, Statü'ye taraf olmayan bir devletçe işlenen bir saldırganlık fiilinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanamayacağı anlamına gelir. Bu kısıtlama, UCM Statüsü m. 15 *bis* (5) düzenlemesini kısmen gereksiz hale getiriyor. 5. fıkranın 4. fıkraya yönelik olarak getirdiği, saldırganlık suçunda yargı yetkisini kabul etmediğini beyan etmeden saldırganlık suçu düzenlemelerini imzalayan bir Taraf Devlet'in Statü'ye taraf olmayan bir devlete *karşı* icra ettiği bir saldırganlık fiilinde Mahkemenin yine yargı yetkisine sahip olmayacağı şeklindeki ek bir kısıtlamadır.<sup>113</sup>

UCM Statüsü m. 15 *bis* (4), aynı zamanda, saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini kabul etmediğini önceden beyan eden bir Taraf Devletin icra ettiği saldırganlık fiillerinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanamayacağını düzenleyerek, UCM Statüsü m. 12'nin uygulanmasına bir engel daha getiriyor. Ne var ki, bu düzenleme Mahkeme'nin bir Taraf Devletçe icra edilen saldırganlık fiilinden kaynaklanan saldırganlık suçunda ancak o Taraf Devletin saldırganlık

<sup>112</sup> Bkz. *Statement by Japan (11 June 2010)*; (metin yazarlarda mevcuttur).

<sup>113</sup> Bu ek kısıtlama, saldırıya uğradığı iddiasını ileri süren Statü'ye taraf olmayan devletin UCM Statüsü m. 12(3) uyarınca ad hoc bir kabul beyanında bulunduğu yorumuyla dolanılamaz. UCM Statüsü m. 15 *bis* (5), UCM Statüsü m. 12(3)'e kıyasla özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir ve dolayısıyla Statü'ye taraf olmayan devletlerin UCM Statüsü'nün saldırganlık suçuna karşı geliştirdiği asimetrik fayda sağlamalarına yönelik kullanılamaz. Bu konuda mütereddit bir yorum için bkz. A. Reisinger Coracini, 'The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the Crime of Aggression - at Last ... in Reach ... over Some', 2 *Göttingen Journal of International Law* (2010) 745- 789, s. 780- 781.

suçu düzenlemelerini imzalaması ya da onaylaması halinde yargı yetkisini kullanabileceği anlamına *gelmez*.<sup>114</sup> Madde 15 *bis* (4) taslağının lafzı böyle bir kısıtlamaya işaret etmediği gibi, maddenin kaleme alınış süreci de böyle bir çıkarsama yapmaya izin vermez.<sup>115</sup> ‘Yargı yetkisini kabul etmeme beyanı’ düşüncesi, yargısal rejimi UCM Statüsü m. 12(2) düzenlemesine bırakmayı savunanlarla (ABİ Önerisi) sıkı bir kabul rejimini savunanlar (Kanada Önerisi) arasındaki görüş ayrılığını gidermek için ortaya atıldı. Taraf Devletlerden mutlaka bir kabul beyanı talep edilmemesi, buna karşılık yargı yetkisini kabul etmeme beyanında bulunma olanağının tanınması, iki farklı yargı rejimi önerisi arasında ‘yumuşatılmış kabul rejimi’ şeklinde bir orta yolun yaratılması ve dolayısıyla bir uzlaşma imkânının yaratılmasıdır.

Yine de saldırganlık iddiasıyla karşılaşan devletin saldırganlık düzenlemelerini imzalamış olması şartının Gözden Geçirme Konferansı’nda kabul edilen kararın (1) numaralı bendinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorulabilir. Karar metninin bu bölümü, saldırganlık düzenlemelerinin ‘121. maddenin 5. fıkrası uyarınca yürürlüğe’ gireceğini öngörüyor. Bu ifade atıf yapılan maddenin (UCM Statüsü m. 121(5)/ç.n.) *ikinci cümlesini de* içerir biçimde okunabilir ve bu düzenlemenin olumsuz bir yorumuyla, saldırganlık iddiasına muhatap olan devletin saldırganlık düzenlemelerini imzalamış olması şartının yerine gelmesi gerekli sayılabilir. Eğer UCM Statüsü m. 121(5)’e yapılan atıf bu sonucu doğuracak olsaydı, ‘yargı yetkisini kabul etmeme beyanı’ mekanizması uzlaşma yaratan bir öneri olmaktan çıkardı. Dahası, UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağının esas işaret ettiği nokta, UCM’nin yargı yetkisini, ilke olarak ‘12. maddeye uygun şekilde’ kullanmasıdır. Saldırganlık iddiasına muhatap olan devletin her halde imza ya da onayının bulunması arandığında, bu ilke zarar görecektir. Bu durumda, UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) düzenlemesiyle Gözden Geçirme Konferansı kararının ilk uygulama fıkrası arasında açık bir zıtlık bulunduğunu inkâr etmek mümkün olmayacaktır. Oysa, konu daha yakından incelendiğinde, bu çelişik yorumdan kaçınılabilir. Gözden Geçirme Konferansı kararının UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesine sadece yürürlüğe girme

<sup>114</sup> Bkz. Clark, a.g.e., s. 704.

<sup>115</sup> Bkz. Yukarıda 4.D başlığı.

bakımından atıf yapıyor ve buna ilişkin düzenleme söz konusu maddenin sadece birinci cümlesinde yer alıyor.<sup>116</sup> Dolayısıyla, Gözden Geçirme Konferansı kararıyla UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) düzenlemesini, hem söz konusu maddenin lafzı hem de müzakerelerin içeriği itibarıyla, birlikte anlamlandırmak mümkündür ve dolayısıyla bu tercih edilen yorum olmalıdır.

Yargı yetkisini kabul etmeme beyanında bulunmamış bir Taraf Devletin saldırganlık fiilinden kaynaklanan bir saldırganlık suçunda UCM Statüsü'nün 12(2) maddesi tam olarak nasıl uygulanacaktır? Gözden Geçirme Konferansı kararının saldırganlık suçu düzenlemelerinin UCM Statüsü m. 121(5) uyarınca yürürlüğe gireceğine ilişkin bölümü burada devreye girer. Söz konusu maddenin ilk cümlesine göre, bu düzenlemeye göre yürürlüğe girecek değişiklikler 'değişiklikleri kabul etmiş taraf devletler açısından onay veya kabulün bildirilmesinden bir yıl sonra yürürlüğe girer'. 'Değişiklikleri kabul etmiş Taraf Devletler açısından yürürlüğe' girmek, esas itibarıyla, ilgili Taraf Devletin UCM Statüsü m. 12(2)'de sıralanan yargı yetkisinin doğmasına ilişkin iki koşuldan en az birini Mahkeme açısından sağlaması anlamına gelir. Bu durumda, şu iki sonuçtan birisi doğacaktır: Saldırganlıkla iddiasına muhatap olan Taraf Devlet saldırganlık düzenlemelerini onayladıysa, UCM Statüsü'nün 12(2)(b) maddesi uyarınca, saldırıya uğrayan Taraf Devletin aynı düzenlemeleri onaylayıp onaylamaması davayı etkilemez. Saldırgan Taraf Devlet saldırganlık düzenlemelerini onaylamadıysa, saldırıya uğrayan Taraf Devletin onayının bulunması muhakkak gerekir.<sup>117</sup>

Böylesi bir yargılama rejimini, mutlak onaya dayalı 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nden ayırştırmak için, 'yumuşatılmış' onaya dayalı olarak adlandırmak muhtemelen daha doğru olur. Japonya'nın ortaya attığı soru, bu rejimin sağlam bir hukuki temeli olup olmadığıdır. UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağı

---

<sup>116</sup> İkinci cümle olumsuz yorumlanırsa, artık yürürlüğe girmeye ilgili olmaktan çıkacak, Mahkeme'nin yargı yetkisinin kullanılmasına sınır getiriyor niteliğe bürünecektir.

<sup>117</sup> Saldırıya uğrayan Taraf Devlet de UCM Statüsü m. 12(3) uyarınca *ad hoc* onayla Mahkeme'nin yargı yetkisi bağını kurabilir. Biz, bu makalede bu olasılığı değerlendirmeye almayacağız. Ancak, bkz. Reisinger Coracini, a.g.e., s. 775- 776.

yorumu yukarıda açıklanan modellerden hiçbirisiyle uyumlu değildir.<sup>118</sup> Ancak, vurgulanmalıdır ki, aynısı ‘Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’ için de geçerlidir. Taraf Devletlerin Kampala sürecinde UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesinin bu yorumunda uzlaşmak istememiş olmaları, ‘Roma Statüsü’nün 8. Maddesinde yapılacak değişiklikler’e ilişkin kararın ‘olumlu anlayışı’ desteklemiyor olmasından da anlaşılabilir.<sup>119</sup> Bu anlayış açısından sadece saldırganlık suçu kapsamında bir uzlaşmanın varlığı da iddia edilemez, çünkü ‘Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’nden farklı olarak Statüye taraf olmayan devletlerce ya da bu devletlere karşı icra edilen fiillerden kaynaklanan saldırganlık suçu, UCM Statüsü taslak madde 15 *bis* (4) ve (5) itibarıyla Mahkeme’nin yargı yetkisi dışında bırakılmıştır.

Dolayısıyla, Japonya UCM Statüsü taslak m. 15 *bis*’in öngördüğü yargısal rejimin UCM Statüsü m. 121’in 4. ve 5. bentlerinde öngörülen rejimden farklı, nev’i şahsına münhasır (*sui generis*) bir çözüm olduğunu iddia etmekte haklıdır. Kampala uzlaşmasının yumuşatılmış onaya dayalı mekanizmasının, yargı yetkisinin kullanılabilmesi için, ‘Kabul Modeli’ ve ‘Madde 121(4) Modeli’ni başlangıç noktası olarak aldığı, ardından bunlara UCM Statüsü m. 121(5)’te öngörülen yürürlüğe girme mekanizmasını ve geniş kapsamlı bir *sui generis* koşullar manzumesini eklediği söylenebilir.

Buradaki kritik sorun, Taraf Devletlerin UCM Statüsü m. 121(4)’te öngörülen hantal değiştirme usulünü izlemeksizin de yaratıcı olabilme hukuki kudretine sahip olup olmadıklarıdır. Bizce, böylesi bir yetki Taraf Devletlerin içinde hareket etmek durumunda oldukları hukuki çerçevenin belirsizliğinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkıyor. Kişisel tercihi ne yönde olursa olsun, hiç kimse UCM Statüsü’nün m. 5(2) ve m. 121 düzenlemeleri arasındaki etkileşimi tatmin edici biçimde açıklayacak herhangi bir model bulunmadığını inkâr edemez. UCM Statüsü m. 121’e hukuki muamma yaratan bir atıfla bağlanan ve

<sup>118</sup> Bkz. Yukarıda 3.C.3 başlığı.

<sup>119</sup> Bkz. *Resolution RC/Res.5*, Adopted at the 12<sup>th</sup> plenary meeting, on 10 June 2010, by consensus, Advance version 16 June 2010 13:00; [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf) [5 Ekim 2010]. Belirtilmelidir ki, söz konusu kararın aynı bölümü Taraf Devletler ve Taraf Olmayan Devletler arasında ayırım yapılmaması konusundaki ortak anlayışı da ifade ediyor; bkz. dipnot 68.

‘bu suçla ilgili olarak Mahkeme’nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm’ koyma yetkisi tanıyan UCM Statüsü m. 5(2) düzenlemesinin, Taraf Devletlere taslak m. 15 *bis* (4) düzenlemesinde ifadesini bulan *sui generis* rejimi yaratma yetkisini verdiğinin kabulü gerekir. Bu düzenlemenin hukuki temeli belki çok sağlam değildir, ancak mevcut koşullar altında olabileceği kadar sağlamdır. İdeal olanı –ki Japonya bu çağrıyı yapmakta haklıdır-devletlerin UCM Statüsü taslak 15 *bis* (4) düzenlemesinin yorumunda ortak bir anlayış geliştirmeleridir. Ancak, bu ortak anlayış ortaya çıkmasa da, hiç kimse sorunun yargı makamı yoluyla çözüme kavuşturulmasından korkmamalıdır.

‘Yumuşatılmış onaya dayalı rejim’ çerçevesinde UCM’nin yargı yetkisinin, saldırganlık suçu düzenlemelerinin her durumda eşit uygulanabilir olması beklentisini karşılayacak denli geniş olmadığı aşikâr. Mahkeme’nin karşı karşıya olduğu en kayda değer sınırlama, hiç kuşkusuz, Statü’ye taraf olmayan devletlerin fiillerinden kaynaklanan saldırganlık suçunda yargı yetkisinin kategorik olarak tanınmaması. Salt hukuki bir bakış açısından, böyle bir karara varılması zorunlu değildi. Hukuk politikası açısından bakıldığında da böylesi bir kararın ortaya çıkmış olmasına hayıflanmak gerekli. Ancak, saldırganlık suçunun uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerle aynı şekilde ele alınmasının önünde ciddi bir direncin bulunması da uluslararası arenanın bir gerçeğidir. Bu son derece güç koşullarda, Güvenlik Konseyi’nin yetkisi yanında devlet onayına dayalı bir mekanizmanın da yerleştirilebilmiş olması çok önemlidir. Öte yandan, devlet onayı mekanizmasının UCM Statüsü m. 12(2) düzenlemesinin bir yargı yetkisi kabul etmeme beyanı imkânıyla birlikte düzenlenerek yumuşatılması da, Kampala öncesi gerçekçi beklentileri aşan bir sonuç oldu.

### ***C.Saldırganlık Suçu ve Tamamlayıcılık Complementarity Prensibi***

UCM Statüsü’nün tamamlayıcılığı ilkesinin saldırganlık suçunda nasıl uygulanacağı sorununa nispeten az dikkat yöneltildi.<sup>120</sup> Konu 2004 Princeton toplantısında tartışıldı ve UCM Statüsü’nün 17 ve devamı maddelerinin herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanması görüşü

<sup>120</sup> Konu üzerindeki çok az akademik incelemeden birisi için bkz. P. Wrangle, ‘The Crime of Aggression and Complementarity’, in Bellelli, a.g.e., 591-607.

ağır bastı.<sup>121</sup> Konu, ‘yargı yetkisinin geniş belirlenmesi halinde Taraf Devletlerin ulusal hukuklarına hükümet yetkililerinin saldırıcılık iddiaları nedeniyle başka bir devletin mahkemelerinde yargılanması ihtimalini güçlendirecek –hatalı olacağını düşündüğümüz- bir tanım koymalarına yönelik kaygılarını dile getiren ABD delegasyonu tarafından yeniden gündeme getirildi.<sup>122</sup> Beşinci Açıklayıcı Beyan, bu ihtimale yönelik zımni bir tepkiyi yansıtıyor. Bu Beyan şöyle:

Bu değişiklikler, başka bir Devlet tarafından işlenen saldırıcılık fiiline ilişkin ulusal yargı yetkisinin kullanılması hakkını ya da yükümlülüğünü ortaya çıkarır şekilde anlaşılabilir.<sup>123</sup>

Dışarıdan bakıldığında bu Açıklayıcı Beyan malumu ifşa ediyor, çünkü UCM Statüsü Taraf Devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde ve yargılama rejimlerinde haklar ya da yükümlülükler ortaya çıkarmak amacıyla kaleme alınmadı. Ne var ki bu Açıklayıcı Beyan’ın kabul edilmesinin ardında yatan niyet daha karmaşık. UCM Statüsü’nün tamamlayıcılığı ilkesinin benimsenmesinin ardındaki temel amaç Taraf Devletlerin, en azından UCM Statüsü m. 12(2)(a) ve (b) düzenlemelerinde anılan hallerden biriyle bağlı bir yargı yetkisinin ortaya çıktığı hallerde UCM Statüsü m. 5’de sayılan bir suça ilişkin yargılama yapma hukuki imkânını kendilerine tanımalarıdır. Beşinci Açıklayıcı Beyan, ilgili devletin saldırıcılık fiilinden kaynaklanmadığı sürece saldırıcılık suçu açısından aynı amacın geçerli olmadığını belirtiyor. Bu Açıklayıcı Beyan’ın ışığında devletler, saldırıcılık suçunda aktif vatandaşlık bağına dayalı olan haricinde yargı yetkisi geliştirme konusunda teşvik edilmediklerini hissedeceklerdir. Bu Açıklayıcı Beyan’ın ulusal yasama organları üzerinde caydırıcı etki yaratıp yaratmayacağını gözlemlemek ilginç olacak.

## 6. Geleceğe Bakış

Kampala uzlaşmasının herkesi memnun etmediği ortada. Belki de, hiç kimseyi tümüyle memnun etmedi, demek daha doğru olacaktır. Ne var ki, bir yüzyılı aşkın zamandır yürütülen ateşli tartışmalardan sonra, UCM Statüsü’ne Taraf Devletler Mahkeme’nin saldırıcılık suçunda

<sup>121</sup> Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 201-202 (par. 20 - 27).

<sup>122</sup> Bkz. 4 Haziran tarihli ABD demeci, yukarıda dipnot 91.

<sup>123</sup> RC/Res.6, Annex III sub 5.

yargı yetkisini kullanabilmesinin zeminini hazırladılar ve de bunu oybirliğiyle yaptılar. Nihai uzlaşma, tüm eksikleri ve karmaşıklıklarına rağmen, uluslararası hukukun gelişiminde bir kilometre taşı oluşturuyor. Taraf Devletler ve UCM'yi destekleyen sivil toplum kuruluşları varılan bu uzlaşmanın arkasında durmalı ve UCM'nin yargı yetkisini 1 Ocak 2017'den itibaren işler kılma kararlılıklarını hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya koymalıdır. UCM, o gün gelene dek önündeki bu yeni zorlu göreve hazırlanmalı. Mahkeme, yargı yetkisini saldırganlık suçu söz konusu olduğunda da diğer suçlarda olduğu kadar az siyasetleşmiş şekilde kullanmaya muktedir olduğunu gösterme imkânına kavuşacak. Bunda başarılı olursa, uluslararası kamuoyunun sahip olduğu 'yumuşak gücü' Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamının genişletilmesi yolunda kullanmaya başlayacağını beklemek hiç de mantıksız olmaz. Robert Jackson'un bu makalenin başında atıf yaptığımız ünlü Nuremberg taahhüdü şuydu:

Uluslararası hukuksuzluk ortamında kaçınılmaz hale gelen ardı ardına savaşların önüne geçmek için atılması gereken son adım, devlet yöneticilerini hukuk karşısında sorumlu kılmaktır. Şunu açıkça belirtiyim, her ne kadar bu hukuk ilk olarak Alman saldırganlara karşı uygulanmış olsa da, aynı hukuk başka devletlerin saldırganlığını da, hatta burada hüküm vermek konumunda olanlarınkini de cezalandırmalıdır.<sup>124</sup>

Bu taahhüt hala havada asılı duruyor. Kampala uzlaşması taahhüdün yerine getirilebilmesinin yolunu açtı.

---

<sup>124</sup> Bkz. yukarıda dipnot 10.

# İFLASTA TAKAS VE İFLASTA TAKASIN CAİZ OLMAMASINA İLİŞKİN BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECİ\*

Alman Federal Mahkeme'si 9. Hukuk Dairesinin 15.07.2004 tarihli ve IX ZR<sup>1</sup> 224/03 sayılı kararı<sup>2</sup>:

Kaynak (Nachschlagewerk): evet<sup>3</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ)<sup>4</sup>: evet<sup>5</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistemik Derlemesi (BGHR)<sup>6</sup>: evet<sup>7</sup>

Alman İflas Kanunu'nun<sup>8</sup> (InsO)<sup>9/10</sup> § 94<sup>11</sup>, § 96 1. fıkrası bent 2<sup>12/13</sup>

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Çevirenin notu: ZR kısaltmasının açılımı, Zivilrecht.

<sup>2</sup> Kararın Almanca metni için bak. <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

<sup>3</sup> Çevirenin notu: Karardaki bu bölüm bir değerlendirmedir. Başka bir deyişle, söz konusu kararın bir kaynaktaki yer alıp alınması konusuna cevap veren kısımdır.

<sup>4</sup> Çevirenin notu: BGHZ kısaltmasının açılımı, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları).

<sup>5</sup> Çevirenin notu: Bu bölümde söz konusu kararın BGHZ karar dergisinde yer alması ele alınmaktadır.

<sup>6</sup> Çevirenin notu: BGHR kısaltmasının açılımı, Bundesgerichtshofreport (Alman Federal Mahkemesi'nin Sistemik Derlemesi).

<sup>7</sup> Çevirenin notu: dn. 5'de olduğu gibi, bu kısımda bu kararın BGHR derlemesinde yer alması uygun görülmektedir.

<sup>8</sup> Çevirenin notu: Bu bölümde kararın hangi maddelere ilişkin olduğu özet şeklinde belirtilmektedir.

<sup>9</sup> Çevirenin notu: Insolvenzordnung adlı kanun, Alman Aciz Kanunu'nu olarak da tercüme edilmekte; Alman İflas Kanunu kavramı ise Alman Hukuku'ndaki eski iflas kanunu (Konkursordnung) için kullanılmaktadır, bak. Üstündağ, s. 1. Çalışmamızda Insolvenzordnung adlı kanunu, Alman İflas Kanunu olarak tercüme edeceğiz; Konkursordnung ise eski Alman İflas Kanunu olarak adlandırılacaktır. Böylece eski çalışmalarımızla bir bütünlük sağlamış olacağız, bak. Özkaya-Ferendeci, Somer'e Armağan, s. 625 ve s. 628; Özkaya-Ferendeci, HAD, s. 57 vd.

<sup>10</sup> Çevirenin notu: 1877 tarihli eski Alman İflas Kanunu (Konkursordnung) 31.12.1998'e kadar yürürlükte kalmıştır. Bundan sonra yerini 05.10.1994'de kabul edilen ve 01.01.1999'da yürürlüğe giren Alman İflas Kanunu (Insolvenzordnung) almıştır. Eski Alman İflas Kanunu'ndaki düzenlemelerin temel amacı alacaklıyı korumak ve onların subjektif haklarının yerine gelmesini sağlamaktır. Bu hedefe ulaşmak için de borçlu sadece elinde kalan mal varlığı itibarıyla önem kazanmakta ve iflas prosedürü sürecinde onun menfaatlerinden ziyade



Borçlu (müflis) ile sözleşme yapan taraf, şirket olarak bir holdinge dahil ise ve Genel İşlem Şartları'nda holdinge dahil olan başka bir şirketten borçluya karşı (müflise) alacağını devralma hakkını saklı tutmuş ise, borçlunun (müflisin) kendisinden alacağına karşı, holdingin diğer şirketinden devraldığı alacağı iflas açıldıktan sonra takas etmesi geçersizdir.

Alman Federal Mahkemesi, 15 Temmuz 2004 – IX ZR 224/03 – Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi<sup>14</sup>

alacaklının menfaatleri gözetilmekteydi. Ancak yeni Alman İflas Kanunu buna ek olarak borçlunun ekonomik açıdan kurtarılması prensibini (Alman İflas Kanunu'nun 1. maddesi) benimsemektedir; bak. Özkaya-Ferendeci, Somer'e Armağan, s. 628; Özkaya-Ferendeci, HAD, s. 57 vd..

<sup>11</sup> Çevirenin notu: § 94 InsO'nun içeriği şöyledir:

§ 94 InsO Erhaltung einer Aufrechnungslage

Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung berechtigt, so wird dieses Recht durch das Verfahren nicht berührt.

Tercümesi:

§ 94 InsO: Takas durumunun muhafaza edilmesi

İflas alacaklısının kanundan veya bir sözleşmeden kaynaklanan takas hakkı iflasın açılması anında mevcut ise, bu hak iflasın açılmasından etkilenmez.

<sup>12</sup> Çevirenin notu: § 96 InsO'nun içeriği şöyledir:

§ 96 InsO Unzulässigkeit der Aufrechnung

(1) Die Aufrechnung ist unzulässig,

1. wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist,

2. wenn ein Insolvenzgläubiger seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat,

3. wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat,

4. wenn ein Gläubiger, dessen Forderung aus dem freien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist, etwas zur Insolvenzmasse schuldet.

Tercümesi:

§ 96 InsO: Takasın izinli olmadığı haller

(1) Aşağıdaki hallerde takas yapılamaz.

1. İflas alacaklısı iflas açıldıktan sonra masanın borçlusu olursa,

2. İflas alacaklısı, alacağını ancak iflas açıldıktan sonra başka bir alacaklıdan edinmiş ise,

3. İflas alacaklısı, takas hakkını iptale edilebilecek bir hukuki işlem ile kazanmış ise,

4. Alacaklı, borçlunu (müflisin) masaya giren mallarından değil de, masaya dahil olmayan mallarından tatmin edilecek ise ve aynı zamanda kendisinin de masanın borçlusu olması halinde.

<sup>13</sup> Çevirenin notu: Tercümelerden de anlaşılacağı üzere § 94 ve § 96 InsO'nun içerikleri, İİK (İcra ve İflas Kanunu) m. 200 ve m. 201benzemektedir.

<sup>14</sup> Çevirenin notu: Bu kısımda söz konusu kararın Alman Federal Mahkemesi'ne gelmeden hangi aşamalardan geçtiği kronolojik şekilde belirtilmektedir. Söz konusu ihtilaf ilk derecede

Alman Federal Mahkemesi'nin 9. Hukuk Dairesi 15 Temmuz 2004 tarihinde sözlü duruşma sonucunda, hakimler Dr. Fischer, Dr. Ganter, Raebel, Kayser ve Cierniak tarafından şu kararı vermiştir:

Davacının kanun yolu başvurusu üzerine Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 21. Hukuk Dairesinin 22 Ocak 2003 tarihinde verdiği ve Frankfurt 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17 Ocak 2002 tarihinde verdiği kararların, masraflara ilişkin kısmı ve davacının ödeme talebine ilişkin ret kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Davalı, davacıya 58.529,89 Avro ve 10 Eylül 2001 tarihinden itibaren yıllık % 5 faiz ödemeye mahkum edilmiştir.

Davalı temyiz yargılamasının yargılama masraflarını üstlenmeye mahkum edilmiştir. İlk ve ikinci derece yargılamasının yargılama masraflarının 1/5'ini davacı, 4/5'ünü ise davalı ödemeye mahkum edilmiştir.

#### Olay (Tatbestand):

Davacı, M. şirketinin (bundan sonra borçlu / müflis olarak adlandırılacak) iflas idaresidir. Söz konusu iflas 1 Ağustos 2000'de açılmıştır. Davacı, davalının – temyiz yargılamasında menfaati kaldığı kadar – 114.474,52 DM<sup>15</sup> (= 58.529,89 Avro) ödemesini talep etmektedir.

Davalıya göre, davacının talebi, F. şirketine ait alacak ile takas edilerek son bulmuştur. Bunun açıklaması şöyledir:

Müflis, davalı F.'nin bayisiydi, ve F.'den muhtelif sözleşmelerle F., L. ve A. marka araçlar almıştır. Araçlar için F. şirketi ile leasing veya kredi sözleşmeleri yapmıştır. Bu sözleşmelerin ek 6'sında Genel İşlem Şartları'na yer verilmiş ve V.3. numaralı şartın içeriği şöyledir:

“F., bayisinin kendisinden alacaklarına karşı, F. şirketinin bayisine karşı alacağını

takas etme hakkına sahiptir.”

---

Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmüş, sonra istinaf aşamasında Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde incelenmiş ve son olarak da temyiz aşamasında Federal Mahkeme'de hukuki denetime tabi tutulmuştur.

<sup>15</sup> Çevirenin notu: DM kısaltmasının açılımı, Deutsche Mark (Alman Markı).

F. şirketinin borçludan 6 milyon DM'dan fazla alacağı vardı. Borçlunun 29 Haziran 2000 tarihinde iflasın açılmasına yönelik talepte bulunmasından sonra, davalı F, F. şirketinin talebi üzerine, F. şirketine çek ile 114.474,52 DM (= 58.529,89 Avro) ödeme yapmıştır. 7 Eylül 2001 tarihinde davalı, F. şirketi ile yapılan hesaplaşmanın Genel İşlem Şartları'nın V.3. numaralı düzenlemeye göre yapıldığını beyan etmiştir. Davacı, söz konusu holding hesaplaşma klotunun geçersiz olduğunu ve yapılan takasın iptal edilebileceğini iddia etmektedir.

İlk ve ikinci derece mahkemelerde davacının ödeme talebi reddedilmiştir. Davacı – kabule şayan olan – temyiz talebi ile, talebini hala istemektedir.

#### Karar Gerekçesi (Entscheidungsgründe):

Temyiz talebi yerindedir.

I.

İstinaf mahkemesi (istinaf mahkemesinin kararı ZIP<sup>16</sup> 2003, s.<sup>17</sup> 1408'de yayımlanmıştır), davalının sözleşmelerinde yer alan Genel İşlem Şartları'nın V.3. numaralı düzenlemesinin geçerli olduğuna karar vermiştir. Davalının beyan ettiği takasın § 96 fıkra 1 bent 2 veya 3 InsO'ya aykırı olmadığını ve § 131 fıkra 1 bent 1, § 132 fıkra 1 InsO'ya göre de iptal edilemeyeceğini tespit etmektedir. Hukuki denetim yapıldıktan sonra bu tespitin doğru olmadığı kansına varılmıştır.

II.

Davalı tarafından beyan edilen takas § 96 fıkra 1 bent 2 InsO'nun kıyas yolu ile uygulanması ile geçersizdir. Takas geçersiz olduğu için, davacının talebi son bulmamıştır. Talebin varlığı zaten istinaf mahkemesi tarafından da isabetli bir şekilde tespit edilmiştir.

1. Alman Federal Mahkemesi'nin KO'ya<sup>18</sup> yönelik ve holding hesaplaşma klotuna ilişkin içtihatlarına göre, eğer yabancı talep iflas

<sup>16</sup> Çevirenin notu: ZIP kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.

<sup>17</sup> Çevirenin notu: S. kısaltmasının açılımı, Seite (sayfa).

<sup>18</sup> Çevirenin notu: Bak. dn. (dipnot) 2'deki açıklamalar. KO, Konkursordnung adlı eski Alman İflas Kanunu'nun kısaltmasıdır.

açılmadan temlik edilmediyse<sup>19</sup>, iflas açıldıktan sonra yapılan takasın geçersiz olduğu şeklindeydi. Bunun dayanağı ise § 55 cümle 1 bent 2 KO idi (BHGZ 81, 15; BGH<sup>20</sup> Urteil v.<sup>21</sup> 6. Dezember 1990 – IX ZR 44/90, WM<sup>22</sup> 1991, 251, 252; Beschl.<sup>23</sup> v. 29. Februar 1996 – IX ZR 147/95, ZIP 1996, 552). Bu konuda iflas alacaklıları, temlik yapabilme yetkisinin doğduğu zamanı dayanak almaları mümkün değildir; somut olayda temlik, takasın ileri sürülmesi ile gerçekleşmiş sayılacaktır. Çünkü ancak takasın ileri sürülmesi ile, holdingden hangi şirketin alacağı devraldığı anlaşılmaktadır. Bu tarz bir takas, diğer iflas alacaklılarının menfaatine ters düşmektedir. Oysa § 55 cümle 1 bent 2 ve bent 3 KO bu şekildeki bir menfaat ihlalini engellemektedir. Diğer iflas alacaklıların menfaatinin ihlal edilmemesi için, Federal Mahkeme söz konusu düzenlemeyi kıyas yolu ile holding hesaplaşma klotlarına da uyguladı ve bu hallerde iflas açıldıktan sonra takasın ileri sürülmesini geçersiz saydı.

2. Yukarıda açıklanan görüş, InsO'nun yürürlüğe<sup>24</sup> girmesi ile de aynı şekilde devam etmektedir. § 55 cümle 1 bent 2 KO'nun yerini § 96 fıkra 1 bent 2 InsO almıştır.

§ 94 InsO takas anlaşmalarının yapılabileceğini açıkça belirtmektedir<sup>25</sup>. Bu tarz bir anlaşma ile taraflar, takasın kanunda belirtilen şartlarından farklı hususlar belirleyebilirler ve bu şekilde alacaklıya veya borçluya çok geniş takas hakkı tanınması mümkündür. Başka bir deyişle, böyle bir anlaşma ile takasın düzenlendiği §§ 387 vd. BGB'den<sup>26</sup> daha geniş imkanlar kararlaştırılabilir (BGHZ 94, 132, 135; Palandt/Heinrichs, BGB 63. Aufl.<sup>27</sup> § 387 Rn.<sup>28</sup> 19 f.<sup>29</sup>). İflasın açılmış olması hali için, karşılıklı olma şartını ortadan kaldıran holding hesaplaşma klotların da artık iflas açıldıktan sonra da geçerli

<sup>19</sup> Çevirenin notu: Başka bir deyişle, temlik, iflas açılmadan önce gerçekleşmesi gerekir, aksi takdirde iflas açıldıktan sonra yapılan takas geçerli olmayacaktır.

<sup>20</sup> Çevirenin notu: BGH kısaltmasının açılımı, Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkeme)

<sup>21</sup> Çevirenin notu: v. Kısaltmasının açılımı, vom (burada: tarihli).

<sup>22</sup> Çevirenin notu: WM kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht.

<sup>23</sup> Çevirenin notu: Beschl. kısaltmasının açılımı, Beschluss (karar, ara karar).

<sup>24</sup> Çevirenin notu: InsO'nun yürürlüğe girmesine ilişkin bak. dn. 3.

<sup>25</sup> Çevirenin notu: § 94 InsO'nun tercümesi için bak. dn. 4.

<sup>26</sup> Çevirenin notu: BGB kısaltmasının açılımı, Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun).

<sup>27</sup> Çevirenin notu: Aufl. Kısaltmasının açılımı, Auflage (bası).

<sup>28</sup> Çevirenin notu: Rn. Kısaltmasının açılımı, Randnummer (kenar notu).

<sup>29</sup> Çevirenin notu: f. kısaltmasının açılımı, folgende (devami).

olacağı konusu § 53 KO'dan farklı olan § 94 InsO'dan anlaşılmamaktadır (Rendels/Teztlaff EWIR<sup>30</sup> 2003, 773, 774, Rendels ZIP 2003, 1583, 1586 f.; Adam WM 1998, 801, 803 f.; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis 6. Aufl. Rn. 6.146; Braun/Kroth, InsO § 94 Rn. 24; M. Wolf, in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz<sup>31</sup> 4. Aufl. § 11 Nr.<sup>32</sup> 3 Rn. 15; vgl.<sup>33</sup> auch OLG<sup>34</sup> Köln ZIP 1995, 850, 852; Erman/H.P. Westermann, BGB 11. Aufl. § 388 Rn. 24). Buna karşı olan görüş, kanunun lafzın gerekçe göstermektedir (MünchKomm<sup>35</sup>-InsO/Brandes, § 94 Rn. 39 f.; Lükein Kübler/Prütting, InsO § 94 Rn. 73, 77; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 94 Rn. 20; Blersch, in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht § 94 InsO Rn. 8; Häsemeyer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 2. Aufl. S. 659 f.; Luscher/Renken-Röhrs ZInsO<sup>36</sup> 2002, 611, 613 ff.<sup>37</sup>). Ancak bu karşı görüş dahi, iflas açıldıktan sonra holding hesaplaşma klotzların - § 95 § 96 InsO tarafından korunan- iflas alacaklıların eşit şekilde tatmin edilmesi hakkına ters düşmesinden dolayı, temkinli yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir (vgl. MünchKomm-InsO/Brandes aaO<sup>38</sup>; Lüke, aaO § 94 Rn. 73; Blersch, aaO; Häsemeyer, Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 19.30).

a) Ancak § 94 InsO'nun lafzından şu anlaşılmamaktadır: takas anlaşmaları için – ve böylece holding hesaplaşma klotzları için – § 95, § 96 InsO'da düzenlenen masanın korunmasının geçerli olmayacağı sonucu çıkmamaktadır. İflas Kanunu'nun Hükümet taslağında § 106 InsO-E'de – ki bu değişmemiştir – eski kanun düzenlenmesinin (§ 53 KO, § 54 VergIO<sup>39</sup>; § 7 fıkra 5 GesO<sup>40</sup>) devam edilmesi arzulanmıştır

<sup>30</sup> Çevirenin notu: EWIR kısaltmasının açılımı, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Ekonomik Hukuku İlişkin Kararlar).

<sup>31</sup> Çevirenin notu: ABG kısaltmasının açılımı, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Genel İşlem Şartları).

<sup>32</sup> Çevirenin notu: Nr. kısaltmasının açılımı, Nummer (numara).

<sup>33</sup> Çevirenin notu: vgl. kısaltmasının açılımı, vergleiche (karşılaştırınız).

<sup>34</sup> Çevirenin notu: OLG kısaltmasının açılımı, Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkeme).

<sup>35</sup> Çevirenin notu: MünchKomm. Kısaltmasının açılımı, Münchner Kommentar zur InsO.

<sup>36</sup> Çevirenin notu: ZInsO kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht.

<sup>37</sup> Çevirenin notu: ff. kısaltmasının açılımı, forfolgende (ve devamı).

<sup>38</sup> Çevirenin notu: aaO kısaltmasının açılımı, am angegebenen Ort (belirtilen yerde).

<sup>39</sup> Çevirenin notu: VergIO kısaltmasının açılımı, Vergleichsordnung (Konkordato Kanunu).

<sup>40</sup> Çevirenin notu: GesO kısaltmasının açılımı, Gesamtvollstreckungsordnung (Külli Takip Kanunu).

(BT-Drucks<sup>41</sup>. 12/2443 S. 140). Alman Federal Parlamentosu'nun hukuk komisyonu, § 106 InsO-E'ye “kanundan veya bir sözleşmeden kaynaklanan” ibaresini sadece “anlaşılabilir” olması bakımından eklemiştir (BT-Drucks. 12/7302 S. 165). Bu madde değişikliği uğramadan § 94 InsO olarak kanunlaşmıştır. Bu kanunlaşma hareketinden, kanun koyucunun, holding hesaplaşma klozlarına ilişkin hukuki durumu temelden değiştirme isteği olduğu anlaşılmamaktadır. Kanun koyucunun § 94 InsO'ya takas anlaşması yapabilme imkanını açıkça dahil etmesinden, bu klozların, masanın § 95, § 96 InsO uyarınca korunmasını bertaraf edeceği sonucunu ortaya çıkarmaz.

b) § 94 InsO, maddenin başlığından da anlaşıldığı üzere, alacaklının, iflas açılmadan önce mevcut olan temlik durumunu devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Bir takas durumu ise ancak, iki talebin takas edilebilecek şekilde karşı karşıya gelmesi anında oluşmaktadır. Holding hesaplaşma klozunun dayanak teşkil ettiği takaslarda durum böyle değildir, ancak takasın dermeyeran edilmesi ile bu şart yerine getirilmektedir (BGHZ 81, 15, 19 f.; OLG Köln ZIP 1995, 850, 851; aynı şekilde Lüke, aaO § 94 Rn. 77; Häsemeyer, Insolvenzrecht, aaO; vgl. auch K.P. Berger, Der Aufrechnungsvertrag S. 3131 f.).

c) § 94 InsO'dan, holding hesaplaşma klozlarının iflas açılmasından sonra da geçerli olması görüşü, İflas Kanunu'nun diğer prensipleri ile de örtüşmemektedir. Zira bu görüşün kabul edilmesi ile, takas imkanlarını çok genişletmekte ve bu durum iflas masasının erimesine sebebiyet verecektir ki, bu husus da İflas Kanunu'nun, alacaklılara eşit muamele edilmesi için iflas masasının mevcudiyetinin korunması amacına ters düşmektedir (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 81, 108, 140 f.; Lüke ve Wolf, her ikisi de aaO). Bu amaç değişik düzenlemelerde ortaya çıkmaktadır – örneğin iptal hukukunda da yer almaktadır – ve bu husus yeni İflas Kanunu'nda da önem taşımaktadır (BGHZ 137, 267, 290 f.). Kanun § 95 InsO ile § 54 KO'daki kolay takas şartlarını bertaraf etmiştir ve böylece “bazı alacaklıların” öncelik hakkına son vermiştir (BT-Drucks. 12/ 2443 S. 140 f.; Uhlenbruck aaO).

<sup>41</sup> Çevirenin notu: BT kısaltmasının açılımı, Deutscher Bundestag, Drucksachen (Alman Parlamentosu Baskıları).

d) Daire tarafından reddedilen bu görüş aynı zamanda Art.<sup>42</sup> 33 Nr. 17 EGIInsO<sup>43</sup> ile de ters düşmektedir. Bu düzenleme ile kanun koyucu § 455 BGB a.F.’a<sup>44</sup> ikinci bir fıkra eklemiştir ve holdingin satıcı olarak saklı tuttuğu hakkın geçersiz olduğunu düzenlemiştir (şimdi § 449 fıkra 3 BGB). Kanunun, holdinglerin teminat şekillerine ilişkin düzenlemeleri, benzer durumlara, örneğin iflas etmiş tarafın iflas masasına yönelik bu denli farklı şekilde düzenlemiş olduğu sonucuna varılması güçtür. Zira holding hesaplaşma klozları, holdingin dış ilişkilerinde mallar üzerinde teminat hakkını da hizmet etmektedir (H.P. Westermann WM Sonderbeilage Nr. 2/1986; S. 2, 3; bu yönde bak.<sup>45</sup> ayrıca Hess, InsO § 94 Rn. 34, 35).

3. İflastaki takas hakkı ekonomik bakımdan bir rehin hakkına veya teminat amaçlı mülkiyet devrine benzemekte, yani alacaklı rüçhanlı bir pozisyon elde etmektedir (Paulus, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft S. 765, 781; aynı şekilde zaten Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts 8. Aufl. S. 125); ancak anılan bu kurumların iflas hukukunda aynı şekilde ele alınması mümkün değildir. Rehin hakkı ve teminat amaçlı mülkiyet devri kurumları, alacaklının alacağı için teminat teşkil etmektedir; oysa holding hesaplaşma klozu ile, (üçüncü) bir borçluya, müflise olan borcunu ödememesi imkanı tanınmaktadır. Bunun yanı sıra Alman İflas Kanunu, takas ve teminata ilişkin konuları ve bunların değerlendirilmesi hususlarını çok farklı düzenlemektedir, hatta bu konularda kanun sistematigi bakımından da farklılık mevcuttur. Bu sistematik farklılığı burada göz ardı edemeyiz.

4. Davalı kendi borcuna karşı, F şirketinin borçludan alacağını takas etmiştir ve davalı tarafından beyan edilen bu takas § 96 fıkra 1 Bent 2 InsO kıyasen uygulandığında geçersizdir. İstinaf mahkemesinin bu konuda hatasız – ve bundan dolayı temyiz mahkemesi için bağlayıcı - bir şekilde tespit ettiği üzere, davalı takas beyanını iflasın açılmasından sonra – 7 Eylül 2001’deki yazısı ile - gerçekleştirdi. Gerçi davalı temyiz dilekçesine verdiği cevapta, “alacağım devri ve

<sup>42</sup> Çevirenin notu: Art. kısaltmasının açılımı, Artikel.

<sup>43</sup> Çevirenin notu: EGIInsO kısaltmasının açılımı, Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (Alman İflas Kanun’a Giriş Kanunu)

<sup>44</sup> Çevirenin notu: a.F. kısaltmasının açılımı, alte Fassung (eski hali).

<sup>45</sup> Çevirenin notu: bak. kısaltmasının açılımı, bakınız.

takas beyanı” iflas açılmadan önce gerçekleştiğini ileri sürmekte, ancak bu iddia istinaf mahkemesi tarafından doğru bulunmamıştır. Davalının 29 Haziran 2000 ve 20 Temmuz 2000’de yazdığı yazılardan da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir.

5. Bu tespitlerden sonra, tarafların çözümlenmesi istediği diğer bir husus olan, davalının holding hesaplaşma klozunun Genel İşlem Şartları’na ilişkin Kanunu’na göre (burada uygulanması gereken Art. 229 § 5 EGBGB<sup>46</sup>) geçerli olup olmadığı konusunun cevaplandırılmasına gerek kalmamıştır (bak. aynı şekilde BGHZ 81, 15, 17 f.).

### III.

Buna göre ilk ve ikinci derece mahkemelerin verdiği kararların, davacının ödeme talebini reddettikleri ölçüde kaldırılmaları gerekmektedir (§ 562 ZPO<sup>47</sup>). Daire bu konuda kendisi karar verebilecektir (§ 563 fıkra 3 ZPO), zira ihtilaf, karar verilebilecek haldedir.

74

Faiz talebinin yasal dayanağı §§ 284, 288 fıkra 1 BGB a.F., Art. 229 § 5 cümle 1, § 7 fıkra 1 cümle 1 bent 1, fıkra 2 EGBGB’dir; davalı 7 Eylül 2001’deki yazısı ile ödemeyi kesinkes reddetmiştir ve davacının bu yazıyı 10 Eylül 2001’de aldığı da dair beyanını da kabul etmiştir. Bundan dolayı daire, neticeyi talebi şöyle yorumlamıştır: faiz talebinin yasal dayanağı geçici Art. 229 § 7 fıkra 1 cümle 1 bent 1 EGBGB uyarınca, 1 Ocak 2002’den itibaren § 1 fıkra 1 Diskont-Geçici-Kanun yerine Alman Medeni Kanunu’daki temel düzenleme dikkate alınması gerekmektedir; hüküm fıkrasında belirtilmesine ihtiyaç yoktur.

Yargılama masrafları ve harçları için verilen kararın yasal dayanağı § 91 fıkra 1, § 92 fıkra 1, § 97 fıkra 2 ZPO’dur<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Çevirenin notu: EGBGB kısaltmasının açılımı, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun’a Giriş Kanunu)

<sup>47</sup> Çevirenin notu: ZPO kısaltmasının açılımı, Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu).

<sup>48</sup> Çevirenin notu / değerlendirmesi: Görüldüğü üzere Alman Hukuku’ndaki iflasta takas düzenlemesi Türk Hukuku’ndaki uygulamaya benzemektedir. Kural olarak her iki sistem iflasta takasın dermeyer edilmesini kabul etmektedir. Ancak diğer iflas alacaklıların menfaatlerini ve özellikle iflasta alacaklıların eşit muamele görmesi ilkesi uyarınca, iflasta takas her iki hukuk sisteminde yasal bir dayanağa sahiptir. Bu yasal dayanağın uygulama alanı bilinçli bir şekilde dar / sınırlı tutulmuştur: Her iki hukuk sisteminde, iflasta takasın ileri sürülebilmesi için, takas halinin, iflas açıldığı anda mevcut olması gerekmektedir (m. 200 İİK, § 94 InsO).



Fischer

Ganter

Raebel

Kayser

Cierniak<sup>49</sup>

\*\*\*

---

Bu bağlamda tercüme ettiğimiz Federal Mahkeme Kararı, yukarıda belirtilen bu takas halinin iflasın açıldığı anda mevcut olmasının önemini vurgulamaktadır. Holding hesaplaşma klozu örneğinden yola çıkarak, takas halinin iflasın açıldığı anda mevcut olma şartının istisnası olamayacağı özellikle ifade edilmektedir. Bu bağlamda yasal düzenlemenin dışına çıkılmasına izin verilmemektedir ve gerekçe olarak iflastaki alacaklıların eşitliği vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere, iflastaki alacaklıların eşit muamele görmesi prensibi, iflasta takasın kanuni düzenlemenin dışında uygulama alanı bulmasına izin vermemektedir. Bu durumun, iflasta takasın ileri sürülmesinin, takası ileri süren alacaklı ve aynı zamanda borçlu olan taraf için çok özel bir hak olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, takası beyan eden alacaklı / borçlu, diğer iflas alacaklılarından daha iyi bir konumda olmakta, zira borcunu tam öderken, alacağını da iflastaki hisseden ziyade, kendi borcu oranından tam olarak almaktadır. Bu denli olumlu bir uygulamanın gerçekten istisna olduğu ve bunun genişletilmesinin iflastaki prensiplere aykırı düşeceği, yukarıda tercüme edilmiş olan Alman Federal Mahkemesi Kararı ile de yeniden ifade edilmektedir ve bu bağlamda Türk Hukuku'ndaki düzenleme ile örtüşmektedir.

<sup>49</sup> Çevirenin notu: Kararı veren hakimlerin isimleri.

## BİBLİYOGRAFYA

- Özkaya-Ferendeci, H. Özden      Alman Hukuku'nda Ödeme  
Güçlüğü İçindeki Şirketlerin  
Yapılandırılmasına İlişkin  
Düzenlemeler  
Doç. Dr. Mehmet Somer'e  
Armağan  
İstanbul, 2006  
(kısaltma: Özkaya-Ferendeci,  
Somer'e Armağan)
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden      Alman Hukuku'nda Tüketici  
İflası ve Bakiye Borçtan  
Kurtulma İmkânı  
Marmara Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Hukuk Araştırmaları  
Dergisi cilt: 14 Sayı: 1 - 2,  
İstanbul 2008, s. 57 vd.  
(kısaltma: Özkaya-Ferendeci,  
HAD)
- Üstündağ, Saim      İflas Hukuku (İflas, Konkordato,  
İptal Davaları)  
8. Bası, İstanbul 2009  
(kısaltma: Üstündağ)

# AVUKATIN İLETİŞİMİNİN DİNLENMESİ HAKKINDA ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI<sup>1</sup>

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL\*

Yrd. Doç. Dr. Murat BALCI\*\*

## ÖZET:

Karara konu olayda ( E. ) kaçırılmış ve daha sonra kendisine susması için para ödendiği iddiaları ortaya atılmıştır. Soruşturma yürütülürken, kaçırılan kişinin avukatına ait telefonlar mahkeme kararı ile dinlenmiştir. Dinleme kararında kaçırılan kişinin avukatı ile görüşeceği ve bu şekilde (E.) yi kaçırın failer hakkında bilgi edinilebileceği düşünülmüştür. Ancak avukat bu yönde bir görüşme yapmamıştır. Anayasa mahkemesine başvuran avukat mesleğini serbestçe icra etme hakkı ve telefon haberleşmesinin gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Alman Anayasa Mahkemesi, burada telefon dinleme tedbirine başvuru için orantılılık şartının gerçekleşmediği, avukatın suç faillerine aracılık yapmadığı, mağdur tarafın ise rızası olmadan telefonlarının dinlendiği için telefon dinlemesine ilişkin mahkeme kararlarının avukatın avukat mesleğini serbestçe icra etme hakkı ve telefon haberleşmesinin gizliliği hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararda avukatın ceza mahkemesinde savunma görevi üstlenmediği müddetçe, müdafiyeye tanınan haklardan yararlanamayacağı da vurgulanmıştır.

## KARAR:

Anayasa Mahkemesinin 2. Senatosunun 3.Dairesi BverfGG<sup>2</sup>'nin § 93/a/2- b ile ilişkili olarak § 93/c'ye göre oybirliğiyle 30.Nisan 2007 tarihinde aşağıdaki gibi karar verilmiştir.

---

<sup>1</sup> 30.4.2007 Tarihli ve 2 Bvr 2151/06 Sayılı.

\* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu

1. Münih İlk Derece Mahkemesinin<sup>3</sup> 11.Ocak 2006- II Gs 275/06 – tarihli kararı ve bu karara itiraz talebini reddi içeren I Nolu Münih İkinci Derece Mahkemesinin<sup>4</sup> 21.Ağustos 2006 2006 - 2 Qs 66/06 ve 2 Qs 67/06 -, tarihli kararı, (başvuruyu gerekçesizlik sebebiyle reddettiği oranda) Anayasanın 10/1 ve 12/1 maddelerini ihlal etmektedir. Bu kararlar kaldırılmıştır. Dosyanın mahkeme masrafları hakkında karar vermek üzere Münih 1.Nolu İkinci Derece Mahkemesine iadesine karar verilmiştir

2. Yargılama giderlerinin Bayern Eyaleti tarafından başvurucuya ödemesine karar verilmiştir.

### **KARARI GEREKÇESİ:**

Başvuru bir avukatın telefonlarının dinlenmesine ilişkindir (§ 100 a StPO<sup>5</sup>).

### **I.**

1. Başvurucu belli bir süre gizli istihbarat örgüt çevreleri tarafından kaçırıldığı iddia edilen E'nin avukatlığını yapmaktadır. Kaçırma olayı 31.12.2003'den 29.05.2004 tarihinde meydana gelmiştir.

2. Münih İlk Derece Mahkemesi 11 Ocak 2006 tarihinde StPO'nun § 100/ a-1, § 100/ b maddelerine göre Başvurucunun ve eşinin çalışmakta olduğu Avukatlık bürosunun sabit telefon ve fax iletişimleri ve Başvurucunun adına kayıtlı ve birisi eşi tarafından kullanılan iki mobil telefonların dinlenmesi ve kayda alınmasına karar vermiştir. Bu avukatlık bürosunda büro ortağı iki avukat daha çalışmaktadır. Meçhul fail, mağdur E'yi cebir ve cebir kullanma tehdidi altında rızası hilafına alıkoymak şüphesi altındadır. (StGB<sup>6</sup> § 234 /a, Adam Kaçırma). Başvurucunun failin kendisine gönderdiği bilgileri kabul ettiği, belirli olaylara dayanılarak varsayılmaktadır. "E." olayı bir çok medya organını da haberlere konu olmaktadır. Basında yer alan haberlerde bir taraftan bir çok kişinin ve kurumun cezai sorumluluğu, diğer taraftan mağdurun kendisinin rolü (susma karşılığında para alması) tartışılmaktadır. Failler ya da şeriklerinin

---

<sup>3</sup> Amtsgericht München

<sup>4</sup> Landgericht München I

<sup>5</sup> StPO: Ceza Usul Kanunu.

<sup>6</sup> StGB: Ceza Kanunu.

„olayın çözümü“ için mağdur ya da başvuruyla telefon ile bağlantı kurdukları düşünülmektedir. Bunun haricinde olayı aydınlatacak herhangi bir vasıta bulunmamaktadır.

11 Nisan 2006 tarihinde İlk Derece Mahkemesi koruma tedbirini uzatmıştır. Tebdir 13 Haziran 2006 tarihine kadar sürmüştür.

3. 11.Nisan 2006 tarihli kararı ilgilendiren yönüyle başvuru Münih I.Nolu İkinci Derece Mahkemesi tarafından 21 Ağustos 2006 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kararda koruma tedbirinin süresiyle ilgili olarak hukuka aykırılık tespit edilmiştir. Bunun haricinde başvuru reddedilmiştir. Başvurucu StPO § 100 a Cümle 2 anlamında haber aracılığı<sup>7</sup> yapmıştır. Başvurucu ülke içinde ve ülke dışındaki geniş bir kamu oyu tarafından tanınan E'nin avukatlığını yapmaktadır. Fiilin işlendiği tarihten ilk karar tarihine kadar 1,5 yıl geçmesine rağmen, özellikle de ABD'de zamanın CIA başkanına karşı mağdur tarafından açılan özel hukuk davası, adı „Sam“ olan tahmin edilen Almanca konuşan tanık hakkındaki söylentiler, mağdura susması için para ödendiği iddiası, konuyla ilgili Federal Alman Perlementosundaki soru önergesi ve birçok tartışmalarla bağlantılı olarak medya tarafından 2005 yılının sonuna mağdurun akibetine ve soruşturmanın durumuna ilişkin haberler yapılmaya başlandı.

Bu zaman aralığında kaçırma hakkında yabancı makamların katılımı ya da bilgisi olduğuna dair bulgular ortaya çıktı. Mağdur hakkındaki bilgilerinin doğrulanması veya güçlendirilmesi için geçmişte kendileriyle iletişime geçildiğini, hem mağdur ve hem de başvuru bildirmişlerdir. Sorgu hakimi failerin çevresindekilerin başvuruyla mağdurun medya dan uzak tutulmasıyla ilgili olarak anlaşmış olmalarını düşünmektedir ve bu da hatalı değildir.

Dinleme tedbirleri § 148 StPO'ya aykırı değildir. Çünkü başvuru mağdurun müdafii olarak faaliyette bulunmamıştır. Bir avukatın müvekkiliyle olana bütün ilişkileri tam olarak korunma altında değildir. Şüphelinin bağlantı bilgilerinin sorgulanmasındaki geçerli yeni kuralları düzenleyen ve soruşturma imkanını sadece savunma bağlantısıyla sınırlayan StPO'nun § 100 h maddesi bunu göstermektedir. Tali tedbirler yeterlidir. Almanya İçişleri Eski Bakanı

---

<sup>7</sup> Nachrichtenmittler

Schily'nin beyanları herhangi bir yeni bilgi sunmamıştır. 2004 yılında mağdurun rızasıyla yapılan onun mobil telefonuyla yaptığı iletişimler takibinin sonuçsuz kalması, tebdirin gerekliliği ve orantılılığına ters düşmez. Çünkü olayın olduğu zaman içinde kamu oyunun konuya özel ilgisi bulunmamaktaydı. Takip edilen fiilin ağırlığı bakış açısıyla tebdir de orantılıdır. Dinleme tebdirlerinin bir kişiye ya da telefonlardan birisine inhisar edilmesi başlangıçta mümkün olmamıştır. Çünkü kimin bu bağlantıları yalnız ya da birlikte kullandığı bilinmemektedir. Dinleme tebdirlerinde ilgisiz kişilerin de etkilenebileceği StPO'nun § 100 a düzenlenmiştir.

4 . § 33 a StPO ya göre başvurunun müracaatı reddedilmiştir.. Bu müracaatta başvuru başka şeylerle birlikte mağdura karşı güvenlik tebdirleri uygulandığını bildirmişti. (Emniyetin mağdurun çocuklarının gittiği kreş çevresinde yaptığı soruşturmalar, kod adı araştırmaları, Emniyetin gözetleme yapması için yazılan yazılarının incelenmesi). Bunlar başvurunun avukat olarak görevlendirmesinde etkili olmuştur.

## II.

80

Başvuru Alman Anayasasının 2/1'i 20/3 maddesiyle ilişkili olarak 10/1<sup>8</sup>, 12/1-1<sup>9</sup>, 2/1<sup>10</sup>,i 1/1<sup>11</sup> maddelerinde düzenlediği haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Soruşturma makamlarının ciddi bir şekilde olayı aydınlatmak istedikleri hususunda şüpheler bulunmaktadır. Çünkü ABD eski Büyükelçisi Coats ve İçişleri eski Bakanı Schily'nin kaçırılmayla olayıyla ilgili bilgi alışverişinde buldukları 2005'den beri basında bilinmesine rağmen her ikisinin de ifadelerinin alınması ihmal edilmiştir. Alınan tebdirler uygun olmamıştır. Çünkü tebdirlerin uygulanması zamanıyla olayın olması arasında 1,5 yıldan daha fazla zaman geçmiştir. Üçüncü kişiler sadece kamu oyunundaki tartışma sebebiyle olayı çözmek için savunma avukatıyla irtibat kurması

---

<sup>8</sup> "Mektup ile posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaz".

<sup>9</sup> "Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir. Mesleğin icrası yasayla veya yasaya dayanarak düzenlenebilir".

<sup>10</sup> "Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir".

<sup>11</sup> "İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür".

sadece bir tahminden ibarettir. Adam kaçırma fiilinin gizli istihbarat örgütleri tarafından gerçekleştirildiği iddiası da –ki bu ses ve görüntü kayıtlarıyla tespit edilebilirdi- uzak bir ihtimaldir, çünkü böyle bir teklif basit bir telefon görüşmesiyle sunulabilirdi. Telefon dinlemelerinde konuyla ilgili suçun faili olabileceklerle değil gazetecilerle yapılan sadece beş görüşme tespit edilmiş olması, böyle bir varsayımın ne derece dayanaktan yoksun olduğunu göstermektedir. Mağdurun işbirliğine hazır olduğu –ki bu ispatlanmıştır- değerlendirildiğinde bu tedbir gereksizdir. Orantılılık çerçevesinde değerlendirildiğinde avukat müvekkil ilişkisinin özel olarak korunduğu ve Avukatın StPO § 53 Cümle 1 de düzenlenen meslek sırrı saklama yükümlülüğü bulunduğu önemle dikkate alınması gerekmektedir. StPO § 100/h/2' ı kendi içinde hukuki değer çatışması taşımaktadır. İkinci Derece Mahkemesi AİHS'nin 8/1 de düzenlenen özel hayat ve ailenin korunmasını düzenleyen hükmünü yeterince nazara almamıştır. StPO § 100 a'nın hazırlık çalışmalarına göre bu tür tedbirler sadece şüphelilere ya da aynı durumda olanlara karşı alınabilir.

### III.

Bayern Eyaleti Adalet Bakanı Anayasa başvurusunu esastan yoksun olarak değerlendirmiştir. 11 Ocak 2006'da karar verildiğinde § 100 a, § 100 b StPO'da düzenlenen önşartlar mevcuttu. Eğer mağdur ya da onun yakınları ya da dostları şüpheliden konuyla ilgili bilgiler aldığına ve bunları başkalarına ulaştırdıklarına dair somut bulgular varsa § 100 a StPO'nun lafzına göre bunlara karşı da tedbir uygulanabilir. Başvurucunun Anayasa'nın 10 ncu maddesindeki temel hakkına müdahale edilmesi hukuka uygundur. Başvurucunun görüşünün aksine soruşturma makamları fiilin tamamıyla ortaya çıkartılması için gerekli çalışmayı yapmadığı ya da tedbirini amacının sadece gazetecileri dinlemek olduğuna dair iddialarını dayandırabileceği herhangi bir olay bulunmamaktadır. Tedbirin hedefi sadece meçhul şüphelinin başvuruyla irtibata geçmesi halinde onun hakkında bilgilere ulaşmaktır. Tedbirin icrası sırasında gazetecilerin de dinlenilmiş olması tedbirin içinde hedeflenmemiştir.

Bu olayda telefon dinleme kararını veren hakim soruşturma alanı içerisinde belirli olan sınırları aşmamıştır. İlk derece mahkemesinin

yurt içinde ve yurtdışında tanınan başvuru hakkında 2005'in sonunda 2006'ın başlarında medya da çıkan haberlerin artması neticesinde suçtan sorumlu olan kişilerin onu korkutmak ve tehdit etmek amacıyla ya da konuyu el altından çözüme kavuşturmak amacıyla başvuruyla temasa geçebileceği düşüncesinden hareket etmesi doğrudur. Burada suçun tedbir kararından 1,5 sene önce işlenmiş olması meseleyi değiştirmeyecektir. Yeniden uyanan medya ilgisi sebebiyle gerçekten de başvuruyla birçok dafa irtibata geçilmiştir. Başvuru olayı ex post olarak ele almak ve tedbirin başarısızlığını bunun baştan beri onun uygun olmayışına bağlamak eğilimindedir.

Failin araştırılmasına daha hafif ve uygun araç görünmemektedir. Savcılık bu tedbirden önce bir çok soruşturma tedbirlerine ve tanık beyanlarına ve hukuki yardım ve bilgi toplamış ancak faili bu yollarla bulamamıştır. İçişleri eski bakanının ve Amerika büyükelçisinin dinlenmesi ne derece zorunlu olduğu bilinmemektedir. Özellikle bu kişilerce failin kimliğini bildiğinden hareket edilemezdi. Dinleme tedbirlerinin başvuru rızasıyla icra edilmesi burada aynı derecede uygun olmayacaktır. Şurası kabul edilebilir ki, başvuru dinleme tedbirlerinden haberi olması halinde telefon görüşmeleri bu şekilde serbestçe yapılabilmesi mümkün olmayacaktı. Bunun yanında başvuru telefonunun dinlenmesine rıza gösterip göstermeyeceğide bilinemezdi.

Tebdir dar anlamda orantılıdır. Başvuru temel haklarına müdahaleye karşısında, ağır bir suçun takip edilmesi ve ortaya çıkartılmasında bir menfaat dengesi söz konusudur. Eğer soruşturma makamları suçun ağırlığı ve şüphenin yoğunluğu karşısında bütün yasal imkanları kullanmaması halinde siyasetin yeterli soruşturma yapmadığı ithamına muhatap olabilecektir.

İkinci derece mahkemesi başvuru Federal Anayasanın 12/1 de düzenlenen temel hakkını nazara almıştır. Başvuru müdafî değildir, aksine zarar görenin avukatıdır. Devletin koruma tedbirlerine (§ 148 StPO) karşı müdafî hürriyeti burada söz konusu değildir. Burada sadece başvuru ile failer ya da fiile iştirak edenler arasındaki iletişim tespit edilmektedir. Bu kişiler arasında ise görünen o ki, korumaya değer bir güven ilişkisi bulunmamaktadır.



#### IV.

Bu anayasa başvurusu hakkında karara esas olacak anayasal düzenlemelerle ilgili Federal Anayasa Mahkemesi'nin benzer içtihatları vardır. Buna göre Anayasa başvurusu ilgili dairenin karar vermesi için gerekli şartları taşımaktadır (§ 93c /1- 1, Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu). Hakkında başvuruda bulunulan karar başvurusunun Anayasanın 10/1 1 ve 12/1 maddelerinde düzenlenen temel haklarını ihlal etmektedir.

1. a) İletişimin içeriğinin tespit edilmesine yönelik kararla Anayasanın 10/1'maddesinde koruma altına alınan hukuki menfaatler ihlal edilmiştir. İletişimin gizliliği bilgilerin sanal olarak telekomünikasyon vasıtasıyla karşıdaki bireylere ulaştırılmasını ifade etmektedir (bkz. Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu, 67, 157 <172>; 106, 28 <35 f.>; 115, 166 <182>). İletişimin gizliliğinin korunması temel hak olarak garanti altına alınmasıyla birlikte, telekomünikasyon araçlarıyla fikir ve bilgi alış verişinin bu sebeple engellenmemesi veya şekil ve içerik olarak değiştirilmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Çünkü aksi takdirde iletişime katılanlar devlet makamlarının iletişime müdahalesi ve iletişim ilişkilerinden ya da iletişim içeriğinde haberdar olmasını hesap etmek zorunda kalacaklardır (bkz: Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu 100, 313 <359>; 107, 299 <313>).

b) İletişimin içeriğinin tespit edilmesine yönelik kararla iletişimin gizliliği hakkı ihlal edilmiştir. Çünkü devlet makamları başvurusunun ve diğer iletişime katılanların rızası olmaksızın görüşmelerin içeriği ve durumu hakkında iletişim tekniğini kullanarak bilgi elde etmişlerdir.

c) İletişimin içeriğinin tespit edilmesine yönelik kararda bulunan iletişimin gizliliğini ihlali Anayasanın 10/1 -1'e göre hukuka uygun değildir. Gerçi iletişimin dinlenmesine yönelik tedbir kararı ağır bir suçun aydınlatılması ve takip edilmesindeki meşru kamu amcına hizmet etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi etkin bir ceza soruşturmasının reddedilemez ihtiyacı olduğunu öne sürmüş, ceza muhakemesinde mümkün olduğunca noksansız olarak gerçeğin ortaya çıkartılmasındaki kamu menfaatini vurgulamış ve ağır bir suçun tam olarak aydınlatılmasının hukuk devleti olmanın önemli bir göstergesi

saymıştır(bkz. Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu, 107, 299 <316>). Tabiki başvuruçunun dinleme tedbirleriyle bağlantılı olan temel haklarına müdahale dar anlamda orantısız olmuştur. Acaba başvuruçunun iletişiminin tespit edilmesi failin ortaya çıkartılması için uygun bir araç mıydı, sorusu burada cevapsız bırakılabilir. Acaba dinleme tedbirleri kararından önce failin bulunması için daha hafif araçlara başvurulabilir miydi, sorusuda aynı şekilde cevapsız kalabilir. Her halukarda başvuruçuyla fail ya da failerin irtibat kurma ihtimallerinin oluşu düşüncesi fazla önemli görülmemektedir ve - özellikle de fiil işlendiğinden bu yana geçen zaman nazara alındığında- hiçbir şekilde başvuruçunun temel haklarına ağır müdahaleyi gerektirecek derecede hukuka uygun bulunamaz.

aa) Şüpheli olmayan kişiler hakkında, şüpheliden belirli bilgiler ya da şüpheli kaynaklı bilgiler aldığına ya da başkalarına ilettiğine ya da şüpheli bu kişilerin hatlarını kullandığına dair somut veriler bulunması halinde, iletişimin içeriğinin tespit edilmesine yönelik karar verilebilir(§ 100 a Satz 2 StPO). Anayasa Mahkemesi suçun kanuni unsurları bakımından kesin olmayan şüphe sebepleri ve basit tahminlere dayalı „somut olayları“ın varlığını aramıştır. (bkz. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 2006 - 2 BvR 950/05 -, NJW 2006, S. 2974 <2975> zu § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO). Sadece konuşmalar, araştırılmamış söylentiler ve tahminler yeterli değildir. Hayat olağan akışı ya da, tanık beyanlarına bağlı kriminal tecrübeler, gözlemler ya da diğer somut delil göstergelerinden bir kişinin haberleşme aracı ( şüpheliye ait ya da şüpheli kaynaklı bilgileri alan ya da bu bilgileri diğer kişilere ulaştıran kişi) sıfatını taşıdığı sonucuna varılabilmelidir.

bb) Bu olayda koşulların bulunduğu çok tereddütlüdür. Acaba kanunun lafzına göre (şüpheli için hareket etmek) ve kanun koyucunun amacına göre haber aracı sadece belirli bir dereceye kadar şüphelinin yerine konulabilecek kişi midir, -ki olayda bu soru hayır ile cevaplandırılacaktır- sorusunun cevabı cevapsız kalacaktır. (bkz. bei Mahnkopf/Döring, NStZ 1995, S. 112 <113>; Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 100 a Rn. 12; a.A. dagegen zunehmend die neuere Literatur: vgl. Mahnkopf/Döring, a.a.O., S. 113; Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und

das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., § 100 a Rn. 68; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2003, § 100 a Rn. 25: Haber aracıları da fidye için kaçırma fiilinin mağduru olabilir, çünkü o şüpheliden ileti alabilir. ) auch Opfer einer Schutzgelderpressung kann Nachrichtenmittler sein, weil es Mitteilungen vom Beschuldigten entgegennimmt). Asıl olan şudur ki, şüphelinin ya da çevresinin başvuruyla irtibata geçme ihtimali baştan itibaren çok zayıftır. Tebdirin başarı şansı müdahalenin ağırlığına göre orantısızdır. İkinci derece mahkemesinin görüşüne göre başvuru ve failin çevresi arasında beklenen ilişkinin kurulması düşüncesi somut değil sadece tahmin karakteri taşımaktadır. Bu başvuru StPO § 100 a cümle 2 anlamında haber aracıları olarak göstermeye uygun değildir. Kaldırma fiilinin sona ermesinden bu yana 1,5 yılı aşkın zaman geçmiş olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. İkinci derece mahkemesinin 2005 yılının sonunda tekrar uyanan medya ilgisine dayandıkları müddetçe olayın ayrıntıları belirsiz kalmaktadır. İkinci derece mahkemesi 2005 yılı başında da ve başvuru ismi de zikredilerek gizli istihbarat örgütlerince E'nin kaçırılması üzerine yabancı basın da dahil olmak üzere haber yapıldığı konusunu değerlendirmemiştir. Failler tarafından yeniden irtibata geçileceği beklentisi neden ilk olarak Ocak 2006 tarihinde oluştuğunun nedeni bilinmemektedir. Bunun yanında ikinci derece mahkemesinde ortaya atılan konu hakkında konuşulmaması için para verildiğine dair söylenti de kaçırılan kişilerce başvuruyla bu konuda yeniden irtibat kurulacağı beklentisiyle çelişmektedir. Soruşturma savcısının istinabe talepleri ve bir çok bilgi talebinin cevaplandırılması çok yavaş işlemesi başvuru meçhul failerin haber aracıları olduğunu ortaya koyup koymadığı belli değildir. Bir çok defa zarara uğrayan hakkındaki bilgileri doğrulamak ya da teyid etmek isteyen bazı kişilerin başvuruyla irtibat kurduklarına dair bilgi belirli bir ölçüye dayanması açısından çok soyut ve belirsizdir.

2. Başvurucunun mesleğinin icrası sırasındaki konuşmalarının dinlenmesi Anayasanın 12/1 maddesini ihlal etmektedir. Bu madde devletin kontrolüne ve vesayetine karşı Avukatın mesleğini serbest bir şekilde icra etmesini garanti etmektedir ve bu konuda özellikle Avukat müvekkil ilişkisini korumaktadır (bkz. Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu 113, 29 <49>). Avukat ve müvekkil

arasındaki güven ilişkisinin varlığını zedeleyen ya da ortadan kaldıran önlemler, Avukatın meslek icra özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bunun yanında Avukatın etkin ve düzenli hukuk hizmeti sunmasında genel yarar bulunmaktadır(bkz. Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu 113, 29 <49>). Avukatın mesleğinin müdahale edilmeksizin icra edebilmesinin önemi özellikle orantılılık ilkesinin ve müdahale şartlarına titiz ve dikkati bir şekilde riayet edilmesini emrettiğinden yerel mahkemesi mevcut dinleme kararını reddetme yoluna gitmesi gerekirdi.

#### V.

1. Münih İlk Derece Mahkemesinin 11.Ocak 2006 tarihli kararı ve bu karara itiraz talebini reddi içeren Münih 1.Nolu İkinci Derece Mahkemesinin 21.Ağustos 2006 tarihli kararı, Anayasanın 10/1 ve 12/1 maddelerini ihlal etmektedir(§ 95 Abs. 2 Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu). Dosyanın mahkeme masrafları hakkında karar vermek üzere Münih 1.Nolu İkinci Derece Mahkemesinin iadesine karar verilmiştir(§ 95 Abs. 2 Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu).

2. Masrafların ödenmesine dair verilen karar Anayasa Mahkemesi Yargılama Usul Kanunu § 34a/ 2 maddesine dayanmaktadır.

Bu karar kesindir.

# KARŞILAŞTIRMALI HUKUKUN YÖNTEM VE GÖREVLERİ: İDDİA PAZARLIĞI ÖRNEĞİ

Prof. Dr. Henning ROSENAU\*

Çeviren: Dr. Öznur SEVDİREN\*\*

## Giriş

Karşılaştırmalı hukukun, ceza hukuku alanında bir tür ‘üvey anne muamelesi’ ile karşılaştığı vakıadır. Bununla birlikte, bu disiplinin nasıl bir anlam kazanacağı, bilgiye ulaşmada sunacağı katkılar ve yardımcı bir disiplin olarak hataları engelleme potansiyeli her geçen gün daha fazla ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukukun bu potansiyelini Almanya’da 4.8.2010’dan beri yürürlükte bulunan ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 257c maddesi ile düzenlenmiş iddia pazarlığı üzerinden tartışmaya açacağım.

## I. Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri

87

Karşılaştırmalı hukukun görevleri kolaylıkla belirlenebilir, zira bu bakımından ihtilaf esasen azdır.

Bu çalışmaya büyük medeni hukukçu *Gerhard Kegel*’in değerlendirmeleri ile başlamak istiyorum. *Kegel* “baskın ulusal ufuğun dünyaya açılması” ile yer değişmesinden söz eder.<sup>1</sup> Karşılaştırmalı hukuk ile meşgul hukukçu kendi ulusal hukuk sistemi ve düşüncelerinin doğru ve giderek daha adil bir hukuk için tek gerçek olduğu fikrine yabancıdır. Hukuk öğrenimi sırasında öğrendiği kuralların göreliliğini de yabancı hukuk sistemlerini tanımasıyla açık bir biçimde kavrar. Yine bu aşamada, başka çözümlerin bulunduğu, bu çözümlerin amacına uygun olarak işlevini yerine getirdiği ve hatta daha etkin ve doğru olabildiğini şaşkınlıkla tespit eder.

Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk ulusal öğretisi ve cevapların sorgulanması ve yabancı hukuklardaki yaklaşımlarla karşılaştırılması

\* Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Müfredat Kurulu Üyesi

<sup>1</sup> *Kegel*, Ernst Rabel – Werk und Person, RabelsZ 54 (1990), 1, 10.

ve bu bakımdan belli bir uygunluğun sağlanması için itici bir güç vazifesini görür. Karşılaştırmalı hukuk faaliyeti bu bakımdan tanımı gereği bilime ilişkin kurgumuzla doğrudan bağlantılı bir yöntemdir.

Hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasının kanun koyucu için önemli bir motivasyon sağladığı açıktır. Kanun koyucu belli bir konuda reform zorunluluğu doğduğunda karşılaştırmalı hukuk birikiminden yararlanır. Olumsuz örneklerin bu bağlamda daha başarılı modellere göre önemi az değildir. İddia pazarlığı, karşılaştırmalı hukukun bu etkisini göstermesi bakımından iyi bir örnektir.

Avrupa Birliği hukuk sistemlerinin uyumlulaşması ancak karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının belli bir olgunluğa erişmeleri ile mümkündür. Avrupa Birliği sınırları içinde Romanik, Germanik ve Anglo-Saxon sistemleri gibi birbirinden çok farklı hukuk sistemleri bulunmaktadır. Avrupa hukuku ile ilgili düzenlemelerin benimsenmesi için belli bir sistemin hukuk mantığı ile çok çelişmeyecek normatif karşılaştırmalı hukuk çözümlerinin bulunması gerekir. Yeterince zorlu olmasına rağmen bu hedef doğrultusunda hareket etmek lüzumu bulunmaktadır. Örnek olarak 2000 yılında bazı meslektaşlarımız tarafından ortak bir ceza kanununun çekirdeği olarak görülen *Corpus Iuris* verilebilir. Avrupa Birliği federal bir devlete dönüşmeden bu yaklaşımı hatalı bulmakla birlikte,<sup>2</sup> *Corpus Iuris*'in de farklı üye devletlerde ceza hukukuna ilişkin tasavvurların nasıl yan yana gelebileceğini gösterdiği kanaatindeyiz.

Karşılaştırmalı hukuk sadece bilimsel bilgiyi desteklemez, aynı zamanda mahkemelerin ortaya koyduğu tespit ve içtihatları da besler. Lüksemburg'da bulunan Avrupa Adalet Divanı, Avrupa hukukunu uygularken kavramları karşılaştırmalı olarak yorumlar. Bu tarz bir yorum faaliyeti örneğin Almanya'da veya Estonya'da ceza kavramından ne anlaşıldığı hususuna değil, Avrupa Birliği ülkelerinde bu kavram ile neyin bağlantırıldığı noktasına odaklanmaktır. Ulusal mahkemeler de, karşılaştırmalı hukukun verilerini kimi olaylarda kullanmaktadır.<sup>3</sup> Strazburg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için de durum burada tarif edilenden daha farklı değildir.

---

<sup>2</sup> Krş. *Rosenau*, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, 9 vd.

<sup>3</sup> Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden doğan delil yasakları için bkz. BGHSt 38, 214, 228 vd.; evlilik dışı cinsel ilişki kavramı hakkında bkz. BGHSt 1, 293, 297 Anayasa Mahkemesi ve kamu

Burada belirtilen önemli noktalar dışında da karşılaştırmalı hukukun başka amaçlarından bahsedilebilir. Karşılaştırmalı hukukun ihtilafları ideolojisizleştirme potansiyeline bu bağlamda işaret edilebilir. Örneğin, sıklıkla tartışılarda insan onuruna aykırılık argümanına atıfta bulunulur.<sup>4</sup> Ne var ki, eleştirilen muhakeme biçiminin komşu ülkelerde kabul edilen pratik olduğu görüldükten sonra bir değerlendirmede bulunurken daha dikkatli olunacağı açıktır. Zira söz konusu ülkede insan haklarının hiçe sayıldığını iddia etmek çoğunlukla savunulması mümkün olmayan bir tezdır.

## II. Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemleri

Çalışmamızın bu bölümünde, neden sorusundan sonra şimdi de nasıl sorusu üzerinde duracağız. Burada, karşılaştırmalı hukukun yöntemlerinden emin olmak lüzumu hâsıl olmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun yöntemleri üzerine konuşurken örneğin son yıllarda Almanya’da kanuni dayanağı olmadan gelişen iddia pazarlığını Amerika Birleşik Devletleri’ndeki durum (mevzuat ve uygulama) ile nasıl karşılaştıracacağız?

### 1. Normatif-Betimleyici Yöntem

Karşılaştırmalı hukukun analizi konusundaki geleneksel yöntem bu fenomene normatif yaklaşımdır. Bu yaklaşım Freiburg Üniversitesi’nde akademik kariyerinin ilk tebliğinde *Hans-Heinrich Jescheck* tarafından ortaya konulmuştur. Hukuksal açıdan dünya çapında merak uyandıran garabetlerin müzelere özgü yan yana gelmelerinden oluşan bir karşılaştırmalı hukuk perspektifi tehlikesini bertaraf etmek için *Jescheck* kendi dogmatik ve ceza politikası kalkış noktalarından hareket etmiştir. Bunun için karşılaştırmalı hukukun yorumunu sağlayan sonuçları bağlantılandırmıştır.<sup>5</sup> *Jescheck*’e göre karşılaştırmalı hukukçunun kalkış noktası ki *Jescheck* bunun karşılaştırmalı hukukçunun kendi hukukunun yaklaşımının aynısı olmaması gerektiğini belirtmiştir, bir çalışma hipotezi olarak ele alınmalıdır. İkinci aşamada, yabancı hukuk yorumlanmalı ve üçüncü aşamada da sistematize edilmeli ve gerekli durumlarda, dördüncü

---

hukuku bakımından yeni bir konu başlığı olarak giderek artan karşılaştırmalar için bkz., *Weber*, JZ 2010, 157; *Michaels*, RabelsZ 66 (2002), 97, 105 vd.

<sup>4</sup> *Brand*, JuS 2003, 1082, 1084.

<sup>5</sup> *Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955, S. 37 ve. 40.

aşamada bir değer hükmü verilmelidir.<sup>6</sup> *Jescheck*'e göre bu dördüncü basamak, gerçek anlamda bir hukuklar arası karşılaştırmanın sınırlarını aşmaktadır, çünkü burada değer kategorileri olan adalet ve ceza politikası açısından amaca uygunluk değerlendirmelerinin yapılması söz konusu olup, tanım gereği bilgi alanı ile değil daha ziyade inanç/kanaat alanı ile ilgilidir.<sup>7</sup> Zira iyi veya kötü hukuk değerlendirmesi yapılamaz, soru iyi veya kötü hukuk sistemi ile ilgili olamaz.<sup>8</sup> Bu tarz bir soru karşılaştırmalı hukukçuların değil hukuk felsefecilerinin konusudur. *Jescheck*, değer hükmü bildiren bir karşılaştırmalı hukuk düşüncesine eleştirel olarak yaklaşmaktadır.

Bu yaklaşımın eksikleri/açıkları nerede yatmaktadır? Kuşkusuz, kendi dogmatik duruşumuzu kalkış noktası veya orta nokta olarak belirlediğimizde, kazanılan bilgiler kaçınılmaz biçimde önyargılarımızla malul hale gelmektedir.<sup>9</sup> Bu durumu, iddia pazarlığı kurumuna ilişkin yapılan tartışmalarda çok net bir biçimde görmek mümkündür. Bu tartışmalarda Amerikan muhakemesi Alman muhakemecilerin gözlüğünden değerlendirilmektedir. Alman hukukçular engizisyon muhakemesinin aydınlanma öncesi 'göze göz' ile belirtilen kısas mantığının izlerini taşımakta ve Anglo-Amerikan taraf mahkemesinde Almanya'daki hukuki durumun antipotlarını görmektedirler. Bu durum karşısında muhakeme aşamasında pazarlığın Amerika Birleşik Devletleri'nde sistemin özünde bulunduğu kabul edilirken, resmi olarak yapılan açıklamalarda Alman sistemi ile uyumsuz görünmesi gerekmektedir.

## 2. Fonksiyonelci Yöntem

Bu tarz tehlikeler, aydınlatılması ilk adım olarak farklı hukuk sistemlerinin yaklaşımını gerektiren nesnel bir problemi tarif edenlerin karşısına çıkar. Bir kültür görünümü olarak hukuk, sosyal düzendeki nedenler ve etkilerden bağımsız irdelenemez. Bu nedenle, hukuk yapma biçiminin *fonksiyonlarının* da incelenmesi gerekir. Büyük karşılaştırmalı hukukçu *Ernst Rabel* bu konuya daha önce

---

<sup>6</sup> *Jescheck* (Dn. 5), S. 41 vd.

<sup>7</sup> *Jescheck* (Dn. 5), S. 43; *Radbruch*, in: Kaufmann, A. (ed.), Gesamtausgabe, Bd. 15, Heidelberg 1999, S. 152, 154.

<sup>8</sup> *Legrand*, *Le droit comparé*<sup>3</sup>, Paris 2009, S. 117;, in: *Legrand, P./Munday, R. (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, S. 240, 296.

<sup>9</sup> *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*<sup>2</sup>, 2004, S. 44.



değirmiştir.<sup>10</sup> Bütün karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının tartışmasız çıkış noktası kabul ettiği bu tespit, bir tür meslek kuralı (*lex artis*) haline gelmiştir.<sup>11</sup> *Albin Eser'in* sözcükleriyle karşılaştırmalı hukukun konusu öncelikle norm değil, norma yüklenmiş kurala muhtaç sosyal düzen problemidir.<sup>12</sup> Burada hukuk sisteminin kendi sosyal gerçekliği içinde fonksiyonunu görmesi söz konusudur.<sup>13</sup> Yine, hukuk kuralları anlamlarını sosyal gerçeklikten alırlar, dolayısıyla karşılaştırmalı hukukta hukuk kurumlarının karşılaştırılması ile yetinilmemesi, arka plandaki koşulların analizinin yapılması gerekir.

Fonksiyonelci yöntemin negatif tarafı karşılaştırmalı hukukçunun kendi dogmatik ve sistematik tasavvurlarından radikal biçimde ayrılma olanağı yaratır.<sup>14</sup> Böylelikle, belli bir fonksiyona yönelmiş hukuk kurumları, iç hukukun sistematığı ile değil, araştırma konusu hukuk sisteminin kendi merceğinden incelenebilir.<sup>15</sup> Yabancı hukukun analizinde bir fotoğrafçı gibi çalışılır.<sup>16</sup> Daha açık bir deyişle, burada inceleme konusu hukuk sisteminin hukukçusunun pozisyonunu alınır.<sup>17</sup>

Bu tutum akla uygundur. “Alman hukukunun analiz yöntemleri ile incelendiğinde yabancı hukukun Alman hukukundan alınma yöntemler ile incelenmesi” veya örneğin “İslam hukukunun İngiliz hukukuna hâkim ruh ve yöntemlerle incelenmesi” mümkün değildir.<sup>18</sup> İngiliz mahkemelerinin İngiliz hukukunun aksi ispatlanana kadar karşılaştırmalı hukuk ile uyum gösterdiği yönündeki cüretkâr

---

<sup>10</sup> *Rabel*, in: Leser (ed.), *Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, 1976, S. 1, 4.

<sup>11</sup> Bkz., örneğin, *Rheinstein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*<sup>2</sup>, 1987, S. 15; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*<sup>3</sup>, 1996, S. 33 ve 37; *Koch et al.*, *IPR und Rechtsvergleichung*<sup>4</sup>, 2010, S. 280; *Starck*, *JZ* 1997 1021, 1028; *Junker*, *JZ* 1994, 921, 922; *Jung*, in: Hassemer vd., (ed), *FS Volk*, 2009, S. 223, 227; *Haase/Tax*, *JA* 2005, 232, 235; *Rösler*, *JuS* 1999, 1186 vd.; *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 37 vd.; *Kischel*, *ZVglRWiss* 104 (2005), 10, 16; *Sieber*, in: Sieber vd. (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, S. 78, 112.

<sup>12</sup> *Eser*, in: Albrecht vd. (ed.), *FS Günther Kaiser*, 1998, 2. Halbbd., S. 1499, 1521.

<sup>13</sup> *Jung*, *JuS* 1998, 1, 2.

<sup>14</sup> *Zweigert/Kötz* (Dn. 11), S. 33 u. 36; *Jescheck* (Dn. 5), S. 40; *Ebert*, *Rechtsvergleichung*, Bern 1978, S. 29.

<sup>15</sup> *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II, 1972, S. 151; *Haase/Tax* (Dn. 11) *JA* 2005, 232, 235.

<sup>16</sup> *Goldschmidt*, in: v. Caemmerer vd., *FS Wolff*, 1952, S. 217; eleştirel olarak, *Bild Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*<sup>9</sup>, 2004, S. 506.

<sup>17</sup> *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*<sup>6</sup>, 2006, S. 212 vd.

<sup>18</sup> *Constantinesco* (Dn. 15) S. 151.

varsayımı<sup>19</sup> yöntemsel olarak savunulamaz. Bu yaklaşımın karşılaştırmalı hukukçuları kimi yükümlülükler altında bıraktığı aşikârdır. Karşılaştırmalı hukukçu kendi hukuk sistemine bakış açısına benzer bir empati geliştirmek,<sup>20</sup> bu hedefe mümkün olduğunca çok yaklaşılabilmek<sup>21</sup> ve dışarıdan değil, içerden bakmak durumundadır.<sup>22</sup>

Fonksiyonelci yöntemden hareket edilmesi yöntemsel kurallara ilişkin kimi mülhazaların ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Birincisi, karşılaştırmalı inceleme, yabancı hukuklardaki hukuk kaynakları ile sınırlanamaz, daha ziyade bu kaynakların karmaşıklığı ve bütünselliğinin incelenmesi ve bu arada, her kaynağa inceleme konusu ülkede verilen önem ve ağırlığın da aynı olması gerekir.<sup>23</sup> İkincisi, hukuk kaynakları kendi mantığı içinde kendine has yorumlama yöntemi ile değerlendirilmesi gerekir.<sup>24</sup> Bu gereklilik, toplumsal değişimin söz konusu olduğu ve yeni gelen sistemin ceza hukukunun değişimini zaruri kıldığı, yeni hukukun eski hukuk gözlüğünden değerlendirildiği ve yorumlandığı durumlarda ayrıca önem kazanır. Üçüncüsü, toplumun tarihi, kültürel ve sosyal koşulları gibi kimlik teşkil eden yapısal özelliklerinin dikkate alınması gerekir.<sup>25</sup> Buna bağlı olarak „karşılaştırmalı hukukun gerçeklerine ulaşılacak istendiğinde“<sup>26</sup> yazılı hukuktan (law in the books) farklı olarak uygulamadaki hukukun (law in action) ön plana alınması gereklidir.<sup>27</sup> Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukun pratikte ne düzeyde uygulandığı veya uygulanmadığı hususu da bu noktada önemlidir.<sup>28</sup>

### 3. Fonksiyonel Metodun Eleştirisi

<sup>19</sup> Armagas Ltd. v. Mundogas S.A. (C.A.), [1985] 3 W.L.R. 640, 644.

<sup>20</sup> Brand (Dn. 4), 1087.

<sup>21</sup> Rösler (Dn. 11), 1188.

<sup>22</sup> Sommermann, DÖV 1999, 1017, 1018. Bunun dekonstrüksiyona, başka bir deyişle, karşılaştırmalı hukukçunun çocuk olmasına varıp varmayacağı, pratik imkânsızlık karşısında şüpheli görünmektedir. Husa, ZfRV 2005, 55, 60.

<sup>23</sup> Constantinesco (Dn. 15), S. 151 ve 179 vd.; Zweigert/Kötz (Dn. 11), S. 34.

<sup>24</sup> Constantinesco (Dn. 15), S. 216 vd.; Haase/Tax (Dn. 11), 236.

<sup>25</sup> Schultz, in: Jescheck vd. (ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, S. 7, 14.

<sup>26</sup> Zweigert/Kötz (Dn. 11), S. 34.

<sup>27</sup> Jung (Fn. 11), S. 227; Sommermann (Dn. 22), 1023; Sieber in: Sieber vd.. (ed.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, S. 78, 116 vd.; Kischel (Dn. 11), 26.

<sup>28</sup> Constantinesco (Dn. 15), S. 201 vd.

Ne var ki, karşılaştırmalı hukuk için genel olarak geçerli ve bağlayıcı yöntem kuralları bulma sorunu varlığını hissettirmektedir.<sup>29</sup> Yakın zamanlarda fonksiyonel yönteme ilişkin yeniden eleştirel bir tutum alınması ve giderek reddedilmesi bunu göstermektedir. Esasen, artık post-modern bir karşılaştırmalı hukuk yaklaşımına yönelindiğini gözlemlemek mümkündür.<sup>30</sup> Bu bağlamda, fonksiyonel karşılaştırmaların mümkün olabileceğine yönelik kabulün fazlasıyla iyimser olabileceği savunulmaktadır.<sup>31</sup> Bunun yerine dil, politika ve din gibi kültürel unsurlar ön planda tutulmakta ve tabiidir ki her birinin somut olarak nasıl uygulanacağı açıklanamamaktadır.

Temel iddia burada bilgi teorisi/epistemoloji ile ilgilidir. Kendimize ilişkin önsel bir kavrayışımız olmadan yabancıları anlamamız mümkün değildir.<sup>32</sup> Ceza hukuku için *Lüderssen* birçok kez hermeneutik (yorum bilgisi-ç.n.) yöntem problemini işaret etmiştir.<sup>33</sup> Karşılaştırmalı hukuk için *Pierre Legrand* bu soruyu/sorunsalı araştırmacının öznelliğine ilişkin olarak gündeme getirmiştir. Karşılaştırmalı hukukçunun önyargılarını nasıl telafi etmek gerekir?<sup>34</sup> Başkaları aynı şekilde şöyle ifade etmektedir: Kendi kültürü ile başka hukuk sistemlerini anlamaya çalışan biri kırmızı yeşil renk körü olan ve resminde sisi dağıtmaya çalışan bir ressam gibidir.<sup>35</sup> Kültür kendisini yöntemde tasfiye etmez.<sup>36</sup> Esasen, karşılaştırmacının kendi hukuk sisteminden radikal bir biçimde farklı olan bir sistem ile karşılaştırma yapıp yapamayacağı sorulabilir.<sup>37</sup> Burada karşılaştırmacının kendi hukuk sisteminden uzak olması bir çözüm olarak değil, bir problem tanımı olarak görünmektedir. Zira bilgi teorisi bakımından kişinin kendi kültürel orijininin herhangi bir etkisinin

---

<sup>29</sup> Koch vd. (Dn. 11), S. 280. Grundlegend nun *de Coninck* RabelsZ 74 (2010), 318 vd.

<sup>30</sup> Daha ayrıntılı kaynakça için *Brand* (Dn. 4), 1086.

<sup>31</sup> Fakat aynı yönde, şu linkte <http://kirchner.rewi.hu-berlin.de/6Materialien/0910/vortraege/Kirchner-PPT-Koeln-2009.pdf>; (26.3.2010). Bu tarz ana akım (mainstream) bir karşılaştırmalı hukuka karşı *Frankenberg*, G., 1997 Utah L.R., 259, 265.

<sup>32</sup> *Legrand* (Fn. 8), S. 252 ve. 292. Krş. *Samuel*, G., Cambridge L.J. 2008 (67), 288, 320.

<sup>33</sup> *Lüderssen*, StV 1991, 482, 485, ZStW 104 (1992), 735, 748 u. 751 vd., *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, 1992, S. 59 vd., JZ 1997, 525, 526 vd.

<sup>34</sup> *Legrand* (Dn. 8), S. 59; (Dn. 8), S. 255 vd.

<sup>35</sup> Banakas zikreden *Husa* (Dn. 22), 56.

<sup>36</sup> *Legrand* (Dn. 8), S. 60; benzer biçimde *Großfeld*, in: Gottwald vd. (ed.), FS Henrich, 2000, S. 211 vd.

<sup>37</sup> Krş. *Husa* (Dn. 22) Hagen Henry çalışmaları için, 56.

olmaması ve bir doğal bilimci gibi davranması tasavvur edilemez.<sup>38</sup> Dolayısıyla, farklı ulusal kültürler, gelenek ve zihniyet yapılarının karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yapılmasını güçleştireceği düşünülmektedir.

*Legrand'ın* daha ziyade nihilist çözümü şöyle özetlenebilir: Karşılaştırmalı hukukçu bir sonuç sorusu sormaz, bilakis kendisini hitap ile sınırlar. Karşısındakini dinler ve dikkatle değerlendirir.<sup>39</sup> Karşılaştırmalı hukukçu bir sosyal bilimci gibi hareket eder.<sup>40</sup> Farklılıkları araştırır ve bu arada uyumsuzlukları/uyumsuzlukları gördükleri gibi kabul eder. Esasen, bu yaklaşıma göre, hukuk sistemleri arasında bağlantı aramak veya daha iyi hukuk arayışı dahi bir hayalden başka bir şey değildir.<sup>41</sup> *Legrand'ın* ötekileri anlamının imkânsız olduğu saptamasının hukuk sistemlerinin uyumsuz olduğu hükmü için nasıl olup da yeterli olduğu hususu hala açıklanmayı beklemektedir.<sup>42</sup>

Ne var ki, bu eleştiri hukuk biliminin bilgilerini konusunda son tahlilde soru işaretleri doğurduğu için burada anılmalıdır. En temelde sadece karşılaştırmalı hukuk değil hukukun kendisi de bir varoluş problemi içinde kalabilir.<sup>43</sup> Her hukukçu, hukuku yorumlarken sürekli bir karşılaştırma faaliyeti içindedir.<sup>44</sup> Hangi insan ve sosyal bilimler karşılaştırmalı yöntemi kullanmaz? *Nikolaus von Cues*'in sözleriyle: “comparativa est omnis investigatio”: Her araştırma bir karşılaştırmayı içerir.<sup>45</sup> Karşılaştırmalı hukuk ile meşgul hukukçular için karşılaştırma deneyin doğa bilimlerindeki yeri kadar önem arz eder.<sup>46</sup> Bununla beraber, görüldüğü kadarıyla karşılaştırmaya engel zihniyet farklılıkları uluslararası çalışan avukatlık ortaklıklarını engellemektedir. Almanya'da hukukun yeknesaklaştırılması

<sup>38</sup> *Frankenberg*'in talebi bu doğrultuda, bkz. Harvard International L.J. 26 (1985), 411, S. 442.

<sup>39</sup> *Legrand* (Dn. 8), S. 67 vd.

<sup>40</sup> *Samuel* (Dn. 32), 314.

<sup>41</sup> *Legrand* (Dn. 8), S. 279.

<sup>42</sup> *Scheiwe*, KritV 2000, 30, 35 Dn. 11.

<sup>43</sup> Aynı doğrultuda, *Husa* (Dn. 22) Hagen Henry, 56 vd.

<sup>44</sup> *Sommermann* (Fn. 22), 1017; *Junker* (Fn. 11), 922. Daha geniş bir biçimde, *Graziadei*, in: *Legrand/Munday* (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, S. 100, 113.

<sup>45</sup> *Cusanus*, *De docta ignorantia* (Von der Wissenschaft des Nichtwissens), in: Döring (ed.), *Nicolaus Cusanus, Philosophische und theologische Schriften*, 2005, S. 51, 52.

<sup>46</sup> *Kaiser*, in: *Kaiser* vd. (ed.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, 1975, S. 79.

Medeni Kanunun (BGB) kabulü ile mümkün olmuştur. Yine Fransız Medeni Kanunu (Code civil) veya İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Medeni Kanun (ZGB), Bayern ve Oldenburg'da, Auvergne ve Normandiya'da ve Wallis ve Appenzel'de gelenek ve zihinsel yapılar çok farklı olmasına rağmen hukuku birleştirebilmiştir.<sup>47</sup>

Hukuk sorularına küresel bakış için de aynı durum söz konusudur. Karşılaştırmalı hukuk kendi alanındaki yöntemsel sorunlarla her zaman meşgul olmak durumundadır. Genel kabullerin berraklaştırılması, bilinmesi ve böylelikle bakış açısının keskinleştirilmesi gereklidir.<sup>48</sup> Fonksiyonelci yöntem ile soruları minimize etme ve hata analizleri azaltılmaya çalışılmaktadır. Gerçekliğin hesaba katılması ile –uygulamadaki hukuk başlığı altında– sadece yerleşmiş kurallara (*black-letter doctrine*) odaklanıldığı eleştirisi ile karşı karşıya kalınmaktadır.<sup>49</sup> Fonksiyonelci metodun mekanik ve teknik bir perspektifi benimsediği<sup>50</sup> iddiası bu yöntemin doğasını yanlış değerlendirmektedir. Kuşkusuz, bütün bilgiler gibi karşılaştırmalı hukukun vardığı sonuçların kesinliği de ancak görelidir, zira karşılaştırmalı hukuk için kullandığımız ölçütler değer yargılarımızdan etkilenmektedir.<sup>51</sup> Fakat fonksiyonelci yaklaşım kendi dogmatik ve kavramsal anlayışımızdan önemli ölçüde uzaklaşma imkânı sunar. Bu nedenle bu yaklaşım ötekilere tercih edilmelidir.<sup>52</sup> Yöntemsel çoğulculuk bağlamında, örneğin istatistiksel yöntem<sup>53</sup> – önemli etkiler yaratabilir ve karşılaştırmalı hukukçunun bakışını genişletebilir.<sup>54</sup>

Farklı hukuk sistemlerinin aynı sosyal problem karşısında sonuç olarak benzer bir biçimde tutum aldıkları kabulü<sup>55</sup> ise, her zaman

---

<sup>47</sup> *Kötz*, JZ 2002, 257, 263.

<sup>48</sup> *Frankenberg*, Harvard International L.J. 26 (1985), 441 u. 443; *Jung* (Dn. 11), S. 228.

<sup>49</sup> *Ewald*, University of Pennsylvania L.R. 143 (1995), 1889, 1982; *Legrand* (Dn. 8), S. 297. Bu eleştiriye karşı *krş.*, *Graziadei* (Dn. 44), S. 110 vd.; *Coninck* (Dn. 29), 336.

<sup>50</sup> *Legrand* (Dn. 8), S. 292.

<sup>51</sup> *Koch* vd. (Dn. 11), S. 278.

<sup>52</sup> *Ambos* (Dn. 9), S. 45.

<sup>53</sup> *Krş.* *Siems*, *RabelsZ* 72 (2008), 354 vd.

<sup>54</sup> *Dogru* biçimde, *Michaels* (Dn. 3) 114; *Legrand* (Dn. 8), S. 292; *Graziadei* (Dn. 44), S. 100 vd. Hukukun ekonomik analizi ile bağlantı için, *Kötz* (Dn. 47), 262.

<sup>55</sup> *Metzger*, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, 2009, S. 247; *Stuckenberg* (Dn. 11), S. 34; *Zweigert Kötz* (Dn. 11), S. 39; *krş.*, daha detaylı kaynakça için *Michaels* (Dn. 3), 104.

savunulamaz ve muhtemelen sadece birbirine kültürel olarak yakın hukuk sistemlerindeki münferit problemler için sınırlı olabilir. Bu kabul, fonksiyonelci yöntemin temeli<sup>56</sup> ve ön şartı değildir. Fonksiyonel yöntem karşılaştırmada sadece bir hukuk sisteminde aynı fonksiyon ve görevleri ele alır<sup>57</sup> ki birbirine benzer hukuk sistemlerinde benzer bir ihtiyacı karşıladıklarının öncelikle tespit edilmesi gerekir.<sup>58</sup> Bir çözümün benzer şekilde doğması ihtimali sonuç olabilir, fakat sonucun yöntemin kendisine karşı kullanılması güçtür.<sup>59</sup> Fonksiyon karşılaştırması ve çözümlerin karşılaştırılabilirliği bağımsız teorik kabuller olarak görülmeli ve birbirinden ayrı bir biçimde tartışılmalıdır.<sup>60</sup>

#### 4. Değer Hükümü Biçen Hukuki Karşılaştırmalar

Hukuk sistemlerindeki gelişmeleri karşılaştırırken basit bir yan yana getirme ancak kısmi bir fayda sağlar. Karşılaştırmalı hukuk sadece ampirik bilimle sınırlı değildir. Fonksiyonel teorinin aşılıp, *değer biçmeye* başlanması daha anlamlıdır. Burada somut bir problem için çözüm önerilerinin eleştirel bir biçimde değerlendirilmesi söz konusudur. Bu yaklaşım *Konrad Zweigert*'a kadar götürülebilir. *Zweigert*'a göre değer biçme karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının zorunlu bir parçasıdır.<sup>61</sup> En azından şartlar ve amaç tasavvurları bakımından birbirine benzeyen hukuk sistemlerinde değer biçme, başka bir deyişle, daha iyi bir çözüme ulaşmak için değer biçme daha mümkün ve anlamlıdır. Çıkış düşüncesi/sorunsalı olarak herhangi bir sorun için *per se* doğru ve gerçek hukuk bulunamayacağı bir kez daha böylelikle parçalara bölünmektedir.<sup>62</sup> Karşılaştırmalı hukuk bilgiye ulaşma yöntemi olarak benimsendiğinde kanun koyucuya amacına ulaşma yolları ve <sup>63</sup> her halükarda alternatif yollar göstermelidir. Böylelikle bilimsel çalışmanın sınırları, hukuk politikası ile ilgili

<sup>56</sup> Aksi görüş, *Metzger* (Dn. 55), S. 246 vd., haksız biçimde *Zweigert/Kötz*'e dayanmakta. Yine aynı yönde, *Legrand* (Dn. 8), S. 261.

<sup>57</sup> *Zweigert/Kötz* (Dn. 11), S. 33.

<sup>58</sup> Bu nedenle totoloji de isabetli değildir, krş. *Gessner*, in: *Drobnig, U. vd. (ed.), Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin 1977, S. 123, 129.

<sup>59</sup> Krş. *Husa* (Dn. 22), 58 vd.

<sup>60</sup> Dogru biçimde, *Scheiwe* (Dn. 42), 35.

<sup>61</sup> *Zweigert*, in: *Fabricius (ed.), FS Schmitthoff*, 1973, S. 403, 405 vd.

<sup>62</sup> Bazıları bu boyutu ihmal etmekte ve soruyu yabancı çözümlerin ulusal hukuk sisteminde uygulanıp uygulanmayacağı noktasına indirgemek istemektedirler, *Haase/Tax* (Dn. 11), 237.

<sup>63</sup> *Koch*, (Dn. 11), S. 278.

değerlendirmeler yapılsa dahi, aşılmaz.<sup>64</sup> Bu yapılırken, değer hükümlerinin ölçütleri adalet, amaca uygunluk, etkinlik/verimlilik ve insan hakları gibi ölçütler bakımından bir kesinlik olmalıdır.<sup>65</sup> Düşünülebilen parametre ve yararlı olabilecek çözümlerin sayısı artar<sup>66</sup> ve böylelikle aranan, daha iyi olan çözümlere ulaşma şansı da benzer biçimde yükselir. Sonuç düşünce çeşitliliği<sup>67</sup> ve bu itibarla bilginin kazanılmasıdır. En azından edinilen sonuçlar iç hukuku kontrol etme/değerlendirme şansı yaratır<sup>68</sup> veya iç hukuktaki tartışmalarda kullanılır. Ne var ki eleştirmenler, bu yaklaşımın bilgiye ulaşma potansiyeline şüphe ile bakılması gerektiğini öğretmektedirler.<sup>69</sup>

### III. Karşılaştırmalı Hukuk ve İddia Pazarlığı

İddia pazarlığı fenomeni, sınırlı adli kaynaklarla talebi etkin ve muhakeme ekonomisine uygun bir çözüm bulma sorununa örnek gösterilebilir.<sup>70</sup> Burada Hâkim Burger'in de belirttiği gibi ceza adaleti sisteminin korunması söz konusudur<sup>71</sup> ve bu noktaya gelinmesinde parasal ve zamana dönük kaygılar rol oynamıştır.<sup>72</sup> Karşılaştırma parametresi bu itibarla farklı hukuk sistemlerinin kendi kaynaklarını nasıl optimize edeceği, ceza muhakemesini hızlandıracağı ve fonksiyonuna uygun bir hale getirileceği sorusudur. Böyle bir yaklaşım, Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştirilen bir yöntemin iddia pazarlığı yoluyla Alman ceza hukuku için nesnel olarak bir uygun strateji olup olmadığı sorusunu öncelikle açık bırakır.

---

<sup>64</sup> Daha tereddütlü *Eser* (Dn. 12), S. 1522.

<sup>65</sup> Krş., daha detaylı kaynakça ile *Sieber* (Dn. 27), S. 121.

<sup>66</sup> *Weber*, JZ 2010, 157; *Kirchner* (Dn. 31).

<sup>67</sup> *Henry*, Kulturfremdes Recht erkennen, Helsinki 2004, S. 99, zikreden *Husa* (Dn. 22), 57.

<sup>68</sup> Krş. *Haase/Tax* (Dn. 11), 235.

<sup>69</sup> Krş. *Eser* (Dn. 12), S. 1499.

<sup>70</sup> Krş. *Feeley*, Justice System Journal 7 (1982), 338, 349 vd. Feeley iddia pazarlığının doğmasını profesyonelliğin ve ceza muhakemesinin giderek daha karmaşık bir hal alması ile bağlantılandırmaktadır.

<sup>71</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), 260. İddia pazarlığı ile sona erdirilen yargılamalarda yüzde on azalma, adalet teşkilatına ayrılan kadrolarda azalma ve "hakimlerin, mahkeme raportörlerinin, mübaşirlerin, katiplerin, jüri üyelerinin ve mahkeme salonlarının" sayısının ikiye katlanması anlamına gelmektedir. Zikreden ve aynı doğrultuda, *LaFave/Israel*, Criminal Procedure<sup>2</sup>, St. Paul 1992, S. 899.

<sup>72</sup> *Boll*, Plea Bargaining and Agreement in the Criminal Process, 2009, S. 56. Krş. *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 279.

Karşılaştırmalı hukuk daima hata yapma tehlikesini barındırır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının temel problemine dönülebilir: Bu durum *Rabel* tarafından somut şekilde şöyle formüle edilmiştir: “Karşılaştırmalı hukukçular yabancı çalılıklara girip, orada her çalının altında kendi okları ile yerlisini gizlenmiş biçimde bulur.”<sup>73</sup> Bazılarına göre bu oklar ortadan kalkmıştır; zira Anglo-Amerikan hukuku sadece bu hukukun tarihi temellerinden anlaşılabilir.

Bu bakış açısından değerlendirildiğinde iddia pazarlığının Anglo-Amerikan muhakeme sistemine uygun olduğu düşüncesinin yaygın olması gerekirdi.<sup>74</sup> Bu düşüncenin tam aksi hâlihazırdaki durumu yansıtmaktadır! 1960’lı yıllara kadar iddia pazarlığı, kanunilik ilkesinin yanında marjinal bir konuma sahipti.<sup>75</sup> Pazarlıklar resmi olmayan bir biçimde yapılırken, varlıkları tamamen görünmez kalmıştı,<sup>76</sup> ancak bu tarihlerden sonra yaygın olarak tartışılmaya başlandı.<sup>77</sup> İlk olarak 1970’de iddia pazarlığı Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.<sup>78</sup> İddia pazarlığı bir yıl sonra ceza adalet sisteminin önemli bir unsur olarak görülmüştür, zira iddia pazarlığının “para ve ceza adalet sisteminin kaynaklarının tasarrufunu sağlarken bir yandan da toplumu koruduğu” düşüncesi yaygınlaşmıştır.<sup>79</sup> Dolayısıyla daha önceden Amerika Birleşik Devletleri’ndeki “olağan fısıldamalar” gereksizleşmiştir. 1975 yılında küçük bir muhakeme yönetmeliği iddia pazarlığının Ceza Muhakemesi Federal Kurallarına girişini sağlamıştır.

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukunda iddia pazarlığı tartışmalı konumunu bugüne kadar sürdürmektedir.<sup>80</sup> İddia

<sup>73</sup> *Rabel*, *RabelsZ* 16 (1951), 340.

<sup>74</sup> *Schünemann*, B., in: Hanack (ed.), *FS Rieß*, 2002, S. 525, 527; *Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“*, Regensburg 2005, S. 10 vd. Yine bu doğrultuda, *Trüg*, *ZIS* 2010, 159, 160.

<sup>75</sup> *Weigend*, *ZStW* 94 (1982), 200, 205; *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, 1990, S. 70.

<sup>76</sup> *Fisher*, *Plea Bargaining’s Triumph*, Stanford 2003, S. 8 ff.; *Dielmann*, *GA* 1981, 558, 562. Benzeri Australya ve İngiltere için geçerlidir. *Boll* (Dn. 72), S. 33 vd.

<sup>77</sup> *Kobor*, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, 2008, S. 47.

<sup>78</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>79</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971); karşı. *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63 (1977).

<sup>80</sup> Karşı. *Damaska*, *StV* 1988, 398, 400; *Schwander*, *SJZ* 103 (2007), 142, 143 f.; *Schünemann*, *Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. DJT*, 1990, S. B 150 vd. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Weigend* (Dn. 75), S. 55 vd. ve *Dielmann* (Dn. 77), 568 vd.



pazarlığında temel bir ajan sorunu bulunmaktadır; müdafî kısaltılmış muhakeme bakımından menfaati bulunmaktadır.<sup>81</sup> Yine, Amerikan savcısı iddiaları bakımdan sanık üzerinde baskı uygulamak konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir. İddia pazarlığı görüşmelerinde savcı örneğin ölüm cezasını bir tehdit olarak kullanmaktadır.<sup>82</sup> Yine şüpheli veya sanığı „enemy combatant“ (düşman çarpışan, ç.n.) olarak nitelendirip Guantánamo’ya nakli de yine zaman zaman gündeme gelmektedir.<sup>83</sup> Bazı olaylarda sanık ve şüphelinin hiç işlemediği *Vergehen* nevinden suçları (Alman Ceza Kanunu’na göre bir yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar, ç.n.) itiraf etmesi ile sonuçlanabilir.<sup>84</sup>

Her ne kadar tam anlamıyla bir iktibas söz konusu olmasa da, Almanya’da geçtiğimiz 25 yıl içinde benzer bir gelişme söz konusudur. Tartışma aynı biçimde yürümektedir.

Karşılaştırmalı hukukta muhakeme kanunlarının nesnel sorun karşısında hızlı ve kaynaklardan tasarrufu sağlayacak anlaşmaya dayalı muhakeme çözümleri geliştirmeye yöneldikleri görülmektedir. Bu bakımdan Alman ve Amerikan muhakeme modelleri farklılık göstermektedir. Anglo-Amerikan sistemi, fonksiyonel ihtiyacın çözümü olarak iddia pazarlığını geliştirmiştir. Başka bir anlatımla, sorunun çözümü Amerikan muhakeme hukukundan gelen ve sisteme esasen içkin olan<sup>85</sup> bir mekanizma ile değil, sisteme daha sonra monte edilmiş iddia pazarlığının geliştirilmesi ile sağlanabilmiştir.

Bu, iddia pazarlığı ile bulunan çözümün Alman muhakeme hukuku bakımından verimli olup olmayacağı sorusunu gündeme getirir. Zira iddia pazarlığının Alman hukuku ile uyumsuz olduğu iddiasının, Anglo-Amerikan taraf muhakemesinin eski bir unsuru olduğu saptaması ve bu itibarla bu muhakeme biçiminin Alman hukuku ile uygun olmadığı iddiası ile temellendirilmesi anlamlı değildir.<sup>86</sup> Bu

---

<sup>81</sup> *Schulhofer*, Yale L.J. 101 (1992), 1979, 1988.

<sup>82</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970); *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 357.

<sup>83</sup> *Meyer*, HRRS 2006, 178, 183.

<sup>84</sup> *Ashworth*, *The criminal process*, Oxford 1998, S. 196, *Bibas*, 117 Harvard L.R. (2004), 2463, 2495.

<sup>85</sup> Fakat bkz., *Langer*, 45 Harvard International L.J. (2004), 1, 36; *Trüg*, (Dn. 74), 160. Doğru biçimde *Ransiek*, ZIS 2008, 116 f.

<sup>86</sup> *Schünemann*, ZRP 2009, 104, 106; *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, 439, 440; *Trüg* (Dn. 74), 162; (Dn. 82), 369.

değerlendirmede bulunan kişi karşılaştırmalı hukukta yöntem tartışmasının gerisinde kalmakta ve kendi dogmatik gözlüğü ile – engizisyona esasına dayanan gözlüğü- ile yaklaşmaktadır. Bu yaklaşım ”iddia pazarlığının muhakeme sürecini kısaltma yolu olarak Alman ceza muhakeme sistemine nakledilemeyeceği” yönündeki değerlendirmelere neden olmaktadır.<sup>87</sup> Buna karşın, fonksiyonel olarak iddia pazarlığının Amerikan muhakeme sisteminin özünde bulunmadığını kabul etmek durumundadır. İddia pazarlığı dogmatik olarak Anglo-Amerikan sisteminde kabul edilmiş değildir,<sup>88</sup> aksine Anglo-Amerikan sistemine ancak efektif muhakeme biçimi zorunluluğunun doğmasından sonra sisteme kabul edilmiştir.

## Sonuç

Almanya’da iddia pazarlığının niçin geçerli olduğunu detaylı olarak burada ayrıca değinmeyeceğiz, kanun koyucunun kararından önce de iddia pazarlığı uygulaması Almanya’da başlamış idi, Alman muhakeme hukukunda birbirleriyle çelişen ilkelerin tartışılması gerekmektedir. Bu konuyu başka bir çalışmada ayrıntılı olarak ele aldık.<sup>89</sup>

Karşılaştırmalı hukuk açısından anlaşmaya dayalı çözümlerin zorunluluğu evrensel bir fenomene ve küresel bir eğilime işaret etmektedir.<sup>90</sup> Az sayıda örneği burada anmakla yetinebiliriz:

İtalya’da *patteggiamento*, iddia pazarlığının kulağa hoş gelen bir benzeridir.<sup>91</sup> Fransa’da Ekim 2004’de Perpen kanunu ile İtalyan modeline benzeyen *plaider coupable* yürürlüğe girmiştir.<sup>92</sup> İsviçre’de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda iddia pazarlığını hızlandırılmış muhakeme çerçevesinde gündeme getirilmiştir, burada da verimlilik/etkinlik kaygıları yeni düzenleme bakımından

---

<sup>87</sup> Dielmann (Dn. 77), 571.

<sup>88</sup> Dielmann (Dn. 77), 561; Ransiek, ZIS 2008, 116, 117. Fakat bkz. Trüg (Dn. 82), 349.

<sup>89</sup> Rosenau, Criminal Law Journal (Tokyo) 24 (2010), S. 41 vd.

<sup>90</sup> Hörnle, ZStW 117 (2005), 801, 829 vd.; Kreß, ZStW 116 (2004), 172 vd.; krş. Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 169 vd.

<sup>91</sup> İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu 444 madde., bkz. Budde, ZStW 102 (1990), 198, 210 f.; aynı konuda Amodio ZStW 102 (1990), 171, 186; Maiwald, JZ 1989, 874, 876 vd.; Marx/Grilli, GA 1990, 495, 504.

<sup>92</sup> Krş. Jung/Nitschmann, ZStW 116 (2004), 785 vd.

gözetilmiştir.<sup>93</sup> Yukarıda anılan *Corpus Iuris'de* de bir Avrupa ceza muhakemesi hukuku için anlaşmaya dayalı muhakeme biçimleri tavsiye edilmiştir.<sup>94</sup> Eski Yugoslavya ile ilgili Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 62. maddesinde de pazarlık yöntemine kısmen yer verilmiştir.<sup>95</sup>

Dünya çapında ceza muhakemesi kanunlarında anlaşmaya dayalı sonuçlar zorunlu bir ilave olarak kabul edilmiştir. İddia pazarlığı ile Alman ceza muhakemesinin taşra zihniyetine (*Provinzialität*),<sup>96</sup> geri döndüğü tespiti dolayısıyla hatalı bir değerlendirmenin sonucudur.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmak ve karşılaştırmalı hukukun yöntemini göz ardı etmemek bizi bu tarz hatalı değerlendirmeler yapmaktan korur. Bu bakımdan karşılaştırmalı hukuk, ceza hukuku da dâhil her hukukçunun yöntem katalogunda bulunmalıdır.

---

<sup>93</sup> Md. 358 ve devamı; *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 193 vd.; *Schwander* (Dn. 80), 142.

<sup>94</sup> § 22 Paragraf. 2 b). Almanca versiyonu Tony Walter tarafından sağlanmıştır ve şu adresten ulaşılabilir: [www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus\\_iuris\\_deutsch.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus_iuris_deutsch.pdf)

<sup>95</sup> Krş. *Bulaty*, ZStrR 126 (2008), 214 vd.; *Hammer*, Regelungsentwurf für ein Abspracheverfahren am Internationalen Strafgerichtshof, 2009, S. 177 vd.; mağdurun kabul sorunu ışığında çekinceler için bkz., 238 vd. ve *Kreß* (Dn. 90), 174 vd.

<sup>96</sup> *Schünemann* (Dn. 86), 105.

**BİRLEŞİK KRALLIK ADALET YÜKSEK MAHKEMESİ AİLE  
DAİRESİ'NİN YABANCI TAŞIYICI ANNELİĞE DAİR  
09.12.2008 TARİHLİ KARARI**

Çeviren: Dr. Eylem APAYDIN\*

<b>MAHKEME</b>	: ADALET YÜKSEK MAHKEMESİ AİLE DAİRESİ
<b>DAVA NO</b>	: FD08P01466
<b>TARİH</b>	: 09/12/2008
<b>DAVACI</b>	: KAMU HUKUKU
<b>DAVALILAR</b>	: X & Y <sup>1</sup> (YABANCI TAŞIYICI ANNELİK)
<b>YARGIÇ</b>	: YÜKSEK YARGIÇ BAY HEDLEY
<b>DURUŞMA TARİHLERİ</b>	: 18 Temmuz 2008, 19 Ağustos 2008 ve 5 Kasım 2008
<b>VEKİLLER</b>	: 1- BAYAN LUCY THEIS, Q.C. (LESTER ALDRIDGE LLP TARAFINDAN GÖREVLENDİRİLMİŞ) BAŞVURAN VEKİLİ. 2- BAY MICHAEL SHERWIN, AVUKAT (MCMILLAN WILLIAMS SOLICITORS TARAFINDAN GÖREVLENDİRİLMİŞ) ÇOCUĞUN VEKİLİ.

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
Davalıların isimleri, kimliklerinin anlaşılabilmesi için yazılmamıştır. (Çevirenin notu)

## KARAR<sup>2</sup>

Yüksek Yargıç Hedley:

1- Her ne kadar sonucu davaya dahil olan herkes için mutlu sonla bitse de bu dava bir yabancı ile taşıyıcı annelik sözleşmesi yaparak ebeveyn olmayı düşünenler için uyarıcı bir hikaye teşkil eder. Bu sebeptendir ki ben hükmün verilmesini açık duruşmaya erteledim; ancak çocuğun kimliğini, bu davadaki konular veya ailenin anlaşılmasına yol açacak herhangi bir mesele rapor edilmeyecektir. 5 Kasım 2008 günü , 1990 tarihli “İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası 30. Madde’ye göre, her iki başvuran lehine bir Anne-Babalık Kararı<sup>3</sup> verdim; ancak sebeplerimin daha sonra yazılı olarak verilmesini istedim.

2- Başvuranlar iş hayatında olan başarılı bir çifttir. Yıllar boyu anne baba olmak için değişik yollar denemişlerdir. Bütün bu zaman içinde samimiyetle hukukun ruhuna ve lafzına uygun hareket etmişlerdir. Sonuç olarak, yurt dışında taşıyıcı annelik anlaşması yapmayı denediler. Bu, büyük bir zaman kaybına, strese ve masrafa sebep oldu. Anne babalığa giden yol güllerle bezeli bir yolculuktan ziyade, dikenli bir ormanda yapılan zahmetli bir yürüyüş oldu. Mahkeme, onların, deneyimlerinin başkalarını bu yolda karşılaşılan zorluklara karşı uyaracağına dair umutlarını paylaşmaktadır.

3- Taşıyıcı annelik, etik açıdan tartışmalı bir konu olmaya devam etmekte ve farklı toplumlar ve farklı uluslar ona karşı yaklaşımlarında radikal biçimde farklı duruşlar sergilemektedirler. Bazı hukuk sistem-

---

<sup>2</sup> Kararın orijinaline (2008) EWHC 3030 (Fam) dergisinden ve Westlaw hukuk databankından erişilebilir. Davanın özü şöyledir; İngiliz bir çift Ukrayna’da evli bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapar. Sözleşmeye göre, davada başvuran konumunda olan bu çift, anneye hamilelik süresince aylık bir miktar para ve doğumda 25.000 Euro vereceklerdir. Ancak İngiliz hukukunda, her ne kadar taşıyıcı anneliğe izin verilmişse de bunun kazanç sağlamaya yönelik olarak yapılması yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak, 1990 İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası’nın, çocuk doğduktan sonra taşıyıcı annenin rıza göstermesi şartı ile çocuk ile taşıyıcı annelikte çocuk sahibi olmayı isteyen çift arasında yasal soybağının kurulmasını sağlayan 30. madde kazanç sağlamaya yönelik taşıyıcı annelikte uygulanmayacaktır. Ancak bu durumda, olayda, çocukla taşıyıcı anne arasında soybağı kurulmasını engelleyen Ukrayna hukuku ile İngiliz hukukunun taşıyıcı annelikte çocuk sahibi olmayı isteyen çiftle doğan çocuk arasında soybağının kurulmasına imkan veren 30. maddenin uygulanamaması (ticari nitelik) sebebi ile çocuklar neşepsiz ve vatansız olmuşlardır. İşte bu kararında Yargıç Hedley, kamu yararı ve kamu düzeni kurallarının çocuğun yararından üstün tutulamayacağı ve açıkladığı diğer sebeplerle çocukla İngiliz çift arasında soybağının kurulmasına karar vermiştir.

<sup>3</sup> Bu karar taşıyıcı annelik kurumunda, taşıyıcı anne ile anlaşan kadın ve kocası için öngörülmuş, onlarla çocuk arasında soy bağı tesis eden karardır. (Çevirenin notu)

lerinde (örnek olarak İtalya, Almanya ve Türkiye) taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmıştır. Bazılarında ise, ticari taşıyıcı anneliğe izin verilmiştir (örnek olarak Kaliforniya, Ukrayna, Hindistan) ve belki de bazen teşvik edilmiştir. Birleşik Krallık'ta durum bu iki aşırılığın arasındadır: taşıyıcı anneliğin kendisi hukuka aykırı değilken, ticari taşıyıcı annelik hukuka aykırıdır ve hiçbir taşıyıcı annelik sözleşmesi hukuken ifaya zorlanamaz. Her egemen devletin kendi tercih ettiği bir yaklaşım ve kendi düzenleyici sistemi olacaktır. Yurtdışında taşıyıcı annelik anlaşması yapmak isteyenler, hem o ülke hukukunu hem de Birleşik Krallık hukukunu dikkate almak zorundadırlar. Bu davanın çok canlı bir biçimde gösterdiği üzere bu haklar yalnızca farklı olmayabilecekler (ki genelde farklıdırlar) aynı zamanda karşılıklı farklılık noktaları da bağdaşmaz olabilecektir.

4- Bu davanın önemli olguları, kimliklerin ortaya çıkması riskinden kaçınmak için, kısaca ve genel olarak ifade edilmiştir; çünkü bu davadaki konuları tanımlamak ve anlamak için ancak gerekli olanı kadar yazılmıştır. Başvuranlar, bu ülkedeki çocuk sahibi olmanın birçok yolunu araştırdıktan sonra, bilinçli ve sağduyulu görünen bir öneri üzerine, Ukrayna'da taşıyıcı anneliği araştırmaya karar vermişlerdir. Bu araştırmalar, açıkça hayran olunası sağlık kuruluşlarının, yetkin İngilizce tavsiyeleri ile yardıma hazır olduklarını ortaya çıkarmıştır. Aileler, muhtemel taşıyıcı anneler ile tanıştırmışlardır. Sonunda, başvuranlar, kendi çocukları olan ve kendi kız kardeşi için taşıyıcı annelik yapmaya gönüllü olan evli bir Ukraynalı kadınla taşıyıcı annelik anlaşması yapmışlardır. Sonunda, kız kardeşin kendisi doğal yollardan hamile kalmış ve bu kadın o zaman başkaları için kendisini taşıyıcı anne olarak sunmaya karar vermiştir. Taraflar daha sonra tekrar döneceğim koşullar üzerinde tartışmışlardır. Şu aşamada şu kadarını söylemek kafidir ki kadının masraflarının karşılanması, kaybedeceği kazancın tazmini ve kendisi ile kocasının çalıştığı yerde bir apartman dairesinin peşinatı olabilecek bir miktarın ödenmesi hususlarında anlaşılmıştır. Ukraynalı kadına, bağışlanan yumurtalardan (donörün kimliği saklıdır) elde edilen ve erkek başvuranın spermeleri ile döllenmiş embriyolar yerleştirilmiştir. Taraflar arasındaki ilişki arkadaşlığa dönüşmüştür. Bu arada kadın gebe kalmış ve ikiz çocuk dünyaya getirmiştir. O vakit, hiçbiri taşıyıcı anne ve başvuranlardan kaynaklanmayan ciddi sıkıntılar başlamıştır.

5- Sorunu anlamak için İngiliz ve Ukrayna hukukları hakkında bir şeyler söylemek gereklidir. 1990 tarihli Yasa'nın 27. Maddesi (önemli olduğu kadarı ile) şöyle der:

“ (1) Bir embriyonun veya sperm ve yumurtaların kendisine yerleştirilmesi sonucu bir çocuğu karnında taşıyan veya taşımış olan kadına, - başka bir kadın değil; çocuğun annesi olarak muamele edilir...

(3) Kadın, embriyonun veya sperm ve yumurtaların kendisine yerleştirildiği zaman Birleşik Krallık'ta veya başka bir yerde olsa bile üstteki Paragraf 1 uygulanır.”

İngiliz hukukuna göre Ukraynalı kadının (biyolojik olarak çocuklarla ilişkisiz olmasına rağmen) bütün maksatlarıyla çocukların tek yasal annesi olduğu açıktır (ve bu, bütün yönleri ile kabul edilir).

Bir yandan bu çocukların yasal babasının, bir yandan da çocukların velisinin (30. Madde başvurusu amacıyla atanacak) kim olduğu tartışmalıdır. Ancak durumun 1990 tarihli Yasa'nın 28. Maddesi'ne göre belirlenmesi kararlaştırılmıştır. Önemli hükümler şunlardır:

“(2) Eğer-

a) Embriyonun veya sperm ve yumurtaların kendisine yerleştirildiği zaman... kadın evli ise ve

b) ...o zaman, alttaki Paragraf 5'e tabi olarak, embriyonun veya sperm ve yumurtaların yerleştirilmesine rızası olmadığı anlaşılmadıkça, evliliğin diğer tarafına çocuğun babası olarak muamele edilecektir...

(4) Paragraf 2 hükmü gereği bir kişinin çocuğun babası olarak kabul edildiği hallerde... başka hiçbir insana çocuğun babası olarak muamele edilemez.”

Ukraynalı babanın taşıyıcı anneliğe zımnen izin verdiği ve Paragraf (2) uygulanırsa İngiliz hukukuna göre bu çocukların tek babası olacağı (tekrardan biyolojik olarak bağı olmamasına rağmen) hususunda mutabakat vardır. Erkek başvuranın, bu çocukların biyolojik babası olduğu ve Ukraynalı kadın evli olmasa idi, çocukların babası olarak muamele edilmek hakkı olduğu hususunda da mutabakat vardır. Vasiler Paragraf (2) ve (4)'ün uygulanacağını iddia ederken, başvuranlar, mahkemenin bu paragrafları, ülke dışında uygulamaması gerektiği sebebi ile bu paragrafların uygulanmayacağı iddia etmişlerdir. 27. ve

28. Madde hükümleri, bütün maksatlarla yasal anne babalığa uygulanma ve anne babalığın verilmediği hallerde diğer bütün maksatlar için de uygulanma alanı olan 29. (1) ve (2) Maddesi hükümleri ile desteklenmiştir.

6- Vasiler, Ukraynalı kadın ve onun kocasının, çocukların münhasıran yasal anne-babası oldukları ve bu yüzden: (i) 1990 tarihli Yasa'nın 35 (5) Maddesi gereği ikisinin rızası gerektiğini ve (ii) daha önce mahkemeden 10. Madde uyarınca izin almadıkça, erkek başvuranın 1989 tarihli Çocuklar Yasası Bölüm II'deki tedbirlerinden birine başvurmak için hiçbir hakkı olmadığını, ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, 1990 tarihli Yasa'nın 35. (5) Maddesi gereği yalnızca taşıyıcı annenin rızasının gerektiğini ve erkek başvuranın, 1989 tarihli Yasa'nın II.Bölüm'ü anlamında ebeveyn olduğunu iddia etmişlerdir. Bu davada tüm bu zorluklar önceden görüldüğünden, 30. Madde başvurusunun son duruşmasını bekleten durumun hukuken tespiti için Ukraynalı kocanın rızası alındı ve başvuranlara 1989 tarihli Yasa'nın 10. Maddesi uyarınca izin verildi (ve 8. madde geçici tedbirleri kararı verildi).

106

7- Burada belirtmeliyim ki bana başvuranların adına bir argüman daha sunuldu. Başvuranlar, bu çocuklara, 1989 tarihli Yasa'nın 10. (5) (1) Maddesi'nde tanımlandığı "...(b) her ikisi tarafından ailenin çocuğu olarak davranılan herhangi başka bir çocuk..." şeklinde, 'ailenin çocukları' olarak muamele edilmesi gerektiğinden, yine aynı Yasa'nın 10. (5)(a) hükmü uyarınca oturum kararı için başvurmaya hakları olduğunu ileri sürdüler. Argümandaki albeniyi görmeme karşın, kısa bir süre için anne-baba öyle davrandı diye, hukuken 'yabancı' olan çocukların basitçe 'ailenin çocukları' olması hususunda ciddi şüphelerim var. Ancak, bu konuda herhangi bir kesin karar, ancak böyle bir karar verilmesini gerektiren ve konunun her iki tarafça da tartışıldığı durumda verilebilir.

8- Ukrayna hukuku ile ilgili bilirkişi raporu mahkemeye sunuldu. Bu raporun incelenmesini (ve taraflarca itiraz edilmemesini) takiben Ukrayna hukuku ile ilgili olarak şu sonuçlara ulaştım: taşıyıcı anne, ikizleri dünyaya getirdikten ve onları başvuranlara teslim ettikten sonra, kadın ve onun kocası çocuklara karşı her türlü yükümlülüklerinden kurtulurlar. Onların ne ebeveynlik statüleri ne de anne babalık hak ve görevleri vardır; hatta, Ukrayna hukukuna göre çocuklar doğduktan



sonra, taşıyıcı annelik sözleşmesinin ifası için muhtemelen zorlanabilecektir. Ayrıca, çocukların orada yerleşim hakkı da Ukrayna vatandaşı olma hakkı da yoktur ve devletin de temel bir insan hakkının tanınması olarak, onları bir devlet yetimhanesinde barındırmasının dışında, herhangi bir yükümlülüğü de yoktur. Ukrayna hukukuna göre başvuranlar tüm yönleri ile anne-baba olmuşlardır ve çocukların doğum belgelerinde de böyle yazılmışlardır. Buna göre de çocuklar anne babalarının uyruklarını almışlar ve bu yüzden Ukrayna vatandaşı olmamışlardır.

9- Başvuranlar, doğal olarak, geçici bir vize ile Ukrayna'ya girmişler ve vizelerinde belirtilenden daha uzun bir süre Ukrayna'da kalmaya (çalışmak ve yerleşmek şöyle dursun) hakları yoktur. Tüm bunların sonucu, doğal olarak, bu çocuklar yasal olarak yetim olmuşlar ve daha da ciddi, vatansız olmuşlardır. Vatandaşlık bazen "hak sahibi olma hakkı" olarak tanımlanmıştır; aslında onlar, hem Birleşik Krallık hem de Ukrayna hukuklarına göre, belli birtakım haklar edinmişlerdir. Ancak, İngiliz iç hukukuna göre, çocukların (vasilerin analizleri doğru ise) İngiliz anne-babaları yoktu veya olsa olsa, hiçbir ebeveynlik sorumluluğu olmayan, nesebi belli olmayan bir çocuğun babası olarak nitelenen bir babaları vardı. Ukrayna hukukuna göre, taşıyıcı anne ve onun kocası, bütün ebeveynlik haklarından, görevlerinden ve statüsünden sadece kurtulmamışlar; aynı zaman da mahrum da bırakılmışlardır ve tüm bunları başvuranlar üstlenmiştir. Ancak bunların hukuki durumu daha da ağırdır; çünkü Birleşik Krallık hukukuna göre, başvuranlar çocuklara vatandaşlık tevcih edemediklerinden çocukların kendi başlarına Birleşik Krallık'a girme hakları yoktur. Bununla beraber başvuranların da çocukları kendileri ile birlikte getirme hakları yoktur veya en iyi ihtimalle, erkek başvuran, nesebi belli olmayan çocuk babası ya da akraba sıfatı ile çocukları getirebilmesi iznini alabilirdi.

10- Başvuranların bu ülkeden ayrılmadan önce yaptıkları geniş araştırmalarda, veya İçişleri Bakanlığı'nın internet sitesinde, veya onlara Birleşik Krallık'ta tavsiyelerde bulunan kuruluşların verdikleri bilgilerde veya Ukrayna'daki hastaneden önce veya o sırada verilen bilgilerde, bu konulardan hiçbirisinin emaresi dahi görülmemiştir. Bunun sonucu, çocukların vatansız ve ebeveynsiz olarak yalnızlaştırılmaları olmuştur zira başvuranlar ne Ukrayna'da kalabilmişler ne de çocukları eve getirebilmişlerdir

Sonunda, erkek başvuranın, her iki çocuğun da biyolojik babası olduğunu tespit eden DNA testleri (bu ülkede yapılması zorunlu olan ve bu yüzden fazladan gecikmeye sebep olan) ile göçmenlik birimleri ikna edildikten sonra, başvuranlara kendi statülerini düzeltmek ve bu sayede anne- babalık kararı alabilmelerine fırsat vermek üzere çocuklara, “kural dışı” takdiri giriş izni verilmiştir.

Ukrayna'da uzun süren barınmalar (İngiltere'dekine yakın bir masrafta), hem İngiliz hem Ukrayna hukukları hakkında uzman hukuki görüş edinme, test masrafları ve göçmenlik görüşmeleri ve bunların benzerleri- ve bunların hepsi ilk defa anne-baba olma bağlamında- şöyle dursun, başvuranlar gibi iş hayatında olan becerikli ve yetkin bir çift için bile, bu olaydan kaynaklanan stres ve kaygıyı, takdir etmek çok az hayal gücü gerektirir. İyi ki bu davada, bir de kişilerin sağlık tedavisi alma ihtiyacından doğan bir baskı yoktu. Anne-babalık kararının verilmesinin kendiliğinden vatandaşlık tevcih etmeyeceğini de eklemek gerekir; her ne kadar deliller, taraflar bunu talep ederlerse reddedilmesinin hayli ihtimal dışında olacağını gösterse de.

11- Mahkemenin kendiliğinden 30.Madde başvurusuna dönmesi, sağlanan bilgilere aykırıdır. 30.(1) Madde'nin gerektirdiği gibi, her iki başvuran hukuken birbiri ile evlidirler ve kocanın spermleri kullanılmıştır. Bu yüzden, eğer diğer altı koşul da sağlanırsa, onların anne-babalık kararı için başvurmaya hakları vardır. 30. Madde'nin tartışmalı olmayan yönleri ile ilgilenmek niyetindeyim; ancak bu davadaki usule ilişkin bir gözlemlerle başlayacağım.

Taşiyıcı anne ve kocası, tüm süreç boyunca, anlaşmanın gerçekten destekleyicisi ve işbirliği içinde olmuşlardır. Bu sebeplerden dolayı, başvuru ihbarı ve son duruşma ihbarı kendilerine tebliğ edilmişken, tahkikata ilişkin belgelerin tamamı kendilerine (kendi istekleri ile) sunulmamıştır. Doğal olarak bunun her zaman böyle olmaması ve diğer tahkikatlara önem verilmesi tebliğ ve ihbarların karmaşıklığına ve gerekli izinlerin alınmasına bağlanmalıdır.

12- 30. (2) Maddesi anne-babalık başvurusunun yapılabilmesi için uzatılması mümkün olmayan altı aylık kesin bir süre sınırı öngörmektedir. Davada bu süre koşuluna uyulmuştur. Ancak, açıkça belli ki bu sürenin uzatılması yetkisinin olmadığını belirtmek gerekir, bunun için spesifik bir sebep öngörülemez bile. Bu bilhassa, göçmenlik meselele-

rinin gecikmeye sebep olduğu durumlarda, sorunlara yol açabilir. Başvuranlar İngiltere ve Galler'de ikamet etmektedirler ve çocukların onlarla evi vardır – 30. (3) Madde. Her iki başvuran 18 yaşından büyüktür – 30. (4) Madde. Annenin rızası doğumdan, 'altı haftadan az' değil de tam altı hafta sonra verilmiştir, 30.(6) Madde'deki koşullar yerine getirilmiştir. Geri kalan iki şart tartışmalıdır ve daha yakın bir incelemeyi gerektirmektedir.

13- 30. (5) Maddesi aşağıdaki gibidir:

“Mahkeme, çocuğun babasının (bu Yasa'nın 28. Maddesi hükmü gereği baba olan kişi dahil), onun koca olmadığı hallerde çocuğu taşıyan kadının, özgürce ve muhtevanın ne olduğu hususundaki eksiksiz anlayışları ile, kararın verilmesine koşulsuz mutabık kalındıklarına kanaat getirmelidir.”

Evlat edinme mevzuatının aksine, rıza vermeme, her ne kadar makul olmasa da veya böyle bir rıza vermeme çocuğun selametine her ne kadar halel getirse de mahkeme burada rızanın gerekmediğine, bu husustan muaf tutulduğuna karar veremez; kendi iç hukuklarında çocuk için herhangi bir yasal sorumlulukları olmasa bile, rızası gereken kişinin gerçek anlamda tam bir veto yetkisi vardır. Tekrardan, bunun için spesifik bir sebep öngörülemez. Bu noktada başvuranın argümanlarının önemi vardır. Rızanın öngörülen belli bir şekli olmadığı ve anne-babalık kararı raportörünün buna tanık olması gerekmediğinden ki bu davada bu kişi aynı zamanda vasisidir, Ukraynalı taşıyıcı anne gereken rızayı vermiştir ve bu benim nezdimde ispatlanmıştır. Kocanın rızasının gerekmediğini tespit etmem istenmişse de rızanın verilmesi, aynen, kadının kocası için de geçerlidir.

14- Başvuran 28.(2) Madde'nin ülke sınırını aşacak şekilde uygulanamayacağını iddia etmiştir ve dolayısıyla 29. (1) Madde ve (2) bu davada uygulanmaz. Başka bir ifade ile erkek başvuranın baba olduğu 1989 tarihli Yasa'nın II. Bölüm'den de böyle anlaşılacağı üzere) ve bu yüzden, 30.(5) Madde'ye göre hiçbir erkeğin rızasının gerekmediği ileri sürülmüştür. 28.(8) Madde hükmü 1990 Yasa'nın başvuranlara da uygulanabilir olduğu şu şartla kabul edilmiştir ki bu madde şöyledir:

“(8) Bu madde, ...embriyo kadına yerleştirildiği sırada, Birleşik Krallık'ta ya da başka bir yerde olan kadına, uygulanır.”

Ancak 28.(8) Madde hükmünün taşıyıcı annenin kocasını da kapsayacak şekilde genişletilemeyeceği ileri sürülmüştür. İlk önce, benim görüşüme göre de doğru olarak, Ukrayna hukukuna göre erkek başvuranın gerçekten baba olduğu söylendi. Sonra ise her ne kadar, sınır aşan uygulamalı olarak kaleme alınan bir yasa yurt dışındaki Britanya uyruklarına uygulanacaksa da bunun, zorunlu olarak, yurtdışında ikamet edenlere uygulanamayacağı ileri sürüldü. PUGH –v- PUGH<sup>4</sup> [1951] kararı sayfa 482' e atıf yapılmıştır. Ana hatları aşağıdaki gibidir-

“1929 Evlilik Yasası uygulaması ülke sınırını aşar niteliktedir ve evlilik töreni her nerede kutlanırsa kutlansın, bu yasa, evlilik sözleşmesi yapma ehliyeti olan bu ülkede yerleşik herkese uygulanır. Bu sebeple İngiltere’de yerleşik bir İngiliz bir adamın 15 yaşında bir Macar kızla Avusturya’da evlenmesi durumunda Macar ve Avusturya hukuklarında geçerli olup olmamasına bakılmaksızın bu evlilik batıl olduğuna karar verildi.”

Yargıç Pearce’in (o zaman ki sıfatı ile) kararını nasıl şekillendirdiğini görmek önemlidir sayfa 494:

110 Bu otoritelerin görüşlerine göre, kocanın ikametgahı hukuku gereği bu evlilik geçerli değildir ve bu evlilik, o adamın hukuki olarak yapabileceği bir evlilik değildi.”

15- Bayan Lucy Theis, Q.C.’nin müvekkilleri adına bu kararın uygulanmasını ne kadar istediğini görsem de ben kendimce bunun önümdeki konulara uygulanmasının uygun olmayacağını düşünüyorum. Zira sorun, taşıyıcı annenin kocasının yerleşik olduğu yer hukukunun verdiği statü değil, başvuranların yerleşik oldukları yer hukukunun, benim kararına göre, bu davanın bütün yönlerine uygulanacak hukuk olan 1990 Yasa’sı ile öngörülen hukukun verdiği bir statüdür. Başvuranlar, eğer o adam baba olarak tanınırsa iki tane istemeyen sonuç doğacağını ileri sürmüşlerdir. Birincisi, bu durum evli olmayan kadınlarla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmayı daha cazip kılacaktır; çünkü bu davada olduğu gibi erkek başvuran tartışmasız olarak baba olarak kabul edilecektir. Aslında, çoğu taşıyıcı anne (delillerle gösterildiği gibi) yaşamlarının olgun çağını yaşayan evli kadınlardır ve bu kadınların bu tür sözleşmeler yapmasına yönelik bir teşvik de vardır. Evli

---

<sup>4</sup> Bir dava adı. (Çevirenin notu)

olmayan taşıyıcı anneler, daha savunmasız olabilir; daha çok sömürü kurbanı olabilir ve çoğunlukla maddi birtakım düşüncelerle hareket etmeleri de daha büyük ihtimaldir. Benim muhakememe göre bu yorum, olaydaki vakaların adil bir analizidir; fakat bunun yasal yoruma yardımcı olup olmayacağı kuşkuludur. İkinci olarak, konuda bir payı olmayan ve hiçbir sorumluluk riski olmayan bir adamın, icazet vermek için fazladan ödeme talep etmesi örneği verilerek, bu durumunu kötüye kullanma yolları arayabileceği ileri sürülmüştür. Evet, olabilir; fakat bu, benzer şekilde, doğumdan sonra, taşıyıcı anne için de söz konusu olabilir. Bu, bana sadece, iç hukukları taşıyıcı anneye (ve eşlerine ç.n.) doğumdan sonra herhangi bir sorumluluk yüklemeyen hukuklara tabi yabancı taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmanın içinde var olan bir risk olarak görünmektedir.

16- Bay Sherwin, vasilerin adına, yasanın açık anlamını kabul etmemek için bir sebep olmadığını ileri sürdü. Parlamento, karşılıklı anlaşarak taşıyıcı annelik sözleşmesi yapan taşıyıcı annelerin evli kocaları için özel bir hüküm getirmeyi istemiştir. Aslında benim kararına göre de Parlamento bunu istemiştir ve 1990 Yasası'nın yenilenmesi veya reform ile ilgili hâlihazırda bu tartışmalarda, ilgili hükmün değiştirilmesine yönelik hiçbir belirti yoktur, söylenenin tam aksi bir durum vardır. Benim yorumuma göre, Parlamentonun, (1990 Yasası'nın 28(8). Maddesi dikkate alındığında) yabancı ikametgâhı olan kocalar için farklı bir niyet taşıdığı söylenemez. Parlamentonun isteği taşıyıcı annelik anlaşmalarında evliliğin özel bağlantısını tanımaktır. Ben bunun ikametgâh sorunları ile etkilenmesi gerekliliği için herhangi bir sebep göremiyorum. Ukraynalı kocanın, İngiliz eşine yüklenen sorumluluklardan muaf tutulması, her birinin karısının aynı pozisyonda oldukları dikkate alındığında, geçerli bir sebep değildir. Bu hukuken evli kocanın özel durumunun tanınmasıdır ve ben, bunun, neden (yasanın lafzı gereği) ülke sınırını aşacak şekilde uygulanmaması gerektiğine yönelik bir sebep göremiyorum. Takiben, görüşüme göre, Ukraynalı kocanın rızasının alınması gerekli idi ve daha önce de belirttiğim gibi, ben bunun hukuken geçerli olarak verildiğine kaniyim. Ayrıca yine takiben, erkek başvuranın 1989 Yasası'nın 10. Madde uyarınca 8. Madde Kararı'na başvurabilmek için izne ihtiyacı vardı ve tekrar daha önce belirtildiği gibi, argümanlara zarar getirmeden istenen bu izni verdim.

17- Ve bu yüzden 30 (7). Madde'ye dönüyorum. Önemli olduğu kadarı ile, hüküm şöyle der:

“Mahkemece aksine izin verilmedikçe, mahkeme –

- (a) bu kararın verilmesi
- (b) yukarıdaki Paragraf (5)'in gerektirdiği anlaşma
- (c) koca ve karıya çocuğun teslimi
- (d) kararın verilmesine yönelik anlaşmalar yapma

karşılığında hiçbir paranın veya başka bir menfaatin (makul olarak katlanılan masraflar hariç tutulmak üzere) koca veya karı tarafından verilmediğine veya alınmadığına kani olmalıdır.”

Başvuranların sağladıkları ve benim kabul ettiğim deliller göstermektedir ki taraflar hamilelik süresince taşıyıcı anneye aylık 325 Euro'luk ve ikizlerin canlı olarak doğumlarında 25.000 Euro'luk bir toptan ödemenin yapılmasında anlaşmışlardır. Bu ödemenin %80'i Ukrayna doğum belgesinde başvuranların kaydının yapılabilmesi için taşıyıcı annenin noterde düzenlenecek rızası karşılığında ödenecek ve kalanı ise altı hafta içinde anne-babalık kararı başvurusu için yazılı rızanın imzalanmasında ödenecektir. Bu rakamlar gerçekten ödenmiştir ve bu ödemeler Ukrayna iç hukukunda hukukidir. Bunlar fiili ödeme tarihindeki sterlin değerinden daha az değerinde beyan edilmiştir.

18- Kuşkusuz taşıyıcı anne kazanç kaybı, sağlık giderleri vb. bakımından önemli masraflara katlanmak durumunda kalabilirdi. Ama yine de ödenen miktarın 'makul olarak katlanılan masraflar' ifadesini önemli bir biçimde aştığı fiilen kabul edilmiştir, gerçi bu da yorumlanabilir. Böyle bir kabul, başvuranların, taşıyıcının annenin, paranın bir kısmını, bu ülkede hakim olandan çok da farklı olmayan bir emlak piyasasında, bir daire almak için kaporo olarak vermek niyetinde olduğunu gösteren, kendi delilleri temel alındığında, gerçekten kaçınılmazdı. Mahkeme, masrafları aşan ve bu yüzden İngiliz iç hukukunu ihlal eden bu ödemelere, izin vermedikçe anne-babalık kararı başvurusunun başarılı olamayacağı ortaya çıkmıştır.

19- Bu olaya mahkeme'nin yaklaşımı daha önce hiç Temyiz Mahkemesi'nde test edilmemişti fakat Yargıç Wall'in (o zaman ki sıfatı ile) K.H. C davasındaki (Bay ve Bayan X'in Başvurusu 1990 tarihli İnsan

Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası 30. Madde'ye göre) yaklaşımı bana göre izlemem gereken yaklaşımdı. Yargıç Wall, daha sonra Yargıç Johnson tarafından da KH Q<sup>5</sup> (Anne-Babalık Kararı) [1996] 1 FLR 369 kararında izlenen, Yargıç Latey'in KH Evlat Edinme Başvurusu [1987] 3 WLR 31<sup>6</sup> kararındaki gerekçesini takip ediyordu. Yargıç Wall iki sorunu tespit etmiştir: (i) ödemenin gerçekten 'makul olarak katlanılan masraflar' için olup olmadığıdır ki bu tamamen bir vaka sorunudur; eğer değilse, mahkemenin böyle bir ödemeye izin verebilip veremeyeceği veya vermesi gerekip gerekmediğidir. Kendisinden önceki yargıçlar gibi, Yargıç Wall, geriye dönük izni vermenin yasal olarak mümkün olduğu sonucuna varmıştır, tıpkı bu yargıçlar gibi ve aynı sebepler ile bu görüşü paylaşıyorum.

20- Ancak, yasa, böyle bir onayın dayanağı için herhangi bir yol göstermemektedir. Bu, açıkça, ticari taşıyıcı annelik sözleşmelerinin hukuki olarak kabul edilmemesi gerektiğine yönelik bir politika kararıdır, haklı olarak, bazen bu tür anlaşmaların hukuki sayılması için sebepler olabileceği de açıkça kabul edilmiştir. Parlamento'nun aklında, mevzu bahis olan çocuğun selametinden başka, ne tür bir sebep olabileceğini anlamak zordur. 30. Madde'nin değişmez doğası dikkate alındığında, mahkemenin, 1989 Çocuklar Yasası'nın 'azınlık' perspektifinden ziyade, 2002 Evlat Edinme ve Çocuklar Yasası'nın 'hayat boyu' selamet perspektifini benimsemesi gerekliliği daha mantıklı gözükmektedir. Diğer yandan, 30.(7) Maddesi'nin arkasında yatan tamamen geçerli bir kamu politikası gerekçesi dikkate alındığında, selamet kaygıları doğal olarak önemli olmakla birlikte tek belirleyici olamaz. Bu yaklaşım daha önceki davalarda benimsenen yaklaşımla da uzlaşır. Ayrıca yine bu yaklaşım evlat edinme mevzuatının ihlallerine izin vermeye yönelik olarak benimsenen yaklaşımla da uzlaşır. Özellikle bu konu ile ilgili canlı bir örnek Yargıç Bracwell'in KH AW (Evlat Edinme Başvurusu) [1993] 1FLR 62'deki kararında bulunabilir. Orada mahkeme 1976 Evlat Edinme Yasasının 29. Maddesi'nin özellikle ciddi (ve aslında dürüstlüğe aykırı) ihlalleri ile ilgili idi ancak

---

<sup>5</sup> Davanın adı: Davacı Kamu Hukuku; davalı ise C, izleyen bilgiler ise bu kararın yayınladığı dergiyi (FLR- Family Law Report- Aile Hukuku Kararları) göstermektedir. (Çevirenin notu)

<sup>6</sup> Benzer şekilde WLR Weekly Law Reports yani Haftalık Hukuk Kararları adlı dergiyi simgeler. (Çevirenin notu)

kamu politikaları düşünceleri ile çocuğun selameti arasındaki terazinin son vuruşunda yargıç yine de geçici bir evlat edinme kararı vermişti.

21- Kamu politikaları meseleleri ile ilgili olarak, görüşülen davalar mahkemenin kendisine (benim katıldığım) üç soru sorduğunu gösterir.

- (i) anlaşma gereği ödenen para miktarı makul masraflar ile orantısız mıdır?
- (ii) başvuranlar iyiniyet kuralına uygun olarak ve taşıyıcı anne ile iş yaparken 'ahlaken kirli' olmadan mı hareket ediyorlardı?
- (iii) başvuranlar otoriteleri aldatmaya yönelik herhangi bir teşebbüsün parçası olmuşlar mıdır?

Bu davanın vakalarında başvuranların iyiniyetle hareket ettiklerine ve kendi olgun muhakemesi olan bir kadın olan taşıyıcı annenin istismar edilmediğine (ve istismar edilmek istenmediğine) dair hiçbir şüphem yoktur. Ayrıca, otoritelerin aldatılmak istendiğine dair de hiçbir ima dahi asla yoktur, tam aksine, bu başvuranların, bildikleri kadarı ile İngiliz ve Ukrayna hukuklarının gereklerine uygun hareket etmeyi her zaman istediklerine kanaat getirdim.

114

22- İlk soru daha zor bir soru ve anlaşmaların nerede yapıldığına bağlı olarak yanıt dikkate değer ölçüde değişebilir. Değerlendirmenin tüm esası tamamen farklılaşacaktır tıpkı kentsel Kaliforniya ve kırsal Hindistan'ın farklı olduğu gibi. ( bu ifade cümlenin başına alınabilir mi)Bu davada, sahip olduğum (ve kabul etmeye hazır olduğum) deliller, Ukrayna'nın ilgili kısmında yaşam giderleri (büyük bir şehir) bu ülkedekiler ile karşılaştırılabilir kadarken bu miktarın kırsal Ukrayna'da tamamen farklı olabileceğini gösterir. Sahip olduğum delillere göre, ben, ödenen miktarın, (anne-babalık ç.n.) kararı vermenin kamu politikasına kabul edilemez bir ihlal teşkil edecek şekilde, 'makul olarak katlanılan masraflar' ile o kadar da orantısız olmadığına karar vermeye hazırım. Muhakememe göre, hangi miktarın 'makul olarak katlanılan masraflar' olduğunun tespiti her bir davada ayrı belirlenecek bir husustur. Ben gayet klişe bir saptama yapacağım çünkü taşıyıcı anneliği destekleyen veya sağlayan organizasyonların böyle masraflar için standart yol gösterici rakamlarının olduğunu biliyorum. Böyle rakamların kullanılabilirliği vardır fakat fikrimce, bu tür bir iş yapmak isteyen olası çiftler, kendilerini bu tür rehber rakamların ger-



çekçi olduğuna inandırmadan onlara güvenmekte tedbirli olmalıdırlar: Taşiyıcı annenin taşiyıcı annelik sebebi ile tahkik edilebilir bir kazanç kaybına uğrayıp uğramadığı veya uğrayıp uğramayacağı açık bir örnek olabilir.

23- Bu davada, bu çocukların, başvuranların ailesinin hayat boyu üyesi olmalarının, onların selameti için gerekli olduğuna kanaat ettim. Kamu politikaları düşünceleri hakkında benim tespitlerim dikkate alındığında, büyük bir güçlük yaşamadan, bu özel davada yapılan ödemelerin 1990 Yasası 30.(7) Maddesi'ne göre yapıldığına izin vermem gerektiği kararımı vermeye muktedirim.

24- Bu izin verme sürecinin çok rahatsız edici olduğunu tespite mecburum. Mahkemenin yapması gereken birbiri ile yarışan ve potansiyel olarak uzlaşmaz, çatışan kavramaları dengelemektir. Parlamento, kuşkusuz ki ticari taşiyıcı annelik sözleşmelerini yasaklayan düzenlemeler yapmakta ve mahkemelerden bu politika düşüncelerini kararlarında uygulamasını beklemekte haklıdır. Ancak bu politika düşüncelerinin oldukça katı olması, sonuçları ile (örnek ilgili çocuk) uğraşmak bir yana onun anlaşılmasını bile çok zorlaştıracağından, bu katılığın, çocuğun selameti düşüncelerinin uygulanması ile yumuşatılması gerektiği de kabul edilmiştir. Bu yaklaşım hem insani hem de akla uygundur. Güçlük şudur; dava mahkemeye geldiği zaman bir olaylar bütünü tasavvur etmek hemen hemen imkansızdır, bir çocuğun selameti (özellikle bir yabancı çocuğun) (anne-babalık ç.n.) karar verilmesinin reddi ile çok ağır bir biçimde (en azından) tehlikeye düşürülmemiş olabilir. Yargıç Bracewell'in KH AW'deki (yukarıdaki) kararı sorunun canlı bir örneğidir. Eğer kamu politikaları doğru bir şekilde kabul edilse idi, 30. Madde başvurusunun son duruşmasından çok daha önceki bir aşamada tatbik edilmesi gerekirdi. Evlat edinmeye ilişkin olarak, bu, çocuğun ülkeye getirilmesine ilişkin kurallar ve 2005 Evlat Edinme ve Yabancı Unsur Yönetmeliği hükümleri tarafından esas itibariyle çözümlenmiştir. Bu ülkeye giriş noktası, ticari taşiyıcı annelik anlaşmasının engellenmesi için, bir şekilde, son bir fırsattır. Doğal olarak, nasıl bir tedbir alınmasını (veya alınıp alınmamasını bile) önermek mahkemenin görevi değildir; ben sadece sorunu işaret etmekte mecbur kaldığımı hissettim.

25- Takiben, başvuranlar kendilerini 1990 Yasası'nın 30. (1) Maddesi içinde arz ettiler ve 30. (2)-(7) Maddesindeki şartları yerine getirdiler. Dolayısıyla, mahkeme onlara anne-babalık kararı verebilir. Yasa, 30. (1) Maddesi ile verilen takdir yetkisinin tatbikinde uygulanacak ölçütlerle ilişkin olarak sessizdir. 1989 Yasası Bölüm II'de öngörülen kararların bütününe burada uygulanabilir olması 8. (a) Maddesinin etkisidir. Ancak, anne-babalık kararının tesirinin yaşam için bir statü verilmesi olduğu dikkate alındığında, 30. Madde başvurusunun son takdiri aşamasında karar verirken, 'hayat boyu' esenlik perspektifinden başka bir ilkenin nasıl uygulanacağını anlamak güçtür. Bu çocukların sağlığının, en iyi şekilde, başvuranlar tarafından talep edilen anne-babalık kararının verilmesi ile sağlanacağı yaklaşımına kani oldum. Bu kararı vermemin gerçek sebebi budur. Bu davayı, Bayan Theis, Bay Sherwin ve onlara yardımcı olan özellikle Applicants' Solicitors'dan Bayan Gamble ve Bayan Gheraert bu zorlu sularda rehberlik ettikleri ve başvuranların bu davada yaptıkları (kuşkusuz kendileri tarafından tamamen istenmeyen) keşif yolculuğundan süzülen meseleleri özetlemeye yönelik çalışmaları için büyük minnettarlık borcumu ifade etmeden bitirmemeliyim.

116

26- Evlat edinilebilecek bebek sayısının azalması ve donör mahremiyetinin kaldırılması (elbetteki çocuk perspektifinden tamamen haklı olarak) her gün daha fazla çiftin, ticari taşıyıcı annelikle ilgili olarak, başvuranlar gibi kandırılması olası olacaktır, ticari taşıyıcı anneliğin yasal olduğu yerlerde bu olaylar sıkça yaşanabilecektir. Bu dava, bu yol tutulmadan önce, tedbirli düşünceler için zemin hazırlayabilir. Bariz zahmet, gecikme, zorluk, ve masraf güçlükleri var ancak daha fazlası da var.

27- Ticari taşıyıcılık anlaşmasına girişmeyi düşünen çiftlerin yüzleşeceği bir çok tuzak olduğu anlaşılacaktır. İlk olarak, onlara sunulan bilgi değişkendir ve aslında yanıltıcı olma ihtimali (bu kelime çıkarılabilir) olacaktır. İkinci olarak, hiç istenmeyen ve daha önce öngörülemeyen, örnek olarak yapılan ödemeler gibi, birtakım potansiyel olarak zor kanunlar ihtilafı meseleleri (tıpkı bu davada olduğu gibi) doğabilir. Üçüncü olarak, en azından benim anladığım kadarıyla 1990 Yasası'nın 27-29. Maddelerinin etkisi dikkate alındığında ciddi göçmenlik problemleri ortaya çıkabilir. Yabancı taşıyıcı annelerden doğan çocukların, özellikle evli kadınlardan, ne giriş yapma hakları olabilir

ne de hukuk bu işe girişen çifte tamamlayıcı bir takım haklar tanır. Dördüncü olarak, 30. Madde yalnızca evli çiftler için uygulanabilir, diğer kişiler, taşıyıcı anne tarafından doğurulan çocuklar üzerinde anne-babalık statüsünü elde etmekte çok daha önemli problemlerle karşılaşabilirler ve bu, 2008 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası, 54. Maddesi ile evli olamayan ve homoseksüel çiftler için anne-babalık kararı alma yolunu açtığı için önemlidir. Son olarak, bütün diğer tuzaklardan kaçınılsa bile, haklar, hem taşıyıcı annenin (ve varsa kocasının) taşıyıcı anneliği, 30. Madde kararının elde edilmesine kadar sürdüreceğine dair sağlam taahhüdüne hem de kesin veto haklarını istismar etmeyeceklerine dair dürüstlüklerine bağlıdır.

28- Bu davaların Aile Mahkemesi'nde açılması gerekir. Ulusal taşıyıcı annelik uygulamaları genellikle bir sorun yaratmamaktadır ve bunlar orada (özellikle Londra'da halihazırda tecrübe ve uzmanlık vardır) veya Asliye Mahkemelerinde çözümlenebilir. Ancak, sınır aşan taşıyıcı annelik anlaşmaları potansiyel olarak çok daha güç meseleler doğurur ve genellikle davanın bir Asliye Mahkemesine ve hatta belki de bir uluslararası evlat edinme merkezine gönderilmesi uygun olacaktır. Taşiyıcı annelikte ticari bir unsur olması durumunda, genellikle, davanın neden Yüksek Mahkeme'ye gönderilmemesi hususunda dikkatli bir mülhaza gerekli olacaktır. Kesinlikle, önemli bir uluslararası özel hukuk ihtilafı içeren veya Yasa'nın 30. (7) Maddesi'ne göre izin verilmesi gereken herhangi bir dava, benim fikrime göre, gönderilmelidir.

29- İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası ile ilgili, bu yılki parlamento tartışmalarında, hükümet, mevcut hukuku ve taşıyıcı annelik düzenlemelerini gözden geçirmeyi düşündüklerini belirtti. Bu konu hakkında görüş bildirmek mahkemenin işlevinin bir parçası değildir, belki de bu davada gündeme gelen meselelerden bazılarının böyle bir gözden geçirme yapmanın akılcılığının altını çiziceğine ilişkin bir gözlem yapmak hariç. Bu davanın açık duruşmada görülmek üzere ertelenmesinin amacı halihazırda ortaya çıkabilen ve çıkan birtakım güçlükleri sergilemektir. Bu, bariz uyrukluk sorunları, ticari unsurun kontrolü, rızaya ilişkin kurallar ve yasal soybağı sorununa ilişkindir. Daha az belirgin, ancak önemli olarak, mevcut hukukun (en azından bu mahkemece anlaşıldığı gibi), daha az ahlaklı olanın, daha zayıf olanı, yani evli olmayan taşıyıcı anneleri, istismar etmeye ve yabancı

taşiyıcı annelik sözleşmelerini çevreleyen anlaşmalarda dürüst olmaktan daha aşağı olmaya, teşvik ettiği bir gerçektir. Son söz, bu meselelerin mahkeme kararları ile dava dava çözümlenmeye devam etmekte olduğudur. Ancak taşiyıcı anneliğin, hayatın başlangıcı ve yaratılmasını çevreleyen tartışmalı meselelerden (hayatın sonuna ilişkin gergin sorular şöyle dursun) ayrı olarak incelenmesinin gerekip gerekmediğini belirtmek bu mahkemenin görevi değildir; şu gözlem dışında; bu meseleler geniş halk tartışmaları gerektirmektedir.

# GECEKONDUDAN ANAYASA MAHKEMESİ'NE KÜRESEL KENTLERİN YÖNETİMİNDE İHTİLAFLI BİR AKSAKLIK\*

Anna SELMECZİ\*\*

Çeviren: İsmail AKSEL\*\*\*

## GİRİŞ

14 Ekim 2009 tarihinden Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, KwaZulu-Natal'ın eyalet yasası olan ve aynı zamanda diğer eyaletler için, düzensiz yerleşimlerin ortadan kaldırılması politikalarında bir öntaslak olacağı varsayılan, “Varoş Kanunu” olarak adlandırılan kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar verdi ve buna bağlı olarak da geçersiz kıldı.<sup>1</sup> Karar, 2005 yılından bu yana şehirlerde onurlu bir yaşam için mücadele eden ülkenin en büyük gecekondulu sakini hareketi Abahlali baseMjondolo için önemli bir zafere işaret ediyordu. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nda yer aldığı

119

\* Anna SELMECZİ; Gecekondudan Anayasa Mahkemesi'ne; Küresel Kentlerin Yönetiminde İhtilafı Bir Aksaklık, *Utrecht Law Review*, Yıl: 2011, Cilt: 7, Sayı: 2, Utrecht Nisan 2011.

Anna Selmeczi tarafından kaleme alınan bu çalışma, büyük kentlerin yönetiminde önemli bir sorun olarak beliren “gecekondulu” konusunu, ırk ayrımcılığı bağlamında, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde yaşanmış ve Anayasa Mahkemesi'ne intikal etmiş olan bir örnek olay ışığında ele almaktadır. Çalışma, bu ülkede yaşayan siyahların, ırk ayrımcılığının sona ermesinden sonra yerel hükümetler tarafından gerçekleştirilen bazı düzenlemelerle, dolaylı olarak da olsa ırk ayrımcılığına maruz kaldıkları iddiasına dayanmaktadır. (C.N.)

\*\* Orta Avrupa Üniversitesi (Central European University / Budapeşte, Macaristan), Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Çalışmaları Bölümü'nde doktora adayı, e-posta: selmeczi\_anna@ceu-budapest.edu. Benim tezim – Güney Afrika'nın en büyük gecekondulu sakini hareketi olan Abahlali baseMjondolo ile birlikte alan araştırmasından da faydalanarak – biyopolitikaya karşı olası direnç biçimleri üzerine odaklanmaktadır. Bu çalışmanın daha önceki bir versiyonunun sunulduğu, 2010 Eleştirel Yasal Konferans akımı olan “Eleştirel Yasal Coğrafyalar; Hukuk ve Alan”ın toplanması nedeniyle Illan Rua Wall'a teşekkür ederim. Akımın katılımcı ve dinleyicilerine soruları için; Michael Merlingen, Richard Pithouse, Erzsébet Strausz ve diğer Utrecht Law Review (URL) okuyucularına önceki taslak üzerindeki yorumları nedeniyle teşekkür ederim. Bu çalışma için destek veren, Utrecht Üniversitesi'nde düzenlenen 2010 Eleştirel Yasal Konferansı'nın organizatörlerine; pek çok destek ve ödül için Orta Avrupa Üniversitesi'ne; bu çalışma için alan araştırmasına fon sağlayan Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Çalışmaları Bölümü'ne müteşekkirim. Her zaman olduğu gibi, en çok Abahlali baseMjondolo'ya müteşekkirim.

\*\*\* İsmail AKSEL, Hâkim, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı

<sup>1</sup> Dava CCT 12/09 [2009] ZACC 31.

herkesçe bilinen sosyal ve ekonomik hakların dava edilebilirliği etrafında yürüyen tartışmalar açısından sahip olduğu önemin ötesinde, gecekondu sakinlerinin mobilizasyonu perspektifinden bakıldığında dava, güç teknolojilerini<sup>\*\*\*\*</sup> – kentsel alanları şekillendiren ve ne tür yaşamların buralarda yerleşmesi gerektiğini belirleyen çeşitli uygulamalar – ortaya koyar görünmektedir. Gerçekten de, hijyen kaygısı ile gecekondu yerleşimini kent merkezlerinden kaldırmaya yönelik belediye çalışmalarını gerçekleştirmedi ve yoksul insanların yaşam koşullarını geliştirme arzusu ile tahliyelerini haklı görmede, “Varoş Kanunu” uygulamada biyopolitikayı<sup>\*\*\*\*\*</sup> yansıtmaktadır. Buna bağlı olarak, Abahlali'nin kanuna itirazı; kadın/erkek biyolojik yaşamının politikaya dâhil olmasının beklenmedik bir sonucu olarak günümüz siyasi mücadelelerinin, insan varlığının tam da bu yönünün odağına meyiletmesi yönündeki Michel Foucault'un isteğini anımsatmaktadır.<sup>2</sup> Yani, en azından Foucault'un *Bilgi İsteği*'ne göre, onurlu bir yaşam hakkı veya yeterli konut için olan talepler, biyogücün ortaya çıkmasının ters etkileridir ve bu yüzden toplulukların yönetiminde hukukun üstünlüğünü zayıflatan güç teknolojileri ile bağlantılıdır.<sup>3</sup>

120

Güç ve direniş arasındaki asimetrik dinamikler – öyle ki bu anlatım modern çağın büyük haklar bildirilerinin daha sinsi ve hukuksal olmayan kural teknolojileri olduğu (hem bireysel vücutlar hem de toplumun tümü üzerinde) ve bu şekilde kendini gizlediği şeklinde tasvir edilmesini gerektirmektedir – herkesin refahını hedeflemektedir. Bununla birlikte, biyogücün modern hayatların devlet tarafından yönlendirilmesinde kullanılmasının kabullenilmesi, haklar bildirgelerinin tek gizlenme sanatı olarak görülmesine yol açmaz.

---

\*\*\*\* Çalışma da sıklıkla kullanılan “teknoloji” kavramı bilinen anlamıyla “teknik bilimleri” değil, “yöntem bilimini” ifade etmektedir. (Ç.N.)

\*\*\*\*\* Çalışmada sıklıkla kullanılan “biyopolitika”, ilk kez Michel Foucault tarafından kullanılmış bir kavram olup, toplumu biyogüç kullanarak düzenleyen yönetim biçimi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Biopolitics> (son ziyaret 29/06/2011) “Biyogüç” ise, modern devletlerin, insanları boyun eğdirmek ve nüfusu kontrol etmek amacıyla kullandıkları uygulamaları ve çok sayıdaki farklı teknikleri ifade etmektedir. Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Biopower> (son ziyaret 29/06/2011) (Ç.N.)

<sup>2</sup> bkz. **M. Foucault**, *Cinselliğin Tarihi (The History of Sexuality)*, Cilt I: Giriş, 1978, s. 143-144.

<sup>3</sup> Foucault'un çalışmasındaki değişen hukuk anlayışının ayrıntılı bir değerlendirmesi ve yukarıdaki ifademde görüldüğü üzere, tek taraflı yorumların ayakları yere basan bir eleştirisi için, bkz. **B. Golder, P. Fitzpatrick**, *Foucault'un Hukuku (Foucault's Law)*, 2009.

Aksini göstermek amacıyla bu çalışma, Güney Afrika gecekondu sakinlerinin mücadelelerini, büyük ölçüde, bu gibi belgelerin somutlaştırdığı eşitlik yazıtlarından kaynaklandığı şeklinde yorumlamaktadır. Böylece Jacques Rancière'in eşitlik anlayışı ve onu doğrulayan siyasi anlayışı okunarak, Abahlali'nin davaya dâhil olması burada, hareketin siyasi öznelliğinin biçimlendiricisi ve nihayet biyopolitik devletin yenilgisi olarak anlaşılmaktadır. Dahası, tüm dünyada süregelen şehir hayatına ulaşmaya yönelik mücadelelerin günümüzün paradigması olduğuna dair varsayım üzerine ve tartışmaya açık noktalarda güç çalışmaları yapılmasına dair Foucault'çı çağrışı takiben, bu çalışma şehirlerin ve yargısal-yasal teknolojilerin bulunduğu yerlerin biyopolitik yönetimini daha yakından ele almaktadır. En azından şehir bağlamında, Foucault'un da hatırlattığı gibi, günümüzde, özgürlük yoluyla yönetimin liberal teknolojilerinin kullandığı güvenlik araçlarının büyük ölçüde on sekizinci yüzyılın sonları ve on dokuzuncu yüzyılın başlarındaki polis düzeninin yerine geçtiğinin oldukça etkili görüldüğü ileri sürülmektedir.<sup>4</sup> Haklı olarak, küresel şehirlerin, küreselleşmiş neoliberal ekonomik düzende başkent olma için rekabeti ve bu düzenin etkili biçimde rekabete uygun ortam yaratılmasını zorunlu kılmaması, erken dönem modern Batı'yı düzenlemenin ayrıntılı yöntemleri ile uygun biçimde eşleşmektedir. Diğer yandan, polis-devlet'in siyasal ekonomik eleştirisinden kaynaklanan yönetsel nedenin kendini sınırlaması, zorunlu-iktidarsızlık olanakları ile yönetimi sağlar ve polis'in\* konusunun kullandığı tekniklerle birlikte geri dönmemesini garanti eder. Güç teknolojilerinin aynı genetik yapısını hiçbir şekilde onun batılı karşılığı olarak göstermediği gibi, ırk ayrımcılığı\*\* dönemi ile şehirlerin yönetiminin çağdaş akılcılığı arasındaki devamedegeliş, Güney Afrika şehirlerinin durumunda da polis bağlantısı düşüncesini uyandırmaktadır. Benzer şekilde, burada da, neoliberalizm-polis ikilisinin, yasal kuralların giderek sosyal

<sup>4</sup> **M. Foucault**, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler*, (Security, territory, population: Lectures at the Collège de France), 1977 – 78, 2007.

\* Çalışmada sıklıkla kullanılan "polis" kavramı, genellikle, güvenliği sağlamakla görevli kolluk gücü anlamında değil, kolluk güçlerinin ağırlıklı biçimde kullanılması yoluyla oluşturulan baskıcı yönetim şeklini ifade etmektedir. (Ç.N.)

\*\* "ırk ayrımcılığı" (apartheid) kavramı farklı ırkların birbirinden soyutlanmasını ifade eden bir kavram olup bu çalışmada daha çok Güney Afrika Cumhuriyeti'nde bu yöndeki politikaları anlatmak için kullanılmıştır. (Ç.N.)

dinamiklere adapte edilmesi suretiyle, Rancière'nin "hukukun olgusallaştırılması" (factualization of law) olarak tanımladığı süreç tarafından güçlendirildiği ortaya çıkmaktadır.<sup>5</sup> Sosyal ve ekonomik anlamda dışlanmış insanların siyasal hareketliliği bu olguyu aksi yöne çevirmede ne kadar ileri gidebilecekleri, aşağıdaki tartışmanın temel sorusudur.

## 1. Küresel Şehrin Polisle Kontrolü

Bilindiği üzere, modern Güney Afrika'daki ırk ayrımcılığı rejiminin temel sütunlarından biri de "akın kontrolü" idi: özel ve çoğunlukla sınırlı durumlar istisna olmak üzere, siyah insanları şehirlerde çalışmaktan ve/veya yaşamaktan yasaklayan bir düzenlemeler sistemi.<sup>6</sup> Beyaz azınlığın yönetiminin 1970'lerde yavaş yavaş çökmeye başlaması büyük oranda "akın kontrolü"nü asla bütüncül olamaması gerçeğinden kaynaklanmaktadır – baskınlara ve sınırlamalara rağmen şehirlerde gelişen düzensiz yerleşkelerde yaşayan siyah işçiler ırk ayrımcılığı karşıtlığı mücadelelerinde temel bir güç idiler.<sup>7</sup> Tabii ki, 1955 yılındaki *Özgürlük Bildirgesi*'nde formüle edilmiş olduğu üzere, bu mücadelelerin ana isteklerinden biri herkes için özgür göç idi. Sonrasında, (*Özgürlük Bildirgesi*'ndeki pek çok talebin içine dahil edildiği) Güney Afrika Anayasası'nın kabul edilmesinden on yıl sonra, "KwaZulu-Natal Varoşların Yeniden Ortaya Çıkışının Azaltılması ve Önlenmesi Kanunu 2006" ile akın kontrolünün yeniden yargılamaya konu edilmiş görülmesi oldukça rahatsız edicidir. Aşağıda tartışıldığı üzere, yasal düzenlemenin ırk ayrımcılığı kuralını açıkça yansıması, Güney Afrika'daki kent yoksullarının günümüzdeki mobilitesi için özel bir öneme sahiptir. Bununla birlikte, dünyanın tüm kıtalarında ortaya çıkan direnişçi hareketlerin de gösterdiği üzere, yoksul insanların şehirlere erişimini

---

<sup>5</sup> J. Rancière, *Anlaşmazlık: Siyaset ve Felsefe (Dis-agreement: Politics and Philosophy)*, 1999.

<sup>6</sup> Elaine Unterhalter'ın tanımıyla akın kontrolü, "son derece sınırlı durumlar istisna olmak üzere, özellikle bantustan alanlarında yaşayan Afrikalıları bantustan olmayan şehir alanlarında yaşamaktan ve çalışmaktan alkoymak için kullanılan, işgücünü doğrudan kontrol eden bir sistemdir." E. Unterhalter, *Zoraki Göç: Güney Afrika İnsanının Bölünmesi, Ayrılması ve Kontrolü (Forced Removal: The Division, Segregation and Control of the People of South Africa)*, 1987, s. 149.

<sup>7</sup> Kaynak; R. Pithouse, 'Yoksul Siyaseti: Durban'da Gecekondu Sakinlerinin Mücadelesi' (The Politics of the Poor: Shack Dwellers' Struggles in Durban), 2008, *Afrika ve Asya Çalışmaları Dergisi (Journal of Asian and African Studies)* 43, Sayı 1, s. 63-94.



düzenleme arzusu, ırkçı baskının inatçı ısrarından daha fazlasını göstermektedir.

Dünya çapındaki metropolitlerde şehir hakkı için savaşıyan gruplar, liberal yönetim teknolojilerindeki açık çelişkiye dikkat çekmişlerdir: en azından sözde, toplumun en yoksul tabakalarını sistematik olarak dışarıda bırakan yer-yaratma uygulamalarına yol açan piyasa süreçlerinin güya kendi kendini ayarlayan dinamiklerine dayanarak toplumun refahını güvence altına almayı hedeflemek. Görünen o ki, neoliberalizmin yaygınlığı ve dışlama süreçlerini tırmandırma etkisi ile tetiklenen kentsel yönetimdeki değişim nedeniyle, çağdaş kentleşmenin evrenselci programları tarafından benimsenen biyogücün tümleyici bakış açısı son on yıllık dönemlerde çatlaklar göstermiştir. Bu çatlak, metropolit alanlarda giderek daha görülebilir bir şekil kazanmasına gelindiğinde ise, yönetimin liberal şekilde yerine getirilmesi sayesinde demode olarak kabul edilen güç teknolojilerini harekete geçirir ve bunlar tarafından yeniden güç kazandırılır.<sup>8</sup> Yani, 'diğer şeylerin peşinden gelmesine' izin verme temel kuralı sayesinde, ekonomik ve sosyal alanları işlemesi doğal kabul edilen güvenlik araçları – modern liberal yönetim düşüncesinin araçları – giderek polis düzeninin karakteristiği olan disiplin teknolojilerinin gerisinde kalma eğilimi göstermektedirler.<sup>9</sup> Buna bağlı olarak, günümüz kent yönetiminin saha uygulamalarının, boş alanların serbest dolaşıma açılması çalışmaları olarak yorumlanması çok zordur. Ya da, daha kesin biçimde, serbest dolaşım alanları var ve geliştiriliyor iken, onların varolma koşullarının, erişim kabiliyeti olmayan ya da potansiyel olarak tercih edilen dolaşımın engelleyicisi olan yerlerden ve insanlardan izole edilmesi olacağı anlaşılmaktadır. Böylelikle, insanlar ve şeylerin serbest hareketini mümkün kılacak güvenlik araçları tarafından yerinden edilmektense, sınırlandırma ve tabakalaştırma disiplin teknolojileri geniş anlamda çağdaş şehirlerin yönetiminde mobilize edilmiştir.<sup>10</sup> Aslında, Foucault'un modern kasaba yönetimi genetiği bu iki güç rejimi arasındaki etkileşimi

---

<sup>8</sup> M. Foucault, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler, 1977 – 78, 2007.*

<sup>9</sup> a.k., s. 49.

<sup>10</sup> İki güç rejiminin belirgin alan stratejilerinin bir karşıtlığı için, bkz. S. Elden, 'Yönetimsellik, Hesaplama ve Bölge' (Governmentality, Calculation, Territory), 2007, *Çevre ve Planlama D: Toplum ve Boşluk (Environment and Planning D: Society and Space)* 25, Sayı 4, s. 565.

açıklamaktadır.<sup>11</sup> Bir yandan, *Polizeiwissenschaft*\* ile kent biyopolitiği arasında başlangıçsal bir ilişki bulunmaktadır: Foucault'a göre bu, ticaretin devletin güçlü olmasının başlıca kaynağı olarak kabul edilmesiyle birlikte, egemen gücün ilk defa insanların refahı ile ilişkili hale geldiği, ilk dönem modern piyasa kasabasının ortaya çıkışı ile olmuştur. Temel üretim ve takas boşluğuna evrilmek suretiyle, market kasabası ve onun gittikçe artan nüfusu, yöneticilerin karşılımlarına yeni problemler çıkardı: eğer ticaret devletin gücünü sağlamlaştıracak idiyse, sağlık, suç, ulaşım ve piyasanın düzgün işlemesi meselelerinin tümüyle ilgilenilmesi gerekliydi. Diğer yandan, bu nihaî kentsel hedefler, titizlikle ayrıntılandırılmış düzenleme modu olan polis düzenini yaşama geçmeye davet etmesine rağmen, bu düzen kentin işlevini görmesi için esas hale gelen 'polisleştirmek ve kentselleştirmek aynı şeylerdir'e bir yanıt olarak geliştirilmiştir.<sup>12</sup>

Açıkçası, ulus-devlet toplumunu, büyük oranda otonom, yeniden ayarlanmış siyasi ve ekonomik birim olarak hedef almış olan tümelleştirici biyopolitik bakış olarak, bu denklik son onyıllık dönemler boyunca yeniden güçlendirildi ve devlet-şehir ilişkisi yeniden yapılandırıldı. Bu tür bir yeniden yapılandırmanın nedenlerinin izlenmesi sonucunda, iki temel ve birbiriyle ilişkili eğilim teşhis edilebilir. Bunlardan önemsiz olan, ekonomik küreselleşmenin yoğunlaşması ve sonuç olarak sermayenin gittikçe artan hareketliliğidir. Bu eğilimlerin etkilerini tamamlayarak (örneğin aşırı sermaye hareketliliğine karşı koymak için alansal düzeltmelerin yapılandırılması etkeni), neoliberalizm, 1970'lerin finansal krizlerinden sonra da üstünlük kazanarak, ekonomik yönetimin tam merkezine rekabeti koymuştur. Sonuç olarak, savaş sonrası dönemin karakteristiklerini taşıyan 'gelişmiş dünya'da, ulus devletin 'homojen alansal uygulamaları' şehirlerin rekabetine yol açmıştır.<sup>13</sup> Benzer bir planda farklı bir yörüngeye ulaşarak (çoğunlukla uluslararası finans

---

<sup>11</sup> M. Foucault, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler, 1977 - 78, 2007.*

\* Almanca bir ifade olup Foucault tarafından ortaya konulmuştur. "Polis bilimi" olarak çevrilmiştir. (Ç.N.)

<sup>12</sup> a.k., s. 337.

<sup>13</sup> N. Brenner, "Durağanlık ve Hareket Arasında: Birikim, Bölgesel Organizasyon ve Alansal Ölçeklerin Tarihsel Coğrafyası" (Between Fixity and Motion: Accumulation, Territorial Organization and the Historical Geography of Spatial Scales), 1998, *Çevre ve Planlama D: Toplum ve Boşluk (Environment and Planning D: Society and Space)* 16, no. 4, p. 476.

kuruluşlarının koşulsallıkları sayesinde), sömürgecilik döneminin eşitlikli gelişme biçimlerinin yeniden yazılabildiği için Küresel Güney'deki ülkelerin merkezî gelişmeci programları baltalanmıştır. Böylece, neredeyse konumlarından bağımsız olarak, sermayenin geçişsel akışındaki temel düğüm noktalarını biçimlendirmeyi amaçlamasında, “küresel şehirler” bugün, girişimci yerleşim yerleri olarak ortaya çıkmakta ve büyük ölçekli yeniden gelişim projelerine dâhil olmaktadır.<sup>14</sup> Neil Brenner'in iddia ettiği gibi – ulus devletin ölümü hakkında kutsal görüşlere muhalif olarak – rekabetçi küresel şehirlerin ortaya çıkışına paralel olarak, küreselleşme devletin yeniden ölçeklendirilmesini gerektirmiştir.<sup>15</sup> Yani, sermayenin küreselleşmesine ve ekonomilerin giderek artan bağımsızlıklarına karşılık olarak, ulus devlet, bir kurumsal yeniden yapılanma sürecinden geçmiş ve ‘geçişsel sermaye yatırımı için tercih edilen bölgesel yerler olarak’ bölgelerini ve şehirlerini geliştirmek amacıyla üretici güçlerinin geliştirilmesine doğrudan müdahil hale gelmiştir.<sup>16</sup> Haklı olarak, polis dönemine benzer şekilde, ticaret devletin gücünün temel kaynağı olarak kabul edildiğinde ve Fordist-Keynesyen dönemin aksine, ‘bölgeler ve şehirler ulusal ekonomik alanın tek alt birimi olarak görüldüğünde’, şehirler tekrar ekonomik canlılığın başlıca etmeni haline geldiler.<sup>17</sup> Sonuç olarak, Foucault'un, bilhassa rekabete sorgulanamaz biçimde adanmışlığına bağlı olarak,<sup>18</sup> neoliberalizmin liberalizmden farklılaştığı iddiasıyla paralel biçimde; ‘piyasa ve rekabet doğal biçimde ortaya çıkmaz, yaratılmaları ve

---

<sup>14</sup> S. Graham & S. Marvin, *Kentçiliğin Parçalanması: Ağ Altyapıları, Teknolojik Hareketlilik ve Şehir Şartları*, (*Splintering Urbanism: Networked Infrastructures, Technological Mobilities and the Urban Condition*,) 2001;

C. McFarlane, ‘Altyapı, Kesinti ve Eşitsizlik: Kentsel Yarım Küre’de Kentsel Yaşam’ (*Infrastructure, Interruption and Inequality: Urban Life in the Global South*), S. Graham’da (editör), ‘Altüst Olmuş Şehirler: Altyapı Başarısızlığına Uğradığında’ (*Disrupted Cities: When Infrastructure Fails*), 2010, s. 131 – 144.

<sup>15</sup> N. Brenner, ‘Küresel Şehirler, Küresel-Yerel Devletler: Çağdaş Avrupa’da Küresel Şehirlerin Biçimlenmesi ve Devletin Bölgesel Yeniden İnşası’ (*Global Cities, Global States: Global City Formation and State Territorial Restructuring in Contemporary Europe*), 1998, *Uluslararası Siyasal Ekonomi Dergisi* (*Review of International Political Economy*) 5, Sayı 1, s. 1 – 37.

<sup>16</sup> a.k., s. 16.

<sup>17</sup> a.k., s. 17.

<sup>18</sup> M. Foucault, *Biyopolitikanın Doğuşu: Fransa Koleji’nde Dersler*, (*The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France*), 1978 – 79, 2008.

desteklenmeleri gerekir' şeklindeki neoliberal inanç<sup>19</sup> tarafından yönlendirilerek, erken dönem çağdaş kent bağımlılığı ve polis düzeni tekrar öne çıktı, ve müdahaleci düzenleme, kent yönetişiminin meşru bir biçimi olarak yeniden yapılandırıldı.

Şüphesiz, şehrin dolaşım alanı olarak polisle kontrolü, öncelikle 'doğal' piyasa güçlerinin düzgün biçimde işlemlerini sağlamayı hedefleyen liberal kentsel yönetimselliğin önceki dönemlerinde de zaten etkindi. Yani, kent yönetiminin en son hedefi, ekonomik dolaşımın yararlı dinamikleri için ideal yer sağlamak olduğunda bile, iyi ve kötü dolaşım arasında bir fark ve bu nedenle, kötü olanı düzenleme gereği varlığını korumuştur.<sup>20</sup> O halde, tam olarak bu tür gereklilikler, liberal yönetimsel mantığın ve onun "çok yönetme" ve "az yönetme" arasında bocalamasının merkezinde kendi kendini sınırlama prensibini ortaya koymaktadır. Her ne kadar, doğal biçimde şarta bağlı olması nedeniyle, ekonominin dinamiklerinin inşası, yönetimsel hâkimiyeti tam bir kontrol için yetersiz bıraksa da, doğal kendi kendini düzenlemeyi desteklemek, bir miktar müdahaleyi gerektirir.<sup>21</sup> Gerçekten de, erken dönem modern kasabasında insanların ve malların faydalı dolaşımını sağlamak, kentsel alanı onların akımına açmak ki, bunun anlamı kentin istenmeyen bir trafığe maruz bırakılmasıydı, için düzenleme yapma ihtiyacını artırdı. Böylelikle, görünen o ki, akının kontrol edilmesi modern kent yönetişiminin miras aldığı bir unsurdur ve buna bağlı olarak, Don Mitchell tarafından çalışılan 'evsizlik karşıtlığı kanunu' gibi düzenlemeler serisi sürekli bir yönetim aracı olmaktadır.<sup>22</sup> Diğer

<sup>19</sup> **M. Lazzarato**, 'Eylem Halindeki Neoliberalizm: Eşitsizlik, Güvenliğin Olmaması ve Toplumun Yeniden Oluşturulması' (Neoliberalism in Action: Inequality, Insecurity and the Reconstitution of the Social), 2009, *Teori, Kültür & Toplum (Theory, Culture & Society)* 26, Sayı 6, s. 109-133.

<sup>20</sup> Kaynak: **M. Foucault**, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler, 1977 - 78*, 2007, s. 18.

<sup>21</sup> Bir sonraki bölümün sonlarına doğru tartışılacağı üzere, her ne kadar değişime uğratılmışsa da, kendi kendini sınırlama prensibi çağdaş hükümet rasyonalitelerinde dinamik bir şekilde etkilidir.

<sup>22</sup> **D. Mitchell**, 'Mekânın Kanun İle Yok Edilmesi: Birleşik Devletlerde Evsizlik Karşıtlığı Kanunu'nun Kökenleri ve Çıkarımları' (The Annihilation of Space by Law: The Roots and Implications of Anti-homeless Laws in the United States), 1997, *Antipode* 29, Sayı 3, s. 303 - 335; **D. Mitchell**, 'Hödük Gibi İnsanlar: Yüksek Mahkeme Kentsellik Karşıtı Şehri İlan Ediyor' (People Like Hicks: The Supreme Court Announces the Antiurban City) M. Davis & D. Bertrand Monk'da (editörler), *Kötü Cennetler: Neoliberalizmin Hayal Dünyası, (Evil Paradises: Dreamworlds of Neoliberalism)*, 2007, s. 207-218. Kaynak: **P. Joyce**, *Özgürlüğün Kuralı: Liberalizm ve Çağdaş Şehir, (The Rule of Freedom: Liberalism and the Modern City)*, 2003, örneğin s. 85.

yandan, rekabetin önceliğinin zaruri kıldığı neoliberal 'piyasa ekonomisinin çözülmesi ve müdahale etmeme politikaları'na, kent yaşamının yönetimi üzerindeki temel etkileri olan ekonomik ve sosyal politika müdahale alanlarının çözülmesi eşlik etmiştir.<sup>23</sup> Yine, ne zaman ki liberal biyopolitikalar homojenleştirici uygulamalara döndü ve rekabetin yıkıcı etkilerini gidermek için tedbirlerle uğraşır oldu, o zaman neoliberal yönetimsellik için 'sadece tek doğru ve temel sosyal politika vardı: ekonomik büyüme'.<sup>24</sup> Kent yönetişimini kökten değiştirmek; bu düşünce nihayetinde (bir zamanlar, son dönem çağdaş toplu teknolojik gelişim düşüncesi tarafından desteklenen) refahçı evrensel hizmetler şartı idealinin bir kenara bırakılması ve kamu hizmetlerinin, yukarıda bahsedilen rekabetçi şehir konseptinin tamamlayıcısı olarak, pazarlanabilir hizmetler şeklinde yeniden inşa edilmesi ile somutlaştırılmıştır. Modern (Batılı) şehircilik idealinin (gizli) temellerini sallayarak, sonuçta altyapısal ağın gittikçe liberalleşmesi ve özelleşmesi, aşama aşama Graham ve Marvin'in 'parçalanmış şehircilik' olarak adlandırdıkları, yani, 'şehirlerin sosyal ve fiziksel dokusunun bölünmesini sürdürmeye yardımcı olan' altyapısal ağın ayrıştırılması durumuna yol açacaktır.<sup>25</sup> Kent sakinlerinin yaşam şartları üzerine doğrudan etkili olmasıyla, bu 'alansal olarak seçilmiş' kent yönetim biçimleri, 'bir yandan toplu entegrasyona ve (kaynakları) yeniden dağıtmaya bağlı politikalar geri çekilirken, kent planlamacılığının deneysel modelleri ve stratejik olarak önemli bölgelerde yerel mikro coğrafyalar inşa etmek için altyapı şartları oluşturma' çabasına girecektir.<sup>26</sup> Bu, sonuç olarak, pratikte daha az değerli insanları olan daha az değerli yerlerin göz ardı edilmesi anlamına gelir ve bu göz ardı edişin su ve elektrik gibi temel altyapı ihtiyaçlarından mahrum etme veya bunların geri çekilmesi ile eşdeğer olması halinde, ortaya çıkan biyopolitik terk ediş alanları

---

<sup>23</sup> **M. Foucault**, *Biyopolitikanın Doğuşu: Fransa Koleji'nde Dersler, (The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France)*, 1978 - 79, 2008, s. 131.

<sup>24</sup> a.k., s. 144.

<sup>25</sup> **S. Graham & S. Marvin**, *Kentçiliğin Parçalanması: Ağ Altyapıları, Teknolojik Hareketlilik ve Şehir Şartları, (Splintering Urbanism: Networked Infrastructures, Technological Mobilities and the Urban Condition)* 2001; s. 33.

<sup>26</sup> **M. Jones**, 'Devletin Alansal Seçilmesi: Düzenlemeci Gizem ve Ekonomik Yönetişim Üzerine Yerel Mücadeleler' (Spatial Selectivity of the State? The Regulationist Enigma and Local Struggles over Economic Governance), 1997, *Çevre ve Planlama A (Environment and Planning A)*, 29, Sayı 5, s. 852.

formundaki müsaade edilmeyen yaşama, güç uygulanmasından daha az bir şey ile karşılaşmayız.<sup>27</sup> Bu, evrensel ihtiyaçlar idealini tahtından indirerek ve yeniden dağıtıma yönelik tedbirlerin düzenlenmesini kaldırarak, rekabetçi olmayan alanların başlıca kentsel dolaşım alanlarından ayrılması anlamına gelmektedir.<sup>28</sup> En iyi olasılıkla (ve çoğunlukla Küresel Kuzey'de), daha az pazarlanabilir alanlarda bu, ilk üretici ve tekelci sağlayıcıların sıklıkla daha yüksek gümrük vergileri ve daha az seçeneklerle elde tutulması anlamına gelmekte; en kötü olasılıkla ise, (ve çoğunlukla Küresel Güney'de), aradaki fark devam etmekte ya da yeni hizmetlerde ortaya çıkmaktadır, ta ki hizmet sunulmayan insan gruplarını insanlık dışı yaşam şartlarına ve nihayetinde ölüme sürükleyinceye kadar.

Onurlu bir şehir yaşamı için süregelen hâlihazırdaki mücadelelerin en önemli hedeflerinden bazılarını ulaşılarak, 'kötü sirkülasyon'un şu anki yönetiminin, liberal güvenlik araçlarında polisin yeniden dirilişinden nasıl güç kazandıklarına bir göz atalım. Bir yandan, eşitleştirici politikaların parçalara ayrılması, potansiyel girişimcilik konuları ve 'fakir'i yeniden tanımlayan kategori<sup>29</sup> arasındaki farklılığı güçlendirdiği için, bu biçimler, aslında polis düzeninin karakteristiği olan alansal disiplin uygulamalarının eyleme geçirilmesi nedeniyle kemikleşti. Dolayısıyla, kötü sirkülasyonu azaltmaktan sorumlu gözetleme teknolojileri, 'fakirlerin elemine edilmesi ya da her hangi bir oranda kontrol edilmesi' şeklindeki erken dönem çağdaş kent yönetimi anlayışının temel hedefi ile tamamlanmıştır.<sup>30</sup> Dolaylı olarak ve ideal rekabet ortamının etkin biçimde yaratılmasına yönelik

<sup>27</sup> Foucault'un biyopolitik/biyogüç yarı-tanımına bakınız: 'Bir kimse, can alma ya da yaşamasına izin verme şeklindeki antik hakkın; yaşamı desteklemek ya da onu ölüm noktasına sınırlamak için kullanılan güç ile yer değiştirdiğini söyleyebilir.' **M. Foucault**, *Cinselliğin Tarihi (The History of Sexuality)*, Cilt I: Giriş, 1978, s. 138; orijinal vurgu.

<sup>28</sup> **Graham & S. Marvin**, *Kentçiliğin Parçalanması: Ağ Altyapıları, Teknolojik Hareketlilik ve Şehir Şartları, (Splintering Urbanism: Networked Infrastructures, Technological Mobilities and the Urban Condition,)* 2001; s. 33.

<sup>29</sup> Foucault'un gösterdiği gibi, toplumun bir bütün olarak, eğitim ve sağlık gibi hizmetleri onun her bir üyesine borçlu olduğuna dair düşünceyi terk ederken, sosyal adalet fikrinin ekonomik yönetimini saflaştırmak niyeti 'fakir' ve 'fakirliği'n yeniden tanıtılmasını beraberinde getirmiştir.

**M. Foucault**, *Biyopolitikanın Doğuşu: Fransa Koleji'nde Dersler, (The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France)*, 1978 - 79, 2008, s. 201 - 202.

<sup>30</sup> **M. Foucault**, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler, (Security, territory, population: Lectures at the Collège de France)*, 1977 - 78, 2007, s. 334.

neoliberal zorunlulukla uyumlu biçimde, aynı yönetim modunun yargısal-yasal teknikleri de yeniden değerlendirildi. Diğer yandan, 'fakirlerin kontrolü, ya da her hangi bir oranda elemine edilmesi' küresel şehirlerin şu anki fonksiyonlarını yerine getirme biçimlerinin karakterize edilmesi için daha uygun görünüyor: güvenlik altına alınmış başlıca dolaşım alanının ötesinde disiplin biyopolitikaları gittikçe daha az sıklıkta kullanılmaktadır. Bu parçalayıcı kentçilik, küresel şehirlerdeki gelişmiş-gelişmemiş ayrımını yeniden oluşturmakta ve böylelikle gözle görülür şekilde ayrılmış olan rekabete elverişli olanlar ve olmayanlar genellikle damgalayıcı biçimde hareket etmemekte, fakat kent yönetişiminin daha önceki rejimlerinde kullanılmış düzeltici disiplin teknolojileri niyetlerinde yer almaktadır. Kentsel yaşam alanının yönetiminden büyük ölçüde elemine edilmiş olan sosyal adalet ideali ile neoliberal yönetimsellik, hem polisin disiplin kurumlarından hem de refah liberalizminin yeniden dağıtıcı tedbirlerinden farklı olan 'fakiri' yönetme yöntemlerini yaratır. Marjinal boşluklardaki girişimci teb'ayı biçimlendirecek programların nadiren meydana gelmesine rağmen,<sup>31</sup> temel hizmetlerden mahrum edilmeleri ya da bu hizmetlerin geri çekilmesi, aslında üretken olmayan bir biyogüç biçimini ve onun sayesinde, yeni bir akım kontrolü biçimini ortaya koymaktadır. Bir sonraki bölümde gösterileceği üzere, bu gelişmeler politikanın olası alanını ve konusunu oldukça etkileyecektir.

## 2. Diğer İmkanlarla Akım Kontrolü

eThekwini (Metropolit Durban) Belediye'sinin düzensiz yerleşim yerlerine elektrik sağlanmasını ve bu politika tarafından ifade edilen yaşam şartlarını bütünüyle yasaklayan politikasına tepki olarak formüle edilen, Abahlali baseMjondolo'nun (15 Şubat 2008) basın açıklaması, ırk ayrımcılığı sonrası kent yaşamına erişimi şekillendiren şehir yönetişimi yönteminin canlı bir ifadesini ortaya koymaktadır;

Pek çoğumuz inanıyor ki; milyonları gazonlar, tematik parklar, stadyumlar ve A1 Grand Prix için harcarken; bizi ishal, yangın ve fareler tarafından öldürülmüş bırakarak, Belediye, bizi şehirlerde

---

<sup>31</sup> Örneğin STKlar, düzensiz yerleşimlerde, kendileri tarafından inşa edilen altyapı projelerini ya da hükümet tarafından desteklenen önödemeli su ölçüm cihazlarının yerleştirilmesini desteklemektedirler.



fareler, yangınlar ve tuvaletlerdeki plastik poşetlerle yaşamak ile fareler, yangınlar ve tuvaletlerdeki plastik poşetler olmaksızın yeniden yerleştirme alanlarında yaşama arasında seçim yapmaya zorlayarak evlerimizi terk etmeye ve yeniden yerleştirmeyi (aslında yeniden kırsallaştırmayı) kabul etmeye zorlamayı deniyor.<sup>32</sup>

Gerçekten de, Mitchell'in 'alanın hukuk tarafından elemine edilmesi' olarak adlandırdığı, yani, evsiz insanların başlıca kentsel alanlarda varlıklarını yasal olarak sınırlama yöntemiyle<sup>33</sup> yoksulları şehrin dışında yönetme olgusunun tamamlayıcısı olarak, temel altyapının geri çekilmesi, neoliberal yönetimselliğin geniş biçimde kullandığı olanaklardan biridir. Bunun gibi, şehir, biyopolitiğin ayrıcalıklı bir yeri olduğu için, yaşamın yönetilmesi yeni politikalarına tanıklık eder; teşvik edilen yaşam türünün ve onu yaşamaya hak kazanmış insan kümesinin yeniden tanımlanması. Bu yeni kent biyopolitikalarını şekillendiren uygulamaları ve rasyonalitelerdeki temel değişiklikleri yukarıda ana hatlarıyla belirttikten sonra, bu değişikliklerin siyasal konuların olası ortaya çıkışları için ifade ettiklerini görmek amacıyla, bu bölüm paradigmatik kent mücadelesi bağlamına daha yakın bir bakış atmaktadır: Güney Afrika şehir yönetimi. Kesinlikle, ırk ayrımcılığı ırkçı kuralı yirminci yüzyıl kent yönetişiminin tam olarak bir örneği değildir. Bununla birlikte, o noktadan en son Abahlali tarafından karşı konulan Varoş Kanunu'na kadar izlenen yol, dolaşım düşüncesi ile ekonomik kavram, altyapı ihtiyacı ve akım kontrolü kavramları arasındaki değişmekte olan etkileşimi yansıtan *mise-en-abyme* biyopolitiği olarak işlev görebilir.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Abahlali baseMjondolo, 'Kennedy Yolu Yerleşiminde Vurulma Mesafesinde Elektrikten Toplu Olarak Bağlantısız Olmak' (Mass Disconnections from Electricity at Gun Point in the Kennedy Road Settlement), 15 Şubat 2008,

<<http://abahlali.org/node/3342>> (son ziyaret 8 Aralık 2010)

<sup>33</sup> D. Mitchell, 'Mekânın Kanun İle Yok Edilmesi: Birleşik Devletlerde Evsizlik Karşıtlığı Kanunu'nun Kökenleri ve Çıkarımları' (The Annihilation of Space by Law: The Roots and Implications of Anti-homeless Laws in the United States), 1997, *Antipode* 29, Sayı 3, s. 303 – 335.

<sup>34</sup> *Mise-en-abyme* sanatta kendini yansıtmaya tekniğini ifade etmektedir. 'Yapısalcılık ve söylev teorilerinde, 'dipsizlik' tekrarı tekniğinde, bir resim kendisinden daha küçük versiyonunu ve o da daha küçüğünü, daha küçüğünü sonsuza kadar bu şekilde gittiğinde'. Kelime anlamı olarak "sonsuzaya koymak"

Kaynak: MediaDictionary.com

<<http://www.mediadictionary.com/definition/mise-en-abyme.html>> (son ziyaret 10 Mart 2011).



Muhakkak ki, ayrılıkçı beyaz azınlığın yönetimi altında yapılmış sapkın kanunlar ve düzenlemeler sistemi, birkaç paragrafta belirtilemez. Ancak, mevcut tartışmaların ışığında, devlet ırkçılığının ve ekonomik öngörünün ortaklaşa dile getirilmesi üzerinde düşünmek önemlidir. Foucault'un, ırkçılığı, modern siyasal gücü öldürme hakkı ile donatan bir fenomen şeklinde kavramlaştırmasının mükemmel bir göstergesi olarak hizmet eden, 1913 tarihli Yerli Toprak Kanunu<sup>35</sup> ya da 1954 tarihli Bantu Yeniden Yerleştirme Kanunu<sup>36</sup> gibi ırkayırımcısı yasamanın kalıntıları, yönetimi altındaki toplumun bir kısmındaki yaşamı engellemek suretiyle diğer kısmındaki yaşamı destekleme rejiminin araçlarıydı.<sup>37</sup> Gerçekten de, siyah insan yığınlarını tarıma elverişli toprakları veya düzgün altyapıları olmayan yerlere zorla sürmek başka hiçbir şekilde değil, onların yaşamlarını sınırlamak olarak okunabilir. Bununla birlikte, beyaz toprak sahiplerinin veya maden sahiplerinin sıklıkla 'yerli insanların' yerleşmesine ve iş edinmesine yönelik ırk ayrımcı kurallara itiraz etmesiyle (ve hatta karşı koymasıyla), ırkçı hâkimiyetin pek çok yasama çalışması ekonomik kaygılarla kuşatılmaktadır. Unterhalter, akım kontrolü biyopolitik teknolojilerinin köktenci bir şekilde değişken rasyonalitelerle nasıl kullanıldığını ve kullanılabileceğini mükemmel şekilde özetlemektedir:

'[Akım kontrolü ırk ayrımcı kanunları] göçebe işgücü sistemini sürdürmek; Afrikalı kentsel politik hareketin altını oymak; bantustan\* dışındaki şehirlerde işsiz işçi ordusunun yerleşimini hem önlemek hem de oluşturmak ve üretim endüstrisinin işgücüne daha esnek erişim ihtiyacını karşılayabilmek için beyazları işe girmekten korumak üzere kullanılırdı.'<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Yerli Toprak Kanunu siyah insanların arazi sahibi olmasını ciddi şekilde sınırlamıştı.

<sup>36</sup> 'Afrikalıları Johannesburg'dan çıkarılması kaydıyla' **E. Unterhalter**, *Zoraki Göç: Güney Afrika İnsanın Bölünmesi, Ayrılması ve Kontrolü (Forced Removal: The Division, Segregation and Control of the People of South Africa)*, 1987, s. 153.

<sup>37</sup> **M. Foucault**, *Toplum Savunulmalıdır: Fransa Koleji'nde Dersler (The society must be defended: Lectures at the Collège de France)* 1975 - 76, 2003.

\* "Bantustan", ırk ayrımcılığı politikasının bir sonucu olarak başta Güney Afrika Cumhuriyeti olmak üzere Afrika'nın bazı bölgelerinde siyahların yaşaması için ayrılmış yerleri ifade etmektedir. bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Bantustan> (son ziyaret 29/06/2011) (Ç.N.)

<sup>38</sup> **E. Unterhalter**, *Zoraki Göç: Güney Afrika İnsanın Bölünmesi, Ayrılması ve Kontrolü (Forced Removal: The Division, Segregation and Control of the People of South Africa)*, 1987, s. 43.

Bununla birlikte, bu faydacı bakış açısı kendi kendisini sürekli kılmasına rağmen, 1970'lerin ortaları civarında, bölünmenin uygulaması ve rasyonalitesinde belirgin bir değişiklik ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde, beyaz akademisyenler ve politika yapıcılar ırk ayrımcı sistemi yeniden değerlendirmeye başladılar ve neden çalışmadığına yönelik spesifik nedenleri gösterdiler. Beyaz azınlığın hâkimiyetinin meşruluğunu sorgulamaya teşebbüs etmeksizin, onun kavramlaştırılmasına yönelik yeni bakış açıları ortaya koydular: işte bu ekonomik nedendi. 'Teknokratlar', yaygın biçimde uzmanlar grubu olarak refere edilmişlerdi, iki temel nedenden dolayı akın kontrolü sistemini eleştirdiler; ekonomik maliyeti için (Bir *Cape Times* editörü 'Akın kontrolü ve yer değiştirme ekonomik olarak anlamsızdır' yazıyordu),<sup>39</sup> ve siyah insanların politik hareketliliğini tetiklediği için. Her iki sorun için cevapları 'piyasa güçleri' tarafından ademi merkezileştirme ve düzenlenme idi. Teknokratların yaklaşımını gösteren tipik bir ifade olarak; bu hala ırkçı baskıydı, fakat (bir dereceye kadar) her nasılsa: 'Ekonomik ademi merkezizetçilik akın kontrolünde merkezi bir rol oynayacaktı. Göçün kontrolü geri kalanlara daha az baskı ve daha çok ekonomik teşvik olarak görünecektir'.<sup>40</sup>

Ademi merkezizetçi politikaların (ve en çok saldırgan ayrımcılık kanun ve uygulamalarından bazılarının sonuç olarak gevşemesinin) uygulanmasını izleyen on yılın gösterdiği gibi, siyah insanların politik hareketliliği önlenemez. On yıllarca süren ırk ayrımcılığı karşıtlığı mücadeleleri, nihayet 1990'ların başlarında başarıya ulaştı ve Afrika Ulusal Kongresi'nin (AUK) müzakere edilmiş geçiş döneminde yükümlü hükümete partnerlik etmesi ile, 1994 yılında ırk ayrımcılığı resmen sona erdi. Bilindiği ve yukarıda bahsedildiği üzere, Mandela yönetimindeki AUK hükümeti verdiği sözleri 'herkes için daha iyi bir yaşam'ı sağlamak için, aslında Özgürlük Bildirgesi'nin pek çok talebini içeren Haklar Bildirgesi'ni Anayasa (1996 yılında kabul edilen) bünyesinde topladığında kanunlaştırdı ve böylelikle geniş bir yelpazedeki ekonomik ve sosyal haklar, Cumhuriyet'in temel kanunlarına entegre edilmiş oldu. Politika çerçevesinde uygun olarak hizmet sunan *Yeniden Yapılandırma ve Gelişim Programı (YYGP)* ile,

---

<sup>39</sup> E. Unterhalter'de alıntı, a.k., s. 123.

<sup>40</sup> E. Unterhalter'de alıntılanmış söz, a.k., s. 133.

hükümet, düşük maliyetli ev edindirme ve ücretsiz temel hizmetler sağlama planları da bulunan evrenselci bir refah projesini gerçekleştirmeye başladı. Ancak, Patrick Bond'un da hatırlattığı gibi, eşzamanlı olarak Anayasa taslağı hazırlanması ile yani, demokratik yönetişime halihazırda iki yıl varken, YYGP'ye eklenmiş, hırslı fakat gerçekleştirilmez olmayan hedefler aşırı neoliberal politikalara yön vererek kapsam dışı bırakılmıştır.<sup>41</sup> Şaşırtıcı derecede kısa bir zaman dilimi içerisinde, 'bilgi bankası' olarak bilinen uluslararası finansal kuruluşların etkili rolleri sayesinde,<sup>42</sup> Güney Afrika, ihtiyatlı malî ve ekonomik yönetişimin rol modeli olarak vitrine çıkarılmaya başladı ve böylece evrensel nitelikte ve ücretsiz altyapı sağlayan programlar giderek zindeliğini kaybetti. Onların yerini, Johannesburg'daki gecekondu yerleşkelerinde önödeme su ölçüm cihazlarının yerleştirilmesi ve Durban'da gecekondu yerleşkelerine elektrik sağlanmasının yasaklanması aldı. Dahası, Anayasa'nın kabulünden on yıldan daha az bir süre geçmişken ve onun uygulanmasına yardım etmeye hizmet eden yasal enstrümanlara rağmen, değerli kentsel alanlardaki gecekondu sakinleri, zoraki göçün 'demokratik' bir versiyonu olan tahliyelere maruz kalmaya başladılar.<sup>43</sup> Zaten şematik olan bu anlatımı kısa keserek, hükümetin ekonomik yaklaşımındaki değişim nedeniyle, 'KwaZulu-Natal Varoşların Yeniden Ortaya Çıkışının Azaltılması ve Önlenmesi Kanunu 2006' için olasılık şartları giderek ortaya çıkmaya başladı. Bu kez de, Kanun'un Giriş Kısmı'nın da gösterdiği üzere, eyalet hükümeti, gelişimci anayasası ile meşhur Cumhuriyet'in bir temsilcisi ve uygun Birleşmiş Milletler (BM) organizasyonlarının direktiflerinin

---

<sup>41</sup> Liberalizm ve YYGP'den neoliberalizmin onaylanmasına varan süreç hakkında daha ileri seviye tartışmalar için bkz. **P. Bond**, *Elit Dönüşüm: Güney Afrika'da Irk ayrımcılığından Neoliberalizme, (Elite transition: From Apartheid to Neoliberalism in South Africa)*, 2000. Bununla birlikte, YYGP'den, daha çetin neoliberal politikalara açıkça algılanabilir değişime rağmen, Richard Pithouse'un da (Marie Huchzermeyer'in Güney Afrika'daki konut politikaları üzerine önemli çalışmasına atıfla) belirttiği gibi, günümüzde etkili olan yeni ırkçı politikaları biçimlendiren 'konut uzlaşısı'nın zaten 1993 yılında gerçekleştiği dikkate alınmalıdır. Kişisel yazışma, 14 Nisan 2011.

<sup>42</sup> **P. Bond**, *Elit Dönüşüm: Güney Afrika'da Irk ayrımcılığından Neoliberalizme, (Elite transition: From Apartheid to Neoliberalism in South Africa)*, 2000.

<sup>43</sup> Bu tür yasal enstrümanlar arasında en önemlileri Konut Kanunu (1997 tarihli, No. 107) ve PIE Kanunu olarak bilinen 1998 tarihli Kanuna Aykırı Yer İşgalinde Yasadışı Tahliyelerin Önlenmesi Kanunu.

gözlemcisi olarak konuşur: gecekondu şehirler yaratmak.<sup>44</sup> Bunlar birlikte, Richard Pithouse'un da 'Varoş Kanunu'nun duyurulmasından önceki eyalet konut politikaları hakkında belirtmiş olduğu üzere, iki grup ırk ayrımcılığı dönemi kalıntısının teşhis edilmemesi neredeyse mümkün değildir:

'İlki, yoksul Afrika insanının şehirlere akışını düzenlemeye yönelik açık bir teşebbüsün olmasıdır. Uygulamada kesin bir engelleme yoktur, çünkü yeni gecekondu inşa edilmiş ve ilk etapta bir gecekondu iş bulan ya da geçimini kuran insanlar gecekondularından göç etmişler ve buraları yeni sakinlere kiralamışlardır. Ancak politikanın amacı açıkça fakir insanların şehirlere akımını sınırlamaktır. İkinci olarak, evler insanların yeniden yerleştirildikleri alanlarda inşa edilirken, çoğunlukla kolonci ve ırk ayrımcılığı dönemi kasabası yaklaşımı içerisinde, şehirlerden uzak bir biçimde inşa edilmekteydiler.'<sup>45</sup>

Gerçekten de, belediyelerin 'Varoş Kanunu'nda belirlenen rollerinden biri de, 'kentsel alanlara insanların uygunsuz şekilde akımını ve buna bağlı olarak gecekonduların gelişmesini önlemek amacıyla, yetki alanları içerisindeki kırsal alanlarda konut ve ekonomik gelişmeyi desteklemek ve teşvik etmek' idi.<sup>46</sup> Bu bölümün başında Abahlali'nin alıntılanan beyanının gösterdiği şekilde, hizmet şartlarını yasaklayan belediye politikalarında kodifiye edilmiş olan 'yeniden kırsallaştırma' diğer biçimlere de bürünmektedir, – ki bu biçimler yoksul insanları korkunç yaşam şartlarına sürerek, yaşamı sınırlayan ırkçı uygulamaları hatırlatmaktadır.

Açıkçası, Varoş Kanunu, 'herkes için daha iyi bir yaşam'a dair anayasallaştırılmış söz ile kentsel alanların yerel yönetimi arasında bir farklılığı ortaya çıkarmaktadır. Aşağıda tartışılacağı üzere, bu farklılığın yerelleştirilmesi, başlıca dolaşım alanının ötesine itilmiş

---

<sup>44</sup> Marie Huchzermeyer'in de gösterdiği üzere, bu, UN HABITAT'ın amaçlarının bütünüyle saptırılmış ve zararlı bir yorumdur. 'KwaZulu-Natal Varoşların Yeniden Ortaya Çıkışının Azaltılması ve Önlenmesi Kanunu' üzerine yorumlar, 13 Mayıs 2007, <http://abahlali.org/node/1320> (son ziyaret 10 Mart 2011).

<sup>45</sup> R. Pithouse, 'Mhlengi Khumalo Gitti', *Sunday Tribune*, Ekim 2005, <<http://abahlali.org/node/857>> (son ziyaret 10 Mart 2011).

<sup>46</sup> KwaZulu-Natal Varoşların Yeniden Ortaya Çıkışının Azaltılması ve Önlenmesi Kanunu, 2007 tarihli madde 6, s. 10.

olanların politik değişkenliği için kritik öneme sahiptir. Burada, bununla birlikte, bu durumun olasılık şarlarını, yani, daha önce vurgulanmış olan teknoloji ve güç rasyonalitelerini karşılayan yönetim konusunun görünümünü belirtmek önemlidir. Bir yandan, neoliberal kent yönetişimini, düzenleyici bir tavırla, ümit vadeden küresel şehirlerin sosyal ve ekonomik ortamına, rekabetçi kapasitelerini ve nükseden erken dönem çağdaş piyasa kasabasını polise etme tekniklerini geliştirmek amacıyla, müdahalede bulunma eğiliminde olduğunu gördük. Aynı zamanda gördük ki, sıklıkla eski araçlarına güvenmesine rağmen, çağdaş liberal yönetimsellik, polisin müdahaleci egemenliğinin karşıtı olarak tanımlanmıştır ve yöneten ile yönetilen arasında tümüyle farklı bir anlayışı gerektirir. Polis devletin mantığı, hakkın konuları üzerindeki egemen hâkimiyeti ifade ederken, onun siyasal ekonomik eleştirisi ve yönetimin amacının doğal olarak algılanan sosyal ve ekonomik işleyişi güven altına almak olarak nihâî yeniden tanımlanması nedeniyle, ekonomistler egemen nüfuz alanı boşluğunu doldururlar.<sup>47</sup>

Ekonomistler, bir devlet içinde egemenliğini sürdüren, özellikle toplum yaşamının temel unsuru olarak ortaya çıkan ve 'ekonomik gelişim' olarak adlandırılan, egemenliğin hukuksal biçiminden sessizce uzaklaştılar.<sup>48</sup> Foucault'un da gösterdiği gibi, piyasanın doğal gelişimi kazalar ve belirsizliklerle dolu olduğundan, bu değişim egemen gücün belirgin bir sınırlılığını sonuç doğurmaktadır: egemenin, ekonomik dinamiklerin nasıl oyunun dışında bırakılacağını, ve bu dinamikler yalnız kaldıklarında uyum için çabalayacaklarından, müdahalenin sadece zararlı olabileceğini tahmin etmesi mümkün değildir. Bu şekilde formüle edilmiş yönetsel nedenin kendi kendini sınırlaması, yönetimselliğin gerektirdiği konunun dönüşümü ile tamamlanır: hakkın konusunun yerini ilgilerin konusu alır. Nüfus kavramı sayesinde evrenselleştirilmiş bu konu, egemenin göz ardı edilmesini yeniden güçlendirmektedir:

'Yapmamalısınız, çünkü benim haklarım var ve siz onlara dokunmamalısınız. Bu hak insanın, *homo juridicus*'un, egemen

---

<sup>47</sup> **M. Foucault**, *Güvenlik, Bölge, Nüfus: Fransa Koleji'nde Dersler*, (Security, territory, population: Lectures at the Collège de France), 1977 - 78, 2007.

<sup>48</sup> **M. Foucault**, *Biyopolitikanın Doğuşu: Fransa Koleji'nde Dersler*, (The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France), 1978 - 79, 2008, s. 282.

olana söylediğidir (...) *Homo oeconomicus* bunu söylemez. O aynı zamanda egemene şunu der; Yapamazsınız. Fakat neden yapmamalısınız? Yapmamalısınız, çünkü yapamazsınız. (...) Yapamazsınız çünkü bilmiyorsunuz, ve bilmiyorsunuz çünkü bilemezsiniz'<sup>49</sup>

Kendisiyle bu şekilde sonuçlandırdığımız şey bir paradoks ve, Jacques Rancière'nin ileri sürdüğü üzere, sonuç olarak siyasal olanın şartlarını belirleyen değişken kapasite ve sınırlılıklar dizisidir.<sup>50</sup> Bir yandan, yönetişimin piyasa güçlerini yönetmeye indirgenmesi ile birlikte, 'ılımlı devlet'in ilan edilen iktidarsızlığına ulaşırız. 'Bu devlet, kendini bu politikaların imkânsızlığını ilan ederek kendini meşrulaştırır'.<sup>51</sup> Diğer yandan, piyasa güçlerinin zorunlulukları, 'ekonominin, toplumun, hayat biçimlerinin ve davranışların sonu gelmez hareketliliği'ni kabullenmeyi amaçlayan hukuksal eylemciliğin yaygınlaşmasını gerektirir.<sup>52</sup> Haklı olarak, sonrasında, Foucault'un iddiasından çıkarımlanan paradoksa geri dönüyoruz: insan hayatını biyolojik bir varlık olarak bu varlığın merkezine yerleştiren ve böylelikle bu varoluşun şartları için mücadele zemini sunan güç, hem hedefi hem de bu tür mücadelelerin iddia sahibini yerinden etmeye son vermektedir.<sup>53</sup> Sonuç olarak, Güney Afrika olayı bağlamında ve yönetsel neden perspektifinden, Varoş Kanunu'nun nesnelere, Anayasa'nın özneleri ile etkili bir biçimde eşdeğer değildir. Bir sonraki bölümde tartışıldığı üzere, bu eşdeğerliğin yeniden kurulması gecekondu sakinlerinin direnişinin bel kemiğidir.

### 3. 'Öyleyse, bu bilgi ışığında, hangi güç ile sağlam duracağımızı düşünüyoruz (...)'

Hiç şüphe yok ki, ırk ayrımcılığının düşüşü, Güney Afrikalıların çoğunluğu bakımından uzun süredir beklenen politik liberalleşmenin

<sup>49</sup> a.k., s. 283.

<sup>50</sup> Rancière'in mükemmel biçimde bu paradoksun karakterini açıklığa kavuşturur: 'Bu, sermayenin yönetimini içeren politikaların tam bir tanımlaması, artık demokrasi "biçimleri"nin arkasına saklanan utanç verici bir sır değildir, sayesinde hükümetlerin meşruiyetini elde ettiği gerçek açık bir şekilde ilan ediliyor. Bu meşrulaştırma sürecinde, herhangi bir kapasite gösterimi, güçsüzlük gösterimine dayanma ihtiyacı duymaktadır. J. Rancière, *Anlaşmazlık: Siyaset ve Felsefe (Dis-agreement: Politics and Philosophy)*, 1999, s. 113.

<sup>51</sup> a.k., s. 110.

<sup>52</sup> a.k., s. 107.

<sup>53</sup> M. Foucault, *Cinselliğin Tarihi (The History of Sexuality)*, Cilt I: Giriş, 1978.

sonucudur. Buna bağlı olarak, beyaz azınlık ile daha önceden baskı altına alınmış siyah insanların yaşam koşulları arasındaki inanılmaz farklılıkları hafifletmek için doğru olan, Mandela yönetimindeki ilk demokratik hükümetin düşünceleriydi. Yukarıdaki tartışmanın göstermeyi amaçladığı ve politik değişkenliğin kuvvetlenmesinin ifade ettiği üzere, Afrika Ulusal Kongresi hükümetinin desteklediği ve bir sonraki hükümet tarafından devam ettirilen ekonomik yönetim biçimi söz verdiği daha iyi bir yaşamı sağlamaktan çok uzak düşmüştür. Gerçekte, Özgürlük Bildirgesi'nde ifade edilen ve şimdi ülkenin yasal sistemine entegre edilmiş olan, aralarında kentsel yaşam tarzlarına erişimin kısıtlanmasının da yer aldığı eşitlik talepleri, başka bir açıdan yeniden ortaya çıktı ve toplumsal adaletsizliğe karşı mücadelelerin merkezine yerleştirildi. Siyasilerin biyopolitik tahliyeleri hakkındaki daha önceki tartışmalar bağlamında, bu tür mücadeleler temel önem kazandılar. Yukarıda, yargısal düzenlemelerin karşılıklı etkileşimi, yönetsel rasyonaliteler ve bu etkileşimin politik konuların ortaya çıkışını engellemek için kullanıldığı yöntemlerden bahsediyorken; bu bölüm, belirgin bir politik mücadele ve bunun aracılığı ile, politik öznelleşirmenin buna rağmen olduğu gerçeği üzerine odaklanmaktadır. Her ne kadar Abahlali baseMjondolo'nun (kelime anlamı olarak: 'gecekonduklarda yaşayan insanlar') seçkin bir kent yaşamı için verdiği mücadeleler çok kez taklit edilmiş ve çok daha fazla ayrıntılı ele alınmayı hak ediyorsa da, devam eden kısımda, ağırlıklı olarak politik öznelleşirmelerinin kritik yönlerinden biri üzerine odaklanacağım: onların hukukla, veya daha özel olarak, Anayasa ile bağlantıları.<sup>54</sup> Böylelikle, iş bulabilmek, eğitim ve tıbbi imkânlarla erişebilmek amacıyla şehirlerde yaşama konusunda umutsuzluğa düşen; 'dünya sınıfından şehir'in, yargısal-yasal alanını, kendi içindeki estetik olmayan yoksulluk görünümünden arındırmak için gösterdiği çabaya meydan okuyan yoksul insanların yöntemlerinin değişmesiyle, yasal normların hala nasıl militan siyaseti oluşturabileceğini görme imkânımız oldu. Hak konusunun ve Rancière'in hukukun olgusallaştırılması olarak refere ettiği paralel olgunun biyopolitik olarak yerinden edilmesinin perde arkasına karşı;

---

<sup>54</sup> Abahlali'nin basın açıklamalarının ve aktivistlerin ve/veya bu harekete yakın çalışan akademisyenlerin yazılarının ötesinde, aşağıdaki tartışmalar, Abahlali baseMjondolo ile iki aşamada yürütmüş olduğum alan araştırmalarına dikkat çekiyor (Nisan - Temmuz 2009 ve Eylül sonları / Ekim başları 2010).



Abahlali'nin ihtilafli siyasal hedefleri hakkındaki ilerideki tartışmalar; nasıl olup da, daha önceki mücadelelerin zaferlerinin, kolektif siyasal konuya ivme kazandıracak ve bir anlamda böylece, çağdaş kent yönetiminin güç uygulamalarına karşı koyabilecek olan haklar olarak kaleme alındıklarını göstermeyi hedeflemektedir. Sonrasında, nasıl olup da, dikkate alınan hakların onaylanması şeklinde formüle edilen yaşamın, onu kontrol etmek amacıyla iki kez üzerine katlanmış olan sisteme karşı durduğunu.<sup>55</sup>

Böyle bir araştırma için, Rancière'nin haklar yaklaşımı uygun bir çıkış noktası sağlayacaktır. Hannah Arendt'in 'İnsan Haklarının çapraşıklığı' iddiasının eleştirisine dayalı olarak,<sup>56</sup> Rancière, 'İnsan Haklarının konusu kimdir?'<sup>57</sup> sorusunun cevabını yeniden formüle etmektedir. Arendt, İnsan Hakları 'hakları olmayanların haklarıdır' şeklindeki tezinin anlamsız ya da boş laf olduğunu göstermek suretiyle<sup>58</sup> üçüncü bir olasılık sunmaktadır: 'İnsan Hakları, kendilerine ait olan haklara sahip olmayan ve kendilerine ait olmayan haklara sahip olanların haklarıdır'.<sup>59</sup> Bu şifreli ifadenin çözümlenmesi, hangi hakların iki biçiminin varlığı arasında köprü kurulması sayesinde, politik öznelleşme sürecinde yer almaktadır. Ya da, geri bir adım daha atarsak, Rancière'nin polis düzeninden farklı olarak estetik politik anlayışında (daha genel ifadesiyle radikal/yapısal sonrası politik teori: *politik*) yer almaktadır.<sup>60</sup> Rancière için *polis*, alanı ve zamanı, her birinin hissesine dayalı olarak toplumun parçaları şeklinde ortak olandan ayrı koyan bir düzendir. Bu itibarla aynı zamanda, neyin görülebilir ya da görülemez, duyulabilir ya da duyulamaz ve neyin politik olarak kabul edilecek olduğunu tanımlar. Buna karşılık, bu alan ve zamanın dağıtımının yapıldığı bir süreç olan *Politikalar*, teb'a

---

<sup>55</sup> M. Foucault, *Cinselliğin Tarihi (The History of Sexuality)*, Cilt I: Giriş, 1978, s. 145.

<sup>56</sup> H. Arendt, *Totaliterliğin Kökenleri*, 1976.

<sup>57</sup> J. Rancière, 'İnsan Haklarının Konusu Kimdir?' (Who is the Subject of the Rights of Man?), 'J. Rancière, *Dissensus: On Politics and Aesthetics*, 2010' içinde, s. 62 - 75.

<sup>58</sup> '[Arendt] durumu şu şekilde ortaya konulabilecek bir ikileme haline getirmektedir; ya vatandaşların hakları insan haklarıdır - fakat insan hakları politize olmamış kişinin haklarıdır; bunlar hakları olmayanların hiçbir anlamı olmayan haklarıdır - ya da insan hakları vatandaşların haklarıdır, şu veya bu şekilde anayasal devletin vatandaşı olma gerçeğine bağlanmış haklar. Bu durum, bu hakların anlamsız olarak kabul edilen hakları olan kişilerin hakları olduğu anlamına gelmektedir' J. Rancière, a.k., s. 302.

<sup>59</sup> a.k., s. 302.

<sup>60</sup> Bkz. J. Rancière, *Anlaşmazlık: Siyaset ve Felsefe (Dis-agreement: Politics and Philosophy)*, 1999.



fazlası ve toplumun, polis düzeni bakımından fazlalık olan ve bu nedenle duyarlı bir düzeni yeniden kurmaya yetkin olan bir kesimi tarafından altüst edilmiştir. Politikaların bu estetik yaklaşımı ile uyumlu biçimde, buna bağlı olarak, yazılı hakların gerekliliği vardı ve bu itibarla da, duyarlı düzenin bir parçasıydılar.

‘Haklar yazıtlardır, toplumun özgür ve eşit bir yazımı... Onlar sadece soyut ideal değildir, durumun peşin kabullerinden çok uzakta yer almaktadır. Aksine, sadece eşitsizlik durumuna bağlı olmayan, aynı zamanda bir görünebilirlik biçimine eşitlik veren bir yazıtı içeren peşin kabullerin biçimlenmesinin parçasıdır.’<sup>61</sup>

Böylelikle, aynı zamanda Rancière'nin *edebilik* yaklaşımı içerisinde formüle edilmiş olan eşitlik, bir maddiliğe sahiptir: o bir yerlerde vardır.<sup>62</sup> Edebilik – her konuşan varlığın eşit olduğu temel varsayımı ile ilgili bir yaklaşımdır – ‘herkese konuşma gücünü bahşeden’ sessiz mektup kavramının merkezinde yer alır.<sup>63</sup> Sonuç olarak, duyarlı bir düzenlemenin parçası kalarak, bir ‘kelime başlangıçta kendisine verilen tüm güce sahiptir’.<sup>64</sup> Böylelikle, ilki hakların varlığını biçimlendirir. İkincisi ise, haklar, onların onaylanmasına aşama kazandırılması yoluyla bu yazıt dışında bir şey yapmaya karar verenlere aittir. Bir diğer anlatımla, haklar, politik öznelleştirme olayı aracılığı ile ve bu sayede ‘insanlar’ın boş ismini doldurarak, politikalar dünyası ile polis düzeni arasında köprü kuranlara aittir: herkesin temel eşitliği ve tüm sosyal düzenin olası hiyerarşisi.<sup>65</sup>

Haklı olarak, yerel yönetimin kararına duydukları öfkenin yol açmasıyla oluşturdukları Abahlali yüzünden, demokratik Güney Afrika içinde ‘oy bankası’ olarak yer almaları ile ırk ayrımcı öncesi düzen tarafından söz verilen faydalardan hariç tutulmaları arasındaki fark yasalaşmıştır.<sup>66</sup> Onların öznelleştirilmesinin olaysallığı

---

<sup>61</sup> **J. Rancière**, ‘İnsan Haklarının Konusu Kimdir?’ (Who is the Subject of the Rights of Man?), **J. Rancière**, *Dissensus: On Politics and Aesthetics*, 2010’ içinde, s. 68.

<sup>62</sup> **J. Rancière**, *Politikaların Sahilinde*, 2007, p. 47.

<sup>63</sup> **J. Rancière**, ‘Edebiyat Politikaları?’ (The Politics of Literature) **J. Rancière**, *Dissensus: On Politics and Aesthetics*, 2010’ içinde, s. 156.

<sup>64</sup> **J. Rancière**, *Politikaların Sahilinde*, 2007, s. 47.

<sup>65</sup> **J. Rancière**, *Anlaşmazlık: Siyaset ve Felsefe (Dis-agreement: Politics and Philosophy)*, 1999.

<sup>66</sup> Abahlali, seçimlerde oy kullanmaktan çekilmek suretiyle, ‘Toprak yok, ev yok, oy da yok’ kampanyaları vasıtasıyla ‘oy bankası’ olarak görülmeyi reddetmektedir. Bkz. **N. Gibson & R. Patel**, *Demokrasinin Her Günü: Güney Afrika'nın Sessiz Darbesi' (Democracy's Everyday Death:*

tarihlerinde yansımasını bulmaktadır: bir organizasyonun ilk formüle edilmesi ve sonrasında politik hareketlilikle ilişki içerisinde olma bir yana, hareket 2005'in başlarında Durban'da, birkaç hafta önce gecekondu sakinlerine söz verilmiş olan bir arazi parçasının eThekweni Belediyesi (Metropolit Durban) tarafından bir tuğla fabrikasına satılacağına dair söylentiye tepki olarak, kendiliğinden gelişen bir yol kapama olayından doğmuştur.<sup>67</sup> Bardağı taşıran son damla görevi görerek, bu ihanet deneyimi toplumu hareketlendirdi: 'Hareket kendiliğinden gelişen bir yol kapamadan, kökten gelen öfkemiz ve hayal kırıklığımızdan büyüdü. Entelektüel bir çalışma tarafından öncülük edilmedi, ancak sonrasında hareket biçimlendi çünkü biz kendi dünyamızda olmadığımızı anladık'.<sup>68</sup> Muhakkak ki, bu belediye kararı, (7,000'in üzerindeki yerleşimcisiyle) Durban'ın en büyük düzensiz yerleşimcilerinden biri olan bu sakinlere geride kalmış hissi veren yegâne (ya da başlıca) neden değildi. Sıklıkla hatırlatıldığı üzere, seçkin bir yaşam ve özgürlük için savaşıyor insanlar olarak ihanete uğramış hissettiler – muzaffer demokratik hükümetin kendilerine söz verdiği daha iyi bir yaşam:

140

'Bu hükümet için savaştık, öldük ve oy verdik ve böylelikle ülkemizde özgür olabiliriz ve seçkin yaşamlara, evlere, işlere sahip olabiliriz – ancak bu hükümet bize, kendileri için konuşabilen ve düşünebilen bu şekilde özgürlüklerine sahip olan insanlar olarak davranmadı'.<sup>69</sup>

Neredeyse Abahlali'nin öznellesirmesinin tüm önemli yönleri bu cümlede özetlenmiştir: o kesinlikle, aktif biçimde, cahil yoksulun

---

*South Africa's Silent Coup*, Pambazuka Haberleri, 8 Ekim 2009, <<http://www.pambazuka.org/en/category/features/59322>> (son ziyaret 10 Mart 2011). 'Öyleyse biz, beş yıllık uzmanlar olarak davranılan gecekondu sakinleri, seçim uzmanlarıyız çünkü seçimler boyunca herkes bize dikkat kesiliyor, bize geliyor, bize cenneti ve yeryüzünü vaat ediyor. Herkes bize saygı gösteriyor, herkes bizi yoldaş olarak adlandırıyor. Ancak, seçimlerden sonra kimse bize aldırıyor, kimse bize eskisi gibi davranmıyor görüyorsunuz. İşte bu, bizim 'ev yoksa oy da yok' kampanyasını başlatmamızın nedenidir. Çünkü sürekli olarak her defasında oy materyali olmaktan bıktık.' Mnikelo Ndabankulu, röportaj, 29 Haziran 2009.

<sup>67</sup> Kaynak: **R. Pithouse**, 'Mhlengi Khumalo Gitti' (*Mhlengi Khumalo is Gone*), Sunday Tribune, Ekim 2005, <<http://abahlali.org/node/857>> (son ziyaret 10 Mart 2011).

<sup>68</sup> S'bu Zikode, yazarın notları, 6 Mayıs 2009.

<sup>69</sup> Abahlali baseMjondolo, 'Gecekondu Tasarılarına Karşı Koalisyon Kurulması Toplantısı' (*Meeting to Build a Coalition Against the Slums Bill*), 13 Temmuz 2007, <<http://abahlali.org/node/1708>> (son ziyaret 8 Aralık 2010).

rolünü ve gecekondu bölgelerinin gecekondu sakinlerinin politik öznelendirilmesinin doğduğu sessiz acı çekenler alanı olarak resmedilmesini reddeder. Dahası, kesin olarak, otomatik biçimde ırk ayrımcılık sonrası demokrasi içerisinde, bu düzenin temel metinlerinde yazılı olduğu şekilde özgürlük ve eşitlik sözünü yasalastıran Afrika Ulusal Kongresi'nin garanti seçmeni olarak yer almasını reddederek:

'Afrika Ulusal Kongresi içerisinde doğdum ve Abahlali'nin, 'Toprak yok. Ev yok. Oy da yok' kampanyasına karar verdiği sonucusu dışında her seçimde bu partiye oy verdim. Biz Abahlali'yi oluşturduğumuzda çoğumuz Afrika Ulusal Kongresi'nin tatmin olmamış üyeleri olarak bunu yapıyorduk. Bu, Haklar Bildirgesi ve Anayasa'da yer alan teorinin uygulaması için savaşıma ile ilgiliydi. Afrika Ulusal Kongresi seçimler için lobi yaptı ve ne zaman ki biz onlara verdikleri sözleri hatırlattık, sözlerinden alıntılar yaptık, bize kızdılar.'<sup>70</sup>

Abahlali'nin acısını güzel bir biçimde ifade etmesi ve gecekondu bölgelerinin gerektirdiği yaşam şartlarının, demokratik yönetim zorunlulukları ile uygulama arasındaki farkların ve bu bölünme sürecinin yol açtığı acı çekme biçiminde onlara yapılan hataları yerli yerine koyması sayesinde, gecekondu sakinlerinin politik öznelenmesi biçimlendi:

'Birkaç yıl boyunca oy verdik fakat hiçbir değişiklik görmedik. 2006'da Abahlali, gücümüz olduğumuzu anladı. Bizden daima 'Amandla! Awethu!' (Güç insanlara) diye bağırmanın bekledi ancak kendimizi oy vermektan geri çekmemiz Amandla'nın (Güç) biz olduğumuzu göstermenin bir yoluydu. Aslında biz, gücümüzü vermemeye karar verdik. Bunun basit bir mesajı var – politikacılara güvenmiyoruz ve kendimize güç verebiliriz – insanların yöneteceğine gerçekten inanıyoruz.'<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Mnikelo Ndabankulu, alıntı; **N. Tolsi**, 'Güney Afrikalı Seçmenler: Mnikelo Ndabankulu' (Mzansi Voters: Mnikelo Ndabankulu), Mail & Guardian, 16 Nisan 2009.

<sup>71</sup> S'bu Zikode, alıntı: **R. Pithouse**, "'Tüm Derece Düşürmelere ve Bölünmelere Direnç': S'bu Zikode ile Röportaj' ("To Resist All Degradations and Divisions": Interview with S'bu Zikode), Arabirim 1, No. 2,

<<http://interfacejournal.nuim.ie/wordpress/wp-content/uploads/2010/11/Interface-1-2-pp22-47-Zikode.pdf>> (son ziyaret 10 Mart 2011).

Abahlali'nin başkanı tarafından yukarıda ifade edilen bu zorunluluk ('İnsanlar yönetecektir!'), bilindiği üzere, 1975 yılında Kliptown'da (Johannesburg yakınlarındaki) Halk Kongresi tarafından kabul edilen Özgürlük Bildirgesinin en empatik isteklerinden biridir.<sup>72</sup> Devamlılığını, Haklar Bildirgesi'ni içermesi yoluyla Bildirge ile ilan eden Anayasa ile birlikte, bu metinler – Rancière'nin kavramsallaştırması mantığında – Abahlali'nin mücadelesinde eşitlik yazıtı olarak işlev görür. Hatırlatmak gerekirse, Rancière'ye göre 'bir kelime orijinalinde kendisine verilmiş tüm güce sahiptir',<sup>73</sup> ve Abahlali'nin mücadeleleri boyunca gösterdiği üzere, bu güç (Amandla!) uygun olmaya hazır olabilir:

Biz, şu anki Tasarı'nın (Varoş Kanunu) uygulamaya konulduğunda yapacak olduğu etkinin tam tersi etkiye sahip olacak Özgürlük Bildirgesi ve "Bölünen Yeni Zemin" politikası gibi belgelerden doğru olan ve tartışmalı olmayanları alarak uygulamaya koyabiliriz. Bu mevcut doküman ve politikaların güzel yanları, aynı zamanda bizim Anayasa'mızın güzel yanı, Abahlalizm<sup>74</sup> doludur, çünkü "bu politikalar bir ölçüde yoksulların yaşamının kalitesinin artırılması gereğini öncelik haline getirdi" (Mnikelo) – ancak uygulamaya konulmadılar. Bu yöntemde, onlara (hükümete), sürpriz olmayacak şekilde hatırlatıyoruz, çünkü bu şeyler için bize söz verdiler.<sup>75</sup>

Kısa zaman sonra göreceğimiz üzere, Abahlali'nin Varoş Kanunu'na karşı yasal mücadelesi, sözün gücünün kullanımının; yukarıda alıntılındığı biçimiyle, yani, topluluğun anlamak ve konuşmak için

---

<sup>72</sup> Irkayırıcı Güney Afrika'nın (elli bin gönüllü tarafından bir araya getirilmiş) baskı altındaki siyah ve diğer renkteki insanların 'özgürlük talepleri'ne dayalı olarak derlenmiş olan Bildirge, son zamanlarda müstakil bir yazıt halini aldı: tarihsel bir turistik alanın bir parçası olarak (çok ilginç bir şehir markalaştırması örneği) Halk Kongresi'nin orijinal yerinde inşa edildi, yazıtı Özgürlük Bildirgesi Anıtına kazındı. 'Tema Parkı'nın Gelişmesi Üzerine, bkz. **N. Klein**, *Şok Doktrini: Kapitalizmin Felaketinin Yükselişi (The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism)*, 2007, s. 213 – 215. (Her ne kadar kalınan nokta burada izlenmemişse de, Klein'in Afrika Ulusal Kongresi elitini ve özellikle de sonraki başkanı Thabo Mbeki'yi uluslararası finansal kurumların başa çıkması gereken eleştirmeyen ve yetersiz ajanı olarak tasviri dikkate değerdir. **R. Pithouse**, kişisel aktarım, 14 Nisan 2011.)

<sup>73</sup> **J. Rancière**, *Politikaların Sahilinde*, 2007, s. 47.

<sup>74</sup> "Abahlalizm", üyelerinin bazen, genellikle 'yaşayan politikalar' olarak adlandırılan, kendi politikalarını refere etme yöntemidir.

<sup>75</sup> Abahlali baseMjondolo, 'Gecekondu Tasarılarına Karşı Koalisyon Kurulması Toplantısı' (Meeting to Build a Coalition Against the Slums Bill), 13 Temmuz 2007, <<http://abahlali.org/node/1708>> (son ziyaret 8 Aralık 2010).

ortak kapasitesinin hayata geçirilmesi yoluyla, mükemmel bir örneğidir. Bununla birlikte, bu, polis düzeninin neyin görülebilir ve işitilebilir olduğunu nasıl tanımlayacağını, konuşma kapasitesinin makul şekilde dağıtımının yapılacağını söylenmesi şeklindeki, hareketin önceki yasal mücadelesi de aynı şekilde izlemeye değerdir. Abahlali'nin ilk başlardaki ve hali hazırdaki temel başarısı, çoğunu (ücretsiz adli yardımların verdiği destekle) kazandığı, belediyenin çoğunda PIE antlaşmasının içeriğini ihlal ettiği, birkaç dava sayesinde eThekwini'deki yasadışı tahliyeleri engellemesidir.<sup>76</sup> Bu zaferler şüphesiz biçimde hareketin politik etkenini yeniden güçlendirdiği ve bununla ilgili yerleşimci sayısının artışına katkı sağladığı için, burada üzerinde durulan nokta etkileşim ya da, daha doğrusu, yasal uyumsuzluğun çağdaşlığı ve politik öznelleştirme hakkındadır.<sup>77</sup> Politikalar, Rancière'nin yaklaşımıyla, bu davaların başlatılması durumunda, yani, evsizliğin eşliğindeki gecekondu sakinleri hukukî tahliyelerin yasal tanımını benimsediklerinde ve böylelikle gecekondu sakinlerinin kendi haklarının farkında olmadığı varsayımına dayalı yasadışı tahliyelerin yer aldığı yerel hükümet tarafından kurulan düzenin bozulması halinde olur.

Yasal mücadelelerin, direnişçi hareketler tarafından uygulamaya konulmasında yeni bir şey olmadığı için,<sup>78</sup> Abahlali ile yaptığım bütün röportajlarda bahsi geçen haklarının farkına varmanın rolü gerçeği, üyelerinin politik özgür kalışlarının ve (tekrarlanan) hareketin öznelleşmesinin önemini yansıtır.<sup>79</sup> Örneğin, gençlik birliği başkanı Mazwi Nzimande'nin hatırlattığı gibi:

<sup>76</sup> Yani, onların tahliyeler için geçerli bir mahkeme sistemleri yoktu ve/veya anlaşmada belirlenmiş olan zaman çerçevesi içerisinde etkilenmiş olan insanları fark etmiyorlardı ve/veya tahliye edilenler için alternatif bir yerleşim sağlamadılar. Yürütülen tahliyeler yüzünden doğan yıkım ve vahşetten ise bahsetmeye hiç gerek yok.

<sup>77</sup> Abahlali'nin yasal mücadelesi hakkında, bkz. **R. Pithouse & M. Butler**, *eThekwini'den dersler: Dışlanmışlar, Devlete Karşı Yerlerini Hem Cezai Hem de Demokratik Olarak Koruyurlar*, 2007, <<http://abahlali.org/node/984>> (son ziyaret 10 Mart 2011).

<sup>78</sup> Yoksul insan hareketleri ile ilgili olarak, bkz. **F. F. Piven & R. Cloward**, *Yoksul İnsan Hareketleri: Nasıl Başarılı Olurlar ve Neden Başarısız Olurlar?* (*Poor People's Movements: How they succeed and why they fail*), 1977.

<sup>79</sup> 'Eşitlik için mücadele, asla ne diğerleri üzerinde bir talep ne de onların üzerinde bir baskıdır, ancak sürekli biçimde aynı anda kendisine verilmiş bir kanıttır. Bu, "özgür kalışın" ne anlama geldiğidir. (**J. Rancière**, *Politikaların Sahilinde*, 2007, s. 47)

‘Öyleyse, bizi tehdit etmek için ikinci defa geldiklerinde onlar için çok geç olacak çünkü biz bu hayırı tanıdık, onlar bizi böyle kısa bir süre öncesinden uyarı ile tahliye edemezlerdi ve sonrasında da dönmediler. (...) Ancak onlar, öncekinin aksine, bu insanların, sizin bildiğiniz şeyleri bildiklerini bildikleri için gelmediler. Onlar hiç bir şey söylemeden önce, biz sadece onu yapmalıyız, ancak şimdi, biz aynı zamanda haklarımız olduğunu da biliyoruz!’<sup>80</sup>

Dahası, Abahlali'nin yasal mücadelesi, bilginin varsayılan eşitsiz dağıtımı ile demokratik Güney Afrika'nın olağanüstü eşitsiz sosyal düzenini karakterize eden her konuşan varlığın eşitliği arasındaki çelişkiyi vurgular. Bu çelişkinin farkında olarak, Abahlali baseMjondolo'nun temel hedeflerinden biri ‘insanları, haklarını bilmeleri için cesaretlendirmektir’. Bu bölümün başlığında belirtildiği üzere: ‘güç olan bu bilgi ile, dayanıklı olacağız (...)’.<sup>81</sup>

Gerçekte, Abahlali'nin ‘Varoş Kanunu’na karşı davalarındaki Anayasa Mahkemesi zaferi, hareketi onun tam gücünde göstermiştir. ‘Gecekonduan Anayasa Mahkemesi’ne’ uzun yolculukları kesinlikle ‘dinlenilmek için bir zorunluluğu’ hareketlendirdi.<sup>82</sup> Yine, davanın tarih öncesi, bu zorunluluğun bozduğu düzeni yansıtıyor. Her ne kadar, eThekwin Belediyesi, ‘Varoş Tasarısı’nın yasalaşmasını düzgün biçimde duyurma konusunda başarısız olmuşsa da daha sonra, katılımcı yasalaştırmanın şekli gereklerini yerine getirmek için, etkilenen alanlarda, Kamu Katılım Uygulamaları olarak adlandırılan uygulamalarda aşama kaydetti.<sup>83</sup> Bir uygulama raporunun açıkladığı gibi, Tasarı’nın bir özeti okunduktan sonra, eyalet yasama temsilcileri halktan sorular aldılar. Ancak, yerleşkelerdeki hizmetler ve konut durumu hakkında sorgulamalarla yüzleşmeleriyle, bir süre sonra yakınmaya başladılar: sorular tartışılmakta olan Tasarı hakkında değildi ve

---

<sup>80</sup> Mazwi Nzimande, röportaj, 8 Temmuz 2009.

<sup>81</sup> S’bu Zikode, röportaj, 2 Temmuz 2009.

<sup>82</sup> J. Ranci ere, *Politikaların Sahilinde*, 2007, s. 86.

<sup>83</sup> Pithouse’un hatırlattığı gibi, ‘(...) bu “kamu katılımı” uygulamasında, kocaman ve yegâne militarize polis varlığı söz konusuydu – yerleşkelerin üzerinde alçak uçuş yapan helikopterler v.s. Atmosfer, çok tehditkardı ve imaan de olsa açıkça devlet şiddeti tehdidi varmışçasına bir durum söz konusuydu’. Kişisel aktarım, 14 Nisan 2011.

'Tasarı'nın yorum yapmaya niyet ettikleri hangi kısmı olduğunu ilk olarak belirtmedikçe hiç kimsenin mikrofona konuşamayacağı şeklinde bir kural uyguladılar. Daha sonraki konuşmacılar ilk olarak Tasarı'nın bir kısmını belirtmediklerinden, onlardan daha fazla yorum yapmaktan kaçınmaları ve koltuklarına oturmaları istendi.'<sup>84</sup>

Gecekondu sakinlerini susturmak için bu tür teşebbüsler reddederek, Abahlali'nin 'Varoş Tasarısı Eleminasyon Görev Grubu' olarak formüle ettiği uygulamayı müteakiben, önerilen tasarının ortaklaşa okunmasını organize etti ve yorum yapmak isteyen herkesi bir sonraki halk toplantısına davet etti.<sup>85</sup> Bir kez daha, (yasal) bilginin duyarlı dağıtımı ve düzgün konuşma bozulmuştu:

KwaZulu-Natal (KZN) Başkanı, açıkça, Tasarı'sını okumamış cahiller olduğumuzu söyleyerek bizi eleştirdi – tamam, akıntıyı tersine çevirecek ve eğer tasarı kanunlaşırsa mahkemede karşılaştığımızda ona göstereceğiz. Eğer mücadelemiz mahkemeye gelirse, mahkemeyi doldurmak için yığınlarımızı mobilize edecek ve onların 'kaos' olarak adlandırdığı, ancak aslında disipline demokratik halk gücü olan şeyi yaratacağız.'<sup>86</sup>

Anayasa Mahkemesi'ni ele aldığımızda, insanların demokratik gücünü kullanarak "Varoş Kanunu"nu geçersiz kılmada başarılı olmuş ve böylece, ülke çapında gecekonduların şiddetli bir biçimde yok edilmesine yönelik yasaştırmaların önüne geçmiştir. Eğer yukarıdaki yorum doğru ise, sadece daha önceki yasal direniş davaları boyunca

<sup>84</sup> **K. Chance**, 'Varoş Tasarısı'nın Yeniden Ortaya Çıkışının Eliminasyonu ve Durdurulması İçin Kamu Katılım Uygulamaları Üzerine Rapor' (Report on Public Participation Exercises For: "The Elimination and Prevention of Re-emergence of Slums Bill"), 4 Mayıs 2007, <<http://abahlali.org/node/2036>> (son ziyaret: 10 Mart 2011)

<sup>85</sup> 'Bu, satır satır okuma ve tartışma formundan alınmıştı. Herkesin katılımı ciddiye alındı. İkinci adım Tasarı'ya karşı olan herkesin bir toplantıya çağırılmasıydı'. Abahlali baseMjondolo, 'Varoş Tasarısı'na Muhalefet İçin Yasal & Politik Stratejileri Tartışma Toplantısı', 11 Temmuz 2007, <<http://abahlali.org/node/1700>> (son ziyaret 10 Mart 2011). Kaynak: Rancière'nin Paris'teki 1986 öğrenci grevi üzerine: 'Önerilen yasamanın kopyaları yoğun biçimde tek parça halinde üniversitelerde dağıtıldı (...) hükümet kademeleri ve çoğunlukta tüm dağınmıklığa yol açan bazı şeyler mevcuttu: öğrenciler kanunu değerlendirdi ve onun kötü bir kanun olduğunu duyurdu'. **J. Rancière**, *Politikaların Sahilinde*, 2007, s. 57.

<sup>86</sup> Abahlali baseMjondolo, 'Gecekondu Tasarılarına Karşı Koalisyon Kurulması Toplantısı' (Meeting to Build a Coalition Against the Slums Bill), 13 Temmuz 2007, <<http://abahlali.org/node/1708>> (son ziyaret 8 Aralık 2010). Abahlali baseMjondolo, 'Meeting to Build a Coalition Against the Slums Bill', 13 July 2007, <<http://abahlali.org/node/1708>> (last visited 8 December 2010; emphasis added).



ve tabii Anayasa mahkemesindeki dava boyunca da, Abahlali, kendilerine Anayasa tarafından garanti edilen eşitliği kurallandırdı. Yani, yoksulların en yoksulunun şehirlere erişimini engellemeyi yasal hale getirmeyi hedefleyen kanuna karşı savaşlarında, onlar hakkın konusunu inşa ettiler. Bu yolla, doğru şekilde, politikaların, ortaya çıkabilecek olan aradaki farkın, kanunun eşitlemesi ve neoliberal kent yönetişiminin ifade ettiği gerçek tarafından giderek yok edileceğini ispat ettiler.<sup>87</sup>

## SONUÇ

Bu çalışmanın sınırlarına yaklaşmakla, görülüyor ki, daha önceki tartışmalardan, cevaplanması gereken daha fazla soru ortaya çıkıyor. Kentsel yoksulluğun yönetiminde şiddetin rolü – sadece Abahlali'ye yapılan son saldırıda değil, daha önceki yasadışı tahliye uygulamalarında da etkili olan – üzerinde durulacak en önemli problemler arasındadır.<sup>88</sup> Dahası, 'Varoş Kanunu' davası açıklığa kavuşturulmamış sorularla dolu olsa bile: gecekondu sakinlerinin politik öznelenmelerini süresince kabullendikleri eşitlik kelimelerinin ötesinde, eşitsizlik sözüne: evlerini gecekondu olarak ifade eden yasal normlara ve politikalara ya da 'düzensiz yerleşim' teriminin ima ettiği geçiciliğe duyarlılar ve buna karşı duruyorlar. Bu tür tutarsız uygulamalarla, Abahlali, kentin ima ettiğinin yönetsel yeniden

---

<sup>87</sup> Her ne kadar, böylesi bir iyimserlikle sonuca varmak rahatlatıcı olacaksa da ve her ne kadar hareketin zaferlerinin çoğu devam etmekte ise de, Anayasa Mahkemesi'nin kararının duyurulmasından iki hafta öncesinde, 26 Eylül 2009'da, Kenedi Yolu yerleşimi – hareketin başladığı noktadan ve ulusal ofisinin bulunduğu yerde –yerel Afrika Ulusal Kongresi tarafından desteklendiği iddia edilen silahlı askerler tarafından şiddetli biçimde saldırıya uğradı. İki insanın öldürüldüğü saldırının ardından, (ölümle tehdit edilen) hareketin liderleri saklandılar ve organizasyon çalışmalarını gizli olarak yapmaya zorlandı. Her ne kadar, Mart 2010'da halka açık aktivitelere devam ettilerse de, Abahlali baseMjondolo'nun engelleyici kapasitesi üzerindeki bu şokun etkileri görülmeye devam ediyor. Daha ümit verici bir uyarı ile, kararın tarafsızlığı ile değil, '(...) Devlet artık yok etmek hakkında aynı biçimde konuşmuyor ve şehirlerdeki 400.000 gecekonduyu eve dönüştürmeye söz verdi.' **R. Pithouse**, kişisel aktarım, 14 Nisan 2011.

<sup>88</sup> Gauteng ve Durban'da kent yoksulluğunun yönetilmesinde/baskılanmasında şiddetin rolü üzerine, karşılaştırmalı olarak, bkz. **J. Sacks**, 'Mayıs 2010'da eTswatwa'da (Gauteng) ve Yerleşimle İlişkili Diğer Topraksız Halk Hareketlerinde Politik olarak Yönlendirilen Şiddet Üzerine Soruşturma' (Investigation into Politically Motivated Violence in eTswatwa (Gauteng) and other Landless People's Movement Affiliated Settlements during May 2010), <<http://abahlali.org/node/7148>> (son ziyaret 10 Mart 2011) ve **K. Chance**, 'Şiddet İş: Kennedy Yolu'ndaki Silahlı Saldırıların Zaman Çizelgesi' (The Work of Violence: A Timeline of Armed Attacks at Kennedy Road), KwaZulu-Natal Üniversitesi, 2010 Gelişme Okulu Araştırma Çalışmaları Raporu, No. 83, <http://abahlali.org/node/7265> (son ziyaret 10 Mart 2011).



tanımlanması olan bir tür yaşamı sorunsallaştırıyor. Kent, gittikçe ve küresel biçimde (biyo)politik mücadelelerin merkezinde yer aldığı için bu problematiği hedeflemek önemlidir.

Bu yöndeki küçük bir adım olarak, bu çalışma, ipucunu, şehirlere erişim için mücadelenin dünya çapında artırılmasından alarak, bir yandan, küresel neoliberalizmin çağdaş kent yönetimselliğinin yargısal-yasal teknikleri üzerindeki etkisini değerlendirmeyi, diğer yandan bu tür tekniklere karşı koyabilecek yöntemlerin düşünülmesini hedeflemiştir. Rekabetin önde gelişini destekleyerek, neoliberalizmin hâkimiyeti, temel etkisini şehirler ve bunların ev sahipliği yaptığı yaşamlar üzerinde göstermiştir. En önemlisi de – en azından kent yoksullarının harekete geçirilmesi açısından – evrensel hizmet sağlanması şartı düşüncesinin reddi ve maliyetler ile ücretlerin dağıtımının eşitlenmesi sayesinde, kentsel altyapının yönetimi üzerindeki etkisi ele alındığında, temel hizmetlere erişimi parçalara ayırarak, böylelikle sonuçta biyopolitik terk edilmiş alanları üreterek, rekabetin önde gelişi önemli ölçüde sonlandı. Dahası, uluslararası geçişli sermayenin artan mobilitesinin şehirleri içine sürüklediği küresel rekabet, malların sonsuz dolaşımına katılmaya muktedir olamayacakları kabul edilenlerin elemine edilmesini ifade eden büyük çaplı güzelleştirme projelerini artırdı. Yukarıda tartışıldığı üzere, bu eğilimler, adli tekniklerin kullanılmasının karakteristik yöntemlerinde kendini gösterir. Önemli biçimde, neoliberal yönetimselliğin müdahaleci düzenlemelerle uyumu, Batı'nın erken dönem modern polis devletini karakterize eden teknolojilerin kısmî dönüşünü sonuç vermektedir. Dahası, uygulamada adli egemenliği dışarı atan ve ekonomi yönetimini yönetsel aktivitenin merkezine yerleştiren yönetsel gerekçenin liberal biçimde kendini sınırlaması ile, hukuk giderek sosyal ve ekonomik gelişmeye adapte ediliyor ve onları yansıtıyor. Bir araya getirdiğimizde, bu eğilimler Rancière'nin hukukun olgusallaştırılması olarak refere ettiği olguya – hukuksal yazılarla sosyal gerçekler arasındaki farklılığı yok etmesiyle, büyük oranda politik öznelleşmenin meydana gelişini engelleyen bir olgu – yol açar.

Ancak, her ne kadar ‘politikalar, kendi spesifikliklerinde, nadir iseler de’, bütünüyle imkânsız değıllerdir.<sup>89</sup> Ve haklar, sessiz mektuplar kadar yazımları mantıklı düzenin parçası olduklarında güçleri kabullenilebilir, potansiyel olarak politik konuları inşa edicidirler. Aslında, Güney Afrika gecekondu sakinlerinin mobilitesi ilgi konularını ispatlar ve nihayetinde sadece yönetimsel nedene sınırlama olamaz. Elbette, ‘Bazı yeni politikaların, neşeli birliktelik dairesini ve insanlığın inkârını nasıl olup da parçalayabildiğı, şu an için, nadiren öngörülebilir ya da karar verilebilirdir’.<sup>90</sup> Buna bağılı olarak, Abahlali ve onun ülke çapındaki müttefiklerinin, Güney Afrika’nın temel belgelerinde yazıldığı şekilde seçkin bir yaşam için verilen sözleri yeniden canlandırmayı başarıp başaramayacaklarını, veya katıksız şiddetin ve onun sonuçlarının kurbanı olup olmayacaklarını, şu anda, tahmin etmek zor. Bu, bununla birlikte, biyopolitiğin sıklıkla ölümcül ve daima depolitize edici uygulamalarının soruşturulmasının zorunluluğunu azaltmaz – tam tersine artırır.

---

<sup>89</sup> J. Rancière, *Anlaşmazlık: Siyaset ve Felsefe (Dis-agreement: Politics and Philosophy)*, 1999, s. 139.

<sup>90</sup> a.k., s. 139 – 140.

# ANAYASAL REFORM KANUNU 2005 – YARGI BAĞIMSIZLIĞINI KORUMANIN İNGİLİZ YOLU\*

Prof. Dr. Diana WOODHOUSE\*\*

Çeviren: Arş. Gör. Serkan YOLCU\*\*\*

**Anahtar Kelimeler:** Birleşik Krallıkta yargı bağımsızlığı - *Lord Chancellor*'ın rolü - Anayasal Reform Kanunu 2005 - kurumsal özerkliğin yokluğu - yargı bağımsızlığını korumak - yargının hesap sorulabilirliği.

## Giriş

Yargı bağımsızlığı geleneksel olarak, İngiltere'nin anayasal düzenlemelerinin temel bir özelliği ve hukuk devletinin önemli bir niteliği olarak tanımlanmaktadır; yargı bağımsızlığı bu kurumların ve yapıların üzerine oturduğu temel dayanaklardan biridir.<sup>1</sup> Öte yandan, bu kavram 2005 Anayasal Reform Kanunu [bundan sonra ARK olarak anılacaktır Ç.N.] kabul edilene kadar direkt kanuni bir tanıma nail olmamıştır.<sup>2</sup> Bu durumun açıklaması kısmen, yargı bağımsızlığının diğer anayasal ilkelerle birlikte hüküm altına alındığı yazılı bir anayasanın yokluğunda, kısmen parlamentonun egemen olduğu bir anayasal sistemde hâkimlerin oynadığı sınırlı rolde ve kısmen de bu kavramı çevreleyen –ki koruyucu bariyer olarak davranmıştır– gizemde yatar. Bu nedenle, örneğin hâkimlik teminatı ve mesleki ödenek ile ilgili olarak yargı bağımsızlığının önemini dolaylı yoldan tanıyan yasama tasarrufları mevcut iken<sup>3</sup>, yargı bağımsızlığının sağlanması genel olarak teamüllere, geleneksel kavrayışlara ve

\*\* Oxford Brookes Üniversitesi hukuk profesörü ve eski rektör yardımcısı.

\*\*\* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (E.C.S. Wade ed., MacMillan 1959); Joseph Raz, *The Politics of the Rule of Law*, in JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS (Clarendon Press 1994); TREVOR R.S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (Oxford Univ. Press 2001).

<sup>2</sup> Justice (Northern Ireland) Act 2002, Bölüm 26, § 1'de şu şekilde doğrudan bir tanım vardır: "Adli idareye ilişkin sorumlulukları olanlar süregelen yargı bağımsızlığını korumak zorundadır".

<sup>3</sup> Act of Settlement, 1701, 12 & 13 Will. 3, c. 2 (U.K.); Courts Act, 1971, c. 23 (Eng.); Supreme Court Act, 1981, c. 54, §§ 11(3) & 12 (Eng.).

yürütmeye ve gerektiği zaman ve halde yargıya ait sorumlulukların kombinasyonunun onu yargı bağımsızlığının ideal koruyucusu kıldığı kabul edilen *Lord Chancellor*'a dayandırılmaktadır.<sup>4</sup>

## 1. Lord Chancellor'ın Rolü

Yirminci yüzyılın son on yılındaki bazı gelişmeler, *Lord Chancellor*'ın yargı bağımsızlığını korumadaki etkinliği ve daha genel olarak bu bağımsızlığı güvence altına almak için nelerin gerekli olduğu hakkında birtakım sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler arasında dikkate değer olanlar şunlardır: yargısal denetimin yayılması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 1998 İnsan Hakları Kanunu ile birlikte Birleşik Krallık hukukunun bir parçası haline gelmesi ve evrensel haklar müzakeresinin gelişmesi. Bu etmenler yargıçların siyasi arenada üstlendikleri rolü çoğaltmış, hukuk ve siyaset arasındaki sınırı daha bulanık hale getirmiş, modern bir parlamenter demokraside yargının işlevi hakkındaki tartışmayı diriltmiş ve kamuoyunda yargı erki ve devletin diğer erkleri arasında tansiyona yol açmıştır. AİHS m.6/1 ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin bu madde hakkında ortaya koyduğu içtihat, yargıçların yalnızca bağımsız olmasını değil fakat böyle görülmesi gerektiğine ve böylelikle en yüksek mahkeme olan parlamentonun yüksek kanadındaki Lordlar Kamarası Temyiz Komitesinin kendine özgü konumuna dikkatleri çekmiştir.<sup>5</sup>

AİHS m.6/1 *Lord Chancellor*'ın yargıya ve yürütmeye ilişkin olarak birlikte icra ettiği süregelen sorumlulukları üzerinde daha da şüphe uyandırmıştır. *Lord Chancellor*'a ait bu sorumluluklar çeşitli işlevleri içermekteydi: Kabindeki bir bakan olmak; devlet idaresinin mahkemeler ve yargıya ilişkin atamalardan sorumlu biriminin başındaki kişi olmak; görev aldığı bir yargıç olarak Lordlar Kamarası Temyiz Komitesi ve Özel Konsey Yargısal Komitesine

<sup>4</sup> *Lord Chancellor*'ın rolü konusunda bir tartışma için bkz. DIANA WOODHOUSE, THE OFFICE OF LORD CHANCELLOR (Hart 2001).

<sup>5</sup> Madde 6/1 bağımsız bir mahkeme tarafından adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. AİHM tarafından bu mahkemenin sadece görünürde bağımsız olması değil aynı zamanda fiilen gerçekten bağımsız olması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır: bkz. McGonnell v. U.K., [2000] AİHM 28488/95. Bu şart yasama ve yargı fonksiyonlarının birbirine karıştığı durumda zorunlu olmayabilir: Procola v. Luxembourg, [1995] AİHM -27/1994.

başkanlık etmek; yargının ve yargı bağımsızlığının başındaki idareci olmak ve Lordlar Kamarasının yasama fonksiyonuna başkanlık etmek. Yirminci yüzyılın çoğunluğunda bu farklı görevlerin birbirine karışmış (iç içe geçmiş) olması çelişkili bir durum olarak görülmemiştir çünkü kısmen de olsa yargısal işlevlerin diğerlerinden önde geldiği, onlara hükmettiği görülmüştür. Bununla birlikte, şurası apaçık bellidir ki son birkaç on yıl süresince sadece *Lord Chancellor*'ın yürütmeye ilişkin sorumlulukları önemli ölçüde artmakla kalmamış, aynı zamanda bu makamın önemi yargısal olmaktan uzaklaşıp siyasi alana doğru yer değiştirmiştir. Keza bu, 1997'den 2003 yılına kadar *Lord Chancellor*lık yapmış olan Lord Irvine'ın hükümette merkezi bir rol üstlenmesi dolayısıyla, *Lord Chancellor*ların yargıçlık işlevinin AİHS m.6/1 kapsamında hukuka uygunluğu ve yargı bağımsızlığını koruma sorumluluklarının anayasallığı ve etkililiği hakkında sorunlar ortaya çıkması ile onaylanmıştır.

Hükümetin istişare raporuna göre “yargı ve devletin diğer erkleri arasındaki ilişkiyi yeniden belirlemek ve bu ilişkiyi modern bir seviyeye yerleştirmek”<sup>6</sup> amacıyla olan ARK, bu gelişmelere kısmen bir cevap niteliğindedir. Bu Kanun, Lordlar Kamarası Temyiz Komitesinin ve Galler, K.İrlanda ve İskoçya parlamentolarına devredilmiş yetkilere ilişkin olarak da Özel Konseyin yargı yetkisini kendi üzerine alan bir Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kuruyor ve en yüksek yargıçlar konumunda olan Lordlar Kamarası yargıçlarının [*Law Lords*=Hukuk Lordları] Lordlar Kamarasının yasama meclisinde yer alma hakkını ortadan kaldırıyor. Aynı zamanda kanun *Lord Chancellor* makamını yeniden düzenlemektedir. Bundan böyle *Lord Chancellor* artık yargıçlık görevi ifa etmeyecek ya da yargı erkinin başındaki kişi olma rolünü üstlenmeyecektir; zira bu sorumluluk bunda sonra *Lord Chief Justice*'a geçmektedir. Yargısal Atamalar Komisyonunun kurulması *Lord Chancellor*'ın rolünü komisyonun tavsiye kararlarını kabul veya istisnaen reddetmesiyle sınırlamakta, buna ilaveten *Lord Chancellor*'ın bir hükümet birimini idare etmekle alakalı görevlerini, her ne kadar biri yargı ve mahkemelerin

---

<sup>6</sup> DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, CONSTITUTIONAL REFORM: A SUPREME COURT FOR THE UNITED KINGDOM, July 2003, CP11/03, paragraf 1.

sorumluluğunu içerse de, yürütmeye veya siyasi işlevleriyle sınırlamaktadır. Bunu yanında Kanun, *Lord Chancellor*'ın hukukçu olması zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ve sadece Lordlar Kamarası üyelerinin değil, Avam Kamarasında yer alan ve hesap sorulabilir olan politikacıların da *Lord Chancellor* seçilebilmesine olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla *Lord Chancellor*lık makamının önemi, yargısal sorumluluklardan ziyade daha çok siyasi sorumluluklara doğru kaymaktadır.

ARK hükümetteki bütün bakanlara yargı bağımsızlığını sağlamada genel bir sorumluluk yüklemekle birlikte, *Lord Chancellor*'ın yargı bağımsızlığını korumak konusunda özel bir yükümlülüğünü tesis etmektedir. Kanunun birinci maddesi “hâlihazırdaki yargı bağımsızlığının garanti altına alınmasını” düzenlemektedir. Birinci maddeye göre:

(1) Tacin Bakanları ve yargıyla veyahut adli idare ile alakalı konularda sorumluluğu olan herkes süregelen yargı bağımsızlığını muhafaza etmek zorundadır.

152 (2) Aşağıdaki özel görevler bu bağımsızlığı korumak amacıyla koyulmuştur.

(3) Tacin Bakanları herhangi bir özel yol ile bir yargı organının kararını etkilemeye çalışmamalıdır.

(4) *Lord Chancellor*,

a. yargı bağımsızlığını korumak için gerekenleri,

b. yargı organının işlevini sürdürebilmesi için gereken desteğe yönelik ihtiyacını,

c. yargıyla ya da adli idareyle alakalı konularda kamu yararının bu konuları etkileyebilecek kararlarda düzgün temsil edilmesi ihtiyacını göz önünde tutmalıdır.

Bu hüküm çeşitli ilginç soruları akla getirmektedir, şöyle ki: *Lord Chancellor*'ın tam olarak neyi koruması gerekmektedir? Bu sorunun açık cevabı kanunun 1. maddesinde belirtildiği üzere “yargı bağımsızlığı”dır. Ancak bu hükme ilişkin cevabı belli olmayan sorular da vardır: Bu ifade, yargı bağımsızlığı, ne anlama gelmektedir? *Lord Chancellor*'ın yargı bağımsızlığını hangi

baskılardan koruması gerekmektedir? Bunu nasıl gerçekleştirmesi beklenmektedir? Bu kanuni sorumluluğu bakanlara ve özel olarak *Lord Chancellor*'a vermek yargı bağımsızlığını korumak için etkili bir yol mudur yoksa diğer başka yollar da var mıdır?

## 2. Yargı Bağımsızlığının Anlamı ve Şartları

Modern demokratik toplumların çoğunda yargı bağımsızlığı ihtiyacı anayasayla kabul edilmiş olma eğilimindedir ve yargı bağımsızlığı terimi, sanki bu terimin anlamı ve şartları hakkında bir uzlaşma varmış gibi kullanılır. Çoğunluğun üzerinde uzlaştığı görüşe göre yargı bağımsızlığının amacı yargıçların şu iki fonksiyonlarını yerine getirebilmelerinin sağlanmasıdır: (a) vatandaşları iktidarın keyfi güç kullanımına karşı korumak ve (b) bireylerin birbirleriyle ve devlet ile aralarındaki uyuşmazlıkları tarafsızca çözümlenmek. Buna rağmen vurgulamada gene de farklılıklar vardır. Yargıçların anayasallık denetimi görevini üstlendiği ülkelerde, yargı bağımsızlığının birincil önemi hükümetin yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun sağlanmasında yatabilir. Birleşik Krallıkta ise mahkemelerin işlevsel bağımsızlığı; hukuk devletini muhafaza etmek, daha yakın zamanlara gelindiğinde insan haklarını korumak ve “şartlar ne olursa olsun yargıcın çözmesi için önüne gelen her davada tarafsızlığını koruması”<sup>7</sup> noktalarında odaklanmaktadır. Herhangi bir belirli bakış açısına bakmaksızın; yargı bağımsızlığı yargıçların kendileri için bir ayrıcalık olarak üzerinde hak iddia edebilecekleri bir şey değildir<sup>8</sup>; daha ziyade yargı bağımsızlığı “toplumun ve bireyin bir hakkı ve yargı erki ve yargıçların ise bir görevidir.”<sup>9</sup> Böylesi bir yargı bağımsızlığı, bireylerin davalardaki menfaatlerine hizmet etmenin yanında, kamuoyunun adalet sistemi ve devlet yönetimine duyduğu güveni sürdürmek gibi daha büyük bir amaca da hizmet etmektedir. Bu nedenle yargı bağımsızlığının kendisi bizatihi bir amaç olmaktan ziyade, anayasal değeri ile birlikte çeşitli amaçlar uğruna bir vasıta olarak görülebilir.

---

<sup>7</sup> Lord Hope of Craighead, *Judicial Independence*, [2002] S.L.T. 105.

<sup>8</sup> JUDGES COUNCIL FOR ENGLAND AND WALES, GUIDE TO JUDICIAL CONDUCT, 2004, paragraf 2.1.

<sup>9</sup> Mrs. Justice Susan Denham, Justice Supreme Court of Ireland, *The Diamond in a Democracy: An Independent, Accountable Judiciary*, 5 THE JUD. REV. 31 (2001); ayrıca bkz. Chief Justice Gleeson, *Public Confidence in the Judiciary*, 14.7 JUD. OFFICERS' BULL. 50 (2002).

Bundan şu ortaya çıkmaktadır ki, yargı bağımsızlığının anlamı ve koşulları uygulandığı yer ve zamana göre değişecektir.<sup>10</sup> Büyük farklılıklar, yargının genel durumundaki değişmelere bağlı olarak belirecektir. Örneğin, yargıcın bir davayı çözümlendiği ve içtihadı uygun olarak hukuku uyguladığı bir ilk derece mahkemesi ile yeni Yüksek Mahkemenin yapacağı şekilde yargıcın kamu düzenine ilişkin sorunları çözümlendiği ve bağlayıcı içtihat yarattığı bir yüksek temyiz mahkemesi arasında olduğu gibi. Aynı zamanda hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında da farklılıklar vardır, zira ceza mahkemelerinin en yüksek derecede yargı bağımsızlığı ile donatılmış olduğu kabul edilir. Öte yandan yargı bağımsızlığının anlamı, yaygın olan hukuk kültürüne göre de değişecektir. Herkesin altına imzasını atacağı bir ideal model olmadığı için, “yargı bağımsızlığının belirli bir ülkede belirli bir zaman diliminde ne anlama geldiğini belirlemek onun işlediği tarihi ve siyasi kapsam üzerinde dikkatle durulmasını gerektirir.”<sup>11</sup>

Günümüzde Birleşik Krallıktaki durum elli yıl öncesindekinden çok farklıdır ve ARK ile daha da değiştirilmiştir. Kanunun metni hakkında ortaya konulan tartışma, yargıçların rolü ve devletin diğer erkleri ile olan ilişkilerine ilişkin bir uzlaşmanın eksik olduğunu göstermektedir ki bunlar ne kadar ve ne çeşit bir yargı bağımsızlığına ihtiyaç olduğuna karar veren ve yargı bağımsızlığının korunması için uygun olan mekanizmaları bilgilendiren etkenlerdir. Bu geçmişine karşın, herhangi bir diğer anayasal veya yasal düzenlemede de olmadığı gibi, ARK'nın yargı bağımsızlığının bir tanımını içermemesi şaşırtıcı değildir. Kanunun politikacıların yargıçların belli kararlarına müdahale etmekten veya onları (nüfuzları ile) etkilemekten korumaya çalışan 1. maddesine göre, hüküm veren bir yargıcın sahip olduğu bağımsızlığın seviyesi apaçık belli olmamasına ve bu yüzden de yoruma ve tartışmaya açık olmasına rağmen -ki bu durum hiç şaşırtıcı

---

<sup>10</sup> Tartışma için bkz. JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD (Peter H. Russell & David M. O'Brien eds., Univ. Va. Press 2001); JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH (Stephen B. Burbank & Bruce Friedman eds., Sage 2002).

<sup>11</sup> John Bell, *Judicial Cultures and Judicial Independence*, 4 CAMBRIDGE Y.B. EUR. LEGAL STUD. 47, 60 (2001).



değildir- bu koruma aslında bir davayı görmekte olan yargıca yüklenmiştir.

Şurası açıktır ki ARK, yargı bağımsızlığının kurumsal özerkliğe ihtiyacı olduğu görüşünü desteklememektedir. Yeni Yüksek Mahkeme, İngiltere ve Galler'deki diğer bütün mahkemeler gibi, hem mali kaynağı açısından hem de insan kaynakları, malvarlığı yönetimi ve bilgi teknolojilerini de içeren bütün idari destek ve hizmetler açısından Anayasal İşler Bakanlığına bağlıdır\*. Bu durum, -her ne kadar bütçe açısından hükümete bağlı olsa da- kendi idaresine sahip ve bu (bir önceki paragrafta sayılan Ç.N.) fonksiyonları kendisi yürüten Avustralya Yüksek Mahkemesi örneği ile çelişmektedir.<sup>12</sup> Bu yüzden tahsis edilen kaynakların sınırları kapsamında Avustralya Yüksek Mahkemesi, Birleşik Krallık'ın yeni Yüksek Mahkemesinin amaçladığından daha fazla özerkliğe sahiptir. ARK adli yönetime ilişkin işlerde yeterli bütçe ve hukuki müzakereye ihtiyacını hüküm altına almaktadır ve yeni olarak, bu konulardaki hukuki endişelerin *Lord Chief Justice* tarafından Parlamente'ye rapor edilmesini sağlamaktadır; bununla birlikte ARK'nın sunduğu yargı bağımsızlığı modeli, özellikle Avustralya örneğinde olduğu gibi diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında daha sınırlıdır.

### 3. Yargı Bağımsızlığını Korumak

ARK, nelerin yargı bağımsızlığına bir tehdit oluşturduğu ya da böylesi bir tehdiye karşı nasıl bir savunma yapılacağı hakkında da sessiz kalmaktadır. Yargıçları, en belirgin olarak atanmaya, görev süresine ve ücrete ilişkin hükümlere yönelik potansiyel tehlikeli baskılardan korumak amacıyla genel olarak kabul edilmiş çeşitli tedbirler vardır<sup>13</sup>

\* Bu makale yayınlandıktan sonra 2007 yılında İngiltere'de Anayasal İşler Bakanlığı kaldırılmış ve onun yerine "Adalet Bakanlığı (*Ministry of Justice*)" kurulmuştur. Dolayısıyla Anayasal İşler Bakanlığı sadece 2003-2007 yılları arasında var olmuştur. Bu nedenle bu makalede Anayasal İşler Bakanlığına ve bu bakanlığın başındaki bakana (Anayasa İşleri Bakanı=*Secretary of State for Constitutional Affairs*) yapılan atıflar günümüzde Adalet Bakanlığı ve Adalet Bakanı (*Secretary of State for Justice*) için geçerlidir.

<sup>12</sup> High Court of Australia Act, 1979, c. 137, § 17.

<sup>13</sup> Ayrıntılar için bkz. Shimon Shetreet, *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, in JUDICIAL INDEPENDENCE: THE CONTEMPORARY DEBATE 611-652 (Shimon Shetreet&Jules Deschenes eds., Martinus Nijhoff 1985).

ki bunlar başka yerlerde olduğu gibi İngiltere’de de kanunla temin edilmiştir.<sup>14</sup>

Bununla birlikte Birleşik Krallıkta, yürütme ve yargı arasındaki sınırın güvenliğini sağlayan ve yargıçların harici faaliyetlerini düzenleyenler de dâhil olmak üzere, yargı bağımsızlığına ilişkin güvencelerin çoğu pozitif hukuk hükümleri ve icrai kanunlardan ziyade geleneklere, teamüllere ve öğütlere dayanmaktadır. Bu yüzden bu korumalar, çeşitli siyasi, geleneksel ve hukuki kültürler karşısında bir amaç birliği ve ortak değerlere bağlıdır. Bu amaç birliğinin var olduğunu kabul edersek, bu tür mekanizmalar yargı bağımsızlığını korumakta şekli yapılarından daha etkili olabilir ve geçmişte durum böyle olmuştur. Ancak devlet yönetimindeki gelişmeler ortak değerlere katkıda bulunan ilişkilerin değiştiği anlamına gelmektedir. Bu gelişmeler arasında şunlar sayılabilir: Kamu yönetimine ve verimliliğe verilen önem, yargının rolünü ve odak noktasında meydana gelen ve yargıyı daha dışa dönük yapan değişimler ve kamu güvenindeki azalmayla ilgili kamuoyunun artan beklentileri. Artık bundan böyle amaç birliğinin var olduğu varsayılmaz. Bu, 1980’lerin sonlarında yüksek yargıçların, *Lord Chancellor*’ın reform planlarına açıkça karşı çıkmalarıyla ve daha yakın zamanlara gelindiğinde Anayasal Reform Tasarısının ilk halinde teklif edildiği şekilde *Lord Chancellor*’ın kendi makamını feshetmek istemesine karşı olduklarını hiç çekinmeden açıkça dile getirmeleriyle apaçık meydana çıkmıştır.<sup>15</sup> *Lord Chancellor*lar, kendi düşüncelerine göre mahkemelerin 1998 İnsan Hakları Kanununu yorumlarken takındıkları tutumu endişe verici bulduğunu açıklamış ve yargıçları kendi kendilerini sınırlamaya davet etmiştir.<sup>16</sup>

Geleneksek olarak, yargı organının başı ve hükümetin yargıçlar ve mahkemelerden sorumlu olan önemli bir bakanı olarak *Lord Chancellor*, hem yargı ve siyasiler arasında bir bağlantı hem de yargıçların ve onların bağımsızlıklarının bir koruyucusu olarak görülmüştür. Bu korumanın iki şekli vardır. Birincisi genel olandır ve kabinenin sınırları ve gizliliği çerçevesinde uygulanır ve iktidarın

<sup>14</sup> The Act of Settlement, 1701, 12 & 13 Will. 3, c. 2 (U.K.), the Courts Act, 1971, c. 23 (Eng.) and the Supreme Court Act, 1981, c. 54, §§ 11(3) & 12 (Eng.).

<sup>15</sup> Anayasal Reform Tasarısı, 2004, H.L. Bill [30] (Part 1) (Gr. Brit.).

<sup>16</sup> ROBERT STEVENS, THE ENGLISH JUDGES: THEIR ROLE IN A CHANGING CONSTITUTION 45-88 (Hart 2002).

hukuk devletini ya da adaletin işleyişini temelinden sarsacak nitelikte yasama faaliyetlerini veya bu amaçla gücünü kullanmasını engellemeye çalışmaktadır. İkincisi daha özel bir korumadır ve buna göre *Lord Chancellor*'ın, kararları ve doğrulukları kamuoyunun -ki buna kabinenin diğer bakanları da dâhildir- adil olmayan ve ölçsüz eleştirilerine maruz kalan yargıçları bunlara karşı savunması gerekmektedir. Birinci koruma şekli *Lord Chancellor*ların ikna yeteneği ile birlikte nail oldukları saygınlığa, kabinedeki diğer meslektaşları ile olan ilişkilerine ve başbakan tarafından kendilerine hem kabine görüşmelerinde hem de önemli kabine komitelerindeki yetkilerde verilen şansın derecesine bağlıdır. İkinci koruma şekli, *Lord Chancellor*ların diğer meslektaşları ile arasını açabilecek ve kabinedeki işlerini daha zor hale getirebilecek nitelikteki bir kamusal korumayı üstlenmenin hikmeti ve uygunluğu ile ilgili olarak en iyi kararları vermesini zorunlu kılmaktadır.

*Lord Chancellor*'ın koruyucu rolü çoğunlukla övülürken, özellikle son yirmi yıldır yargıçlar ve hukukçular tarafından belirli aralıklarla *Lord Chancellor*'ın bu rolünü her daim etkili olarak yerine getirmediğine ilişkin şikâyetler olmuştur. *Lord Chancellor*ların, hükümetin paranın verimliliği ve değerine ilişkin vaatlerini yürürlüğe koyan politikalarına verdikleri destek ve bu politikaların hayata geçirilmesi, onların yargıçları ve adli teşkilatı müdahaleden korumaktan ziyade, bu müdahalenin bir tarafı haline geldikleri yönünde suçlamalar yapılmasına yol açtı. Bu tür iddiaların örneğin, *Lord Chancellor* Lord Mackay'ın hukuk mahkemeleri ve hukukçuluk mesleğini yeniden düzenlemeye uğraştığı zamanlarda ortaya atılmıştı ve bir yandan yargıçların kendi kişisel çıkarlarını en az yargı bağımsızlığı kadar düşündükleri yönünde tartışmalar yapılırken, *Lord Chancellor*'ın yargıçları korumak için yeteneği ve hatta istekliliği üzerine şüphe uyandırıldı.<sup>17</sup> Benzer bir kuşku *Lord Chancellor*ların yargıçları siyasi eleştirilerden korumak için ne kadar hazır olduğu hakkında da yapılmıştır. 1990'larda basın ve Muhafazakâr içişleri bakanı Michael Howard tarafından birtakım yargı kararları ve hatta daha da tartışma

---

<sup>17</sup> Örneğin bkz. Sir Nicolas Browne Wilkinson, *The Independence of the Judiciary in the 1980s*, PUB. L. 44-57(1988).

yaratacak şekilde bu kararları veren yargıçlar hakkında yapılan sert saldırılara karşı *Lord Chancellor* Lord Mackay tarafından herhangi bir resmi cevap verilmedi. Aynı şekilde onun halefi Lord Irvine da yirmi birinci yüzyılın ilk yıllarında, İşçi Partili işçileri bakanı David Blunkett'in münferit yargıçlar hakkında yaptığı benzer saldırılar karşısında sessizliği korudu. Lord Irvine sonradan işçileri bakanının davranışını tasvip etmediğini açıkladı ama onun bir meclis araştırma kurulu toplantısında dile getirdiği ve medyada çok az yer bulan bu yorumları, hiç de yargıçlar için yüksek düzeyde bir korumaya eşit değildi.<sup>18</sup>

*Lord Chancellor*ların bir sorunu şudur: kabinenin kolektif sorumluluğu geleneği, bakanların aralarındaki herhangi bir uyuşmazlığı kabine içinde ve gizliliğinde çözmelerini gerektirmekte ve bu nedenle birleşik bir cephe oluşturmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu durum, bakanların kamuoyu önünde hükümetin politikalarının veya diğer bakanların aleyhinde konuşmalarını zorlaştırmaktadır.<sup>19</sup> Bu yüzden her türlü savunma perde arkasından idare edilmelidir. Bu, makam sahiplerinin savunduğu gibi, açık bir yüzleşmeden daha etkilidir.<sup>20</sup> Bununla birlikte, kabine toplantılarındaki görüşmeler üzerine teamüllerin getirdiği gizlilik perdesi şu anlama gelmektedir: Bu etkinlik (verimlilik) kamuoyunun politikacılara olan güvensizliği ve *Lord Chancellor* makamının giderek artan siyasi niteliği göz önünde tutulursa tatmin etmez hale gelen bir duruma güvenilmesini zorunlu kılmaktadır. Eğer kamunun yargıçların yeterliliği, dürüstlüğü ve tarafsızlığına olan güveninin korumasının sağlanması için yargı erkini kamuoyundan gelen eleştirilere karşı korunması gerekiyorsa, o zaman bu korumanın açık olarak (aleni) yapılması mantıklıdır.

Buna bağlı olarak *Lord Chancellor*'ın yargı bağımsızlığını adli makamların yönetimine müdahale eden iktidar politikalarına veya siyasi eleştirilere karşı korumadaki istek ve yeteneği açısından yakın tarih çok da ikna edici değildir. Bu böyle olmasaydı bile, *Lord Chancellor*'ın sorumluluklarında köklü değişiklikler getiren ARK reformları, *Lord Chancellor* makamının bu görev için uygunluğu

---

<sup>18</sup> Stevens, yukarıda dipnot 16.

<sup>19</sup> Bkz. Lord Steyn, *The Case for a Supreme Court*, 118 L.Q.R. 382 (2002).

<sup>20</sup> Örneğin bkz. LORD IRVINE, SELECT COMMITTEE FOR LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, MINUTES OF EVIDENCE, 2003, H.C. 611-1, q. 29.

üzerinde kuşku uyandırmıştır. Çünkü *Lord Chancellor* makamında yaralan kişi artık bir hukukçu olmak zorunda değildir, seçilmiş bir siyasetçi olabilir ve geçmişte yargıya bir bağlılık ve aralarında bir empati meydana getiren sorumluluklara sahip olmayacaktır. Yargıçlar ile *Lord Chancellor* arasındaki ilişki kaçınılmaz olarak değişecektir. Diğer bakanlarla karşılaştırıldığında, *Lord Chancellor*'ı yargı bağımsızlığından sorumlu olmaya uygun tek bakan yapmak için unvan ve gelenekten başka hiçbir şey olmayacaktır ki en başında hükümet kanun tasarısında *Lord Chancellor*'ı bir 'anayasa işleri bakanı' ile değiştirmeyi teklif ettiğinde<sup>21</sup>, daha sonradan '*Lord Chief Justice*' olan Lord Woolf ve Muhafazakâr Parti tarafından buna şiddetle karşı çıkılmıştı. Her halükarda bu unvan, yargı bağımsızlığına etkili bir korunma sağlayamaz.

ARK yargı bağımsızlığını korumak için nelerin gerektiği konusunda sessiz kalmaktadır ancak kanun tasarısı üzerinde (Parlamentoda) yapılan görüşmeler esnasında parlamentodaki tartışmalarda, *Lord Chancellor*'ın daha önceki sorumluluklarının aynısına sahip olmasının ve fakat bunun basit bir geleneksel sorumluluktan ziyade kanunla öngörülmuş bir sorumluluk haline gelmesinin öngörüldüğü görülmektedir.<sup>22</sup> Durumun böyle olmadığı önemli bir husus şudur ki hem bir kabine bakanı hem de yargının başı olarak, *Lord Chancellor* yargı bağımsızlığını politikacılardan olduğu kadar yargıçların kendilerinden kaynaklanacak baskılardan da korumak zorundadır. Bu amaçla *Lord Chancellor* geçmişte yargıçların dışarıya olan ilgileri ve faaliyetleri hakkında onlara rehberlik etti, aşırı aktivizmin sonuçları hakkında onları uyardı ve adli yönetimde hata yaptıklarında onları sert şekilde ve aleni olarak eleştirdi. Şimdi bu sorumluluklar *Lord Chief Justice*'a geçiyor ve bunların yerine getirilmesi *Lord Chancellor*'a bazen danışmayı gerektirebilir ise de, *Lord Chancellor*'ın sorumluluklarının esas olarak hükümet politikaları ve politik eleştiri gibi siyasi bir kaynaktan gelen tehditlere karşı yargı bağımsızlığını korumak ile sınırlı kalacağı görülmektedir.

Kanun kabul edildiğine Lord Woolf, bu kanunun hükümlerinin şu anlama geldiğine işaret etti:

---

<sup>21</sup> Anayasal Reform Tasarısı, yukarıda dipnot 15.

<sup>22</sup> 667 PARL. DEB., H.L., (6th ser.) (2004) 742-770.

“gelecekteki yargı bağımsızlığı şimdiye kadar olduğundan çok daha fazla güvende olacaktır. Bu bağımsızlık, geçmişte olduğu gibi, gelecekte atına binmeye ve yargıyı kurtarmak için sürmeye hazır insanıyetli bir *Lord Chancellor* ya da Başbakan olması umuduna bağlı olmayacaktır.”<sup>23</sup>

Başbakanlar bir yana, *Lord Chancellor*'ın kurtarmak için atını sürmesini kanıtı yukarıda işaret edildiği üzere yetersizdir ve eğer son hukukçu *Lord Chancellor*ların bu anlamda özel olarak etkili olmadığı görüldüğü da göz önüne alınırsa, bu mevkiin gelecekteki sahipleri neden daha iyisini yapsınlar ki?

ARK, bir kişinin “yeterli tecrübeye sahip olduğu Başbakan tarafından görülmedikçe o kişinin *Lord Chancellor* olarak atanamayacağını”<sup>24</sup> şart koşan hükümler içermektedir. Bununla birlikte bu, başbakanların herkim olursa olsun bu makama gelmesinden hoşnut olacakları kişiyi seçmelerini engeller gibi değildir, zira başbakanın tercih edeceği tecrübe türü çok çeşitlidir ve daha önce bakanlık görevi yapmış kişiler ile birlikte her zaman her yerde mevcut olan “Başbakanın ilgili gördüğü diğer deneyim”<sup>25</sup>leri de kapsamaktadır. Bundan çıkan sonuç şudur ki, artık *Lord Chancellor*lar daha çok hukuki tecrübeleri ya da mesleğindeki itibarları için değil; daha ziyade siyasi nedenlerle atanmış hukukçu olmayanlar ve politikacılar olacaktır. Öyleyse, onlar için yargı bağımsızlığının çıkarlarını kendi partilerinininkinin üzerinde tutmak seleflerine oranla çok daha zor olacaktır, özellikle de diğer bir kabine bakanı ile karşı karşıya gelmek veya bir hükümet politikasına kamuoyu önünde muhalefet etmek zorunda kaldıkları ve bakanlık kariyerlerini tehlike altına atan bir hareket tarzı olan durumlarda. Bir yorumcunun belirttiği gibi, *Lord Chancellor*lar eşit ölçüde siyasi “yandaş” ve siyaseten “tarafsız” olamazlar.<sup>26</sup> Terazinin kefeleri daima ya birinin ya da diğerinin yönünde eğilecektir ve *Lord Chancellor* reformu bunun çok güçlü bir şekilde, siyasi model, (bir görüşün taraftarı olan Ç.N.) yandaşlara doğru olacağını ortaya koymaktadır.

---

<sup>23</sup> *Id.* s. 758.

<sup>24</sup> Anayasal Reform Kanunu, 2005, b. 5, §2 (U.K.).

<sup>25</sup> Başbakanın değerlendirebileceği diğer deneyim türleri şunlardan ibarettir: Bakanlık, Avam Kamarası veya Lordlar Kamarası üyeliği, nitelikli bir uygulayıcı veya bir üniversite öğretim üyesi (Constitutional Reform Act, 2005, § 2).

<sup>26</sup> Andrew Leigh, *The Successful Attorney General: An Oxymoron?* 73(2) AUSTL. L. J. 91 (1999).

Bu durum, *Lord Chancellor*ların yargı bağımsızlığını koruma sorumluluklarını reddedebileceği anlamına gelmemektedir. *Lord Chancellor*lar sadece kanuni bir yükümlülüğe sahip olmayacaklar fakat “hukuk devletine saygı göstermek, yargının bağımsızlığını savunmak ve sorumlu olduğu mahkemelerin yeterli ve etkili desteği için gerekli kaynaklara ilişkin hükümleri garanti altına alma görevini yerine getirmek” için yeni bir yeminle de bağlı olacaklar.<sup>27</sup> Bununla birlikte hukuk devletine saygı duymak için nelerin gerekli olduğu ve etkililik ve yeterlilik için neye ihtiyaç olduğu, saha önce görüldüğü gibi, hâkimlerin düşündüklerinden farklı olabilir.<sup>28</sup> Bu durum iş yargı bağımsızlığını ne zaman korunmaya ihtiyacı olduğuna karar vermeye geldiğinde de doğru olabilir. *Lord Chancellor*’ın bunu yapmak için şimdi kanuni bir sorumluluğu olduğu gerçeği bu pozisyonu değiştirmeyecektir.

Bu bakımdan, Avustralya’da *attorney general*\* ile yüksek hâkimler arasında cereyan eden ve sonrasında 1996’da *Wik Peoples* davasında<sup>29</sup> tartışmaya yol açan kararın verildiği ihtilaf bilhassa ilgilidir. Yüksek Mahkeme aborjinlerin toprak hakları lehine hüküm vermiş ve bu, kamuoyunda karara katılan hâkimler aleyhinde önemli siyasetçiler tarafından saldırılar yapılmasına yol açmıştı ki bu durumu hâkimler yargı bağımsızlığına bir müdahale olarak tanımlamıştı. Bilhassa İngiliz *Lord Chancellor*’ının yokluğunda, yargı bağımsızlığını koruma yükümlülüğü *convention*\* uyarınca *attorney general*la düşmektedir ki şu anda bu kişi Darly Williams’dır. Ancak Williams sessiz kalmıştı. Bununla birlikte Williams hâkimler tarafından kendilerini savunmadığı için suçlanırken o, böylesine bir *convention*’ın hiçbir

---

<sup>27</sup> Anayasal Reform Kanunu, 2005, b. 5, § 17(2).

<sup>28</sup> Aynı şekilde 1980 ve 1990’larda yargıçların *Lord Chancellor*ın etkililik tedbirlerine karşı çıkması konusunda genel olarak bkz. DIANA WOODHOUSE, THE OFFICE OF LORD CHANCELLOR (Hart 2001).

\* Çevirenin Notu: Genel olarak *common law* hukuk sistemine sahip ülkelerde bulunan ve hukuk sistemi içinde tarihi nedenlerden ötürü önemli bir rolü olan *attorney general* unvanına tam ve doğru bir Türkçe karşılık vermek mümkün olmadığından çeviri esnasında bu unvanın İngilizce orijinali kullanılmıştır. Bu makalede sözü geçen Avustralya’daki *attorney general* Kraliçenin baş hukuk müşaviri ve hukuk işlerinden sorumlu Kabine üyesidir. Genel olarak görevleri yargısal makamlara atanacak adayları belirleme sürecini idare etmek ve ceza soruşturmalara izin vermeyi içerir.

<sup>29</sup> *Wik Peoples v. Queensland*, (1996) 187 C.L.R. 1.

\* Çevirenin Notu: *Convention*, İngiliz hukukunun yazısız ve teamüli kaynaklarından biridir. Bu kavramın tam bir Türkçe karşılığı olmadığı için İngilizcesini kullanmayı tercih ediyoruz.



zaman oluşmadığını ve her halükarda bunun makamının öncelikli siyasi doğasına uygun olmadığını öne sürerek bir sorumluluğu olduğunu kabul etmemiştir.<sup>30</sup> Daryl Williams *attorey generalin* hâkimleri korumasının uygun olacağı istisnai durumların olabileceğini kabul etmekle birlikte -örneğin “sürekli siyasi saldırılar halkın yargı organının önüne gelen davaları tarafsız, layıkıyla ve hukuka uygun olarak çözüme bağlama ehliyetine olan güvenini sarsması”<sup>31</sup> tehlikesiyle karşı karşıya kalırsa- bunun (mevcut olayın) böyle bir istisnai durum olmadığını belirtmiştir. Öte yandan genel kural olarak hâkimlerin kendilerini korumak için sorumluluk almaları gerektiğini ileri sürmüştür.

Yüksek yargıçlar “bir demokraside tamamıyla meşru bir uygulama” olan mahkeme kararlarını eleştirmek ile kendilerini savunmakla yükümlü olan *attorney generale* karşı hâkimleri “kişisel tacize”<sup>32</sup> uğramasını birbirinden kesin çizgilerle ayırarak *attorney generalin* pozisyonunu tartışmaya açmışlardır. Aynı zamanda yüksek yargı, eğer yargıçların kendilerini “siyasi alanda”<sup>33</sup> savunmaları gerekirse, yargı ve yürütme organları arasındaki sınırların aşılacağı tehlikesine dikkati çekmiştir. Bununla birlikte 2001’den buyana yargıçlara ve kararlarına yapılan eleştirilere cevap veren *attorney general* değil, yüksek yargı organlarının başkanları olmuştur.

İngiliz durumu açısından hala bu alanda tartışma olmakla birlikte *Lord Chancellor*ların temel gereksinimlere ilişkin olarak yargı bağımsızlığının koruması bir boyuttur. Diğer bir husus ise sadece dönüşen *Lord Chancellor* makamı yüzünden değil aynı zamanda böyle bir korumanın ne zaman gerçekten gerekli olduğuna ilişkin sorunlar yüzünden de onların (*Lord Chancellor*ların) yargıçları, yargı bağımsızlığının altını kazıyacağı gerekçesiyle, siyasi eleştirilerden korumasını beklemektir. Avustralya’da olduğu gibi Birleşik Krallık’ta

<sup>30</sup> Daryl Williams, *The Judiciary, Parliament and the Executive: Who Speaks for the Judges?* Speech to the Judicial Conference of Australia (3 Kasım 1996).

<sup>31</sup> David Williams, *Judicial Independence*, CANBERRA TIMES, 13 Ocak 1997.

<sup>32</sup> Sir Anthony Mason, *The Role of the Courts at the Turn of the Century*, 3 JUD. ADMIN. 156, 158 (1998).

<sup>33</sup> Ben Heraghty, *Defender of the Faith? The Role of the Attorney General in Defending the High Court*, 28 MONASH UNIV. L. REV. 206, 236 (2002).



bu bakımdan *Lord Chancellor*lar ile yargıçlar arasında bir anlaşmazlık olması imkân ve hatta ihtimali vardır; bununla birlikte biz *Lord Chancellor*ların, Avustralya *attorney general*ının yaptığı gibi, rollerini istisnai olarak gördükleri durumlarla, bu durumların yargıçlarının karakterleri ne olursa olsun, sınırlandırmaya çalıştıklarını görmekten mutluluk duyacağız. Aslında Madde 1(4)(a) *Lord Chancellor*ların yargı bağımsızlığına savunmaya olan ihtiyaca “saygı duymalarına” ilişkin hükmü ile bunu mümkün kılmaktadır. Bu onların yargı bağımsızlığını korumasının gerekmesi ile aynı değildir ve onların “ihtiyaç” anlayışları yargı mensuplarınınkinden oldukça farklı olabilir.

Bu yüzden ARK hükümet tarafından tanımlanandan daha az kanuni koruma sağlıyor gözükmektedir; yargıçlar kendi bağımsızlıklarını korumak için bizzat kendilerinin sorumluluk almak zorunda kalacaklarını düşünebilirler. ARK, yargı organının başı olarak *Lord Chief Justice*'a adli yönetime ilişkin kaygı verici meseleleri Parlamento önüne getirebilme hakkı vererek böyle bir korumanın işleyebilmesine imkân veren bir mekanizmayı içermektedir. Politikacıların kamuoyunda yargıçlara yaptıkları eleştirilerin yargı bağımsızlığı üzerindeki etkisi, her ne kadar henüz kanıtlanmamış ise de, muhtemelen böyle bir kaygı duyulacak mesele olabilir.

Bununla birlikte yargı bağımsızlığı için en iyi koruma daha çok hesap verilebilirlik ve açıklık olabilir. Yargının rolü genişledikçe, yargıçların daha hesap sorulabilir olması için politikacılar, medya ve akademisyenler tarafından yapılan çağrılar arttı. İdari, mali, personel, usul ve içerik veya esas yönlerinden hesap verilebilirlik sağlayan mekanizmalar çeşitli ölçülerde zaten yürürlüktedir. Seçilmiş temsilciler tarafından kamuoyunda eleştiriye maruz kalmak da, o eleştiri adil olmasa dahi, yargı bağımsızlığına bir saldırıdan ziyade, görevdeki yargıçlardan hesap sorulmasını bir yolu olarak görülebilir.

Öte yandan, ARK mevcut şikâyet sistemini güçlendirecek bir makam olan bir Yargısal Atamalar ve Davranış Ombudsmanı kurmaktadır. Ayrıca ARK, yeni Yüksek Mahkemenin baş idarecisinin yıllık çalışma raporu hazırlamasını hüküm altına alarak onu Lordlar Kamarasından daha hesap sorulabilir kılmaktadır. Her ne kadar bu uygulamanın odağı idari etkinlikte olacak olsa da, bununla beraber yargıçlar kendi Mahkemelerinin icraatına dâhil edileceklerdir, özellikle de hükümetin

ve kamuoyunun geliştirme baskısı altında kalabilecekleri bakılan dava sayısına ilişkin olduğunda. Bu şart orada Mahkemenin önündeki bir davayı en iyi şekilde çözmeye karar vermesinde -hükümetin ve kamuoyunun fikir sahibi olması gereken- etkinlik ve takdir hakkı arasında ince bir çizgi olarak, başlı başına onların (yargıçların) bağımsızlığına bir müdahale rolü oynayabilir. Daha tartışılmalı olarak, yeni Mahkeme yasama organından ayrı olacağından ve *Lord Chancellor* artık yargı organının başı olmayacağı ve yargıçlarla ilgili konularda Parlamento'ya karşı sorumlu olmayacağından, Yüksek Mahkeme kendi başkanının hukukun ve adli idarenin eğilim ve gelişmeleriyle ilgili soruları cevaplamak üzere, yanında *Lord Chief Justice* ile birlikte bir Parlamento komisyonunun önüne gelmesi ve baskısı altında kalabilir. ARK'de yer alamayan bu türden bir hesap sorulabilirlik ve saydamlık, sadakati her şeyden önce hükümete ve diğer kabine üyelerine karşı olan hükümetin bir bakanı tarafından sunulana nazaran yargı bağımsızlığını daha iyi koruma sağlama potansiyeline sahiptir.

## Sonuç

164

Üzerinde uzlaşmış bir yargı bağımsızlığı modeli yoktur ve bu yüzden de temel şartlar dışında yargı bağımsızlığının gereksinimlerine ilişkin bir görüş birliği mevcut değildir. Birçok yönden kavramın en önemli özelliklerinden biri bir dereceye kadar (kendisinin) siyasi, sosyal ve pratik ihtiyaçlara uyum sağlamasına imkân veren değişkenliğidir. Yargı bağımsızlığının tarifi zor niteliğine bakılırsa, hangi gelişmelerin onu baskı altına sokabileceği veya kamuoyunun yargıya olan güvenini zayıflatacağına karar vermek de zordur.

Bu durum karşısında, kanuni korumanın getirilmesinin – sadece yargı bağımsızlığını korumak için “gerekenlere saygı duymak” ve böylece kavramın önemini tanımak- açısından biraz pratik yararı olabilir. Nasıl ki *Lord Chancellor* tarafından sağlanan geleneksel koruma ortak değerler ve etkinliği için amaç birliğine dayanıyorduydu; kanuni korunmadaki belirsizlik onun da benzer sübjektif faktörlere bağlı olacağı anlamına gelmektedir. Bu arada *Lord Chancellor* makamına yapılan temel değişiklik böyle bir amaç birliğinin mümkün olmadığı fikrini ortaya çıkarmaktadır. Bu yüzden yargıyı açık ve hesap sorulabilir kılmayı sağlayan mekanizmaları geliştirmek yargıçların

üzerine vazife olabilir. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme, Avustralya Yüksek Mahkemesinin yaptığı gibi faaliyetlerinin ve harcamaların maliyetini veren ve davaların gidişatını inceleyen kapsamda bir yıllık faaliyet raporu hazırlayarak kendisi gibi mahkemelerin bazı uygulamalarını benimseyebilir. Böyle bir rapor, belki baş idarecinin raporu ile birlikte veya ondan önce ama her halükarda baş idareciden değil yargıçların kendilerinin kaynaklanan, Yüksek Mahkeme'nin heyetlerine üye seçimine ilişkin kriterler gibi ek bilgiler de içerebilir. (Yeni Mahkeme kendi çapındaki birçok mahkemenin aksine bütün üyeleri ile tam heyet halinde oturum yapmayacaktır.) Böyle bir bilgi, belirli bir davada kesin bir sonuç elde etmek için heyetin seçimine hile karıştırıldığı gibi zararlı suçlamaları engelleyecektir. Rapor Mahkeme başkanının parlamentonun bir özel komisyonu tarafından sorgulanabilmesi için bir gerekçe de içerebilir.

Yeni Mahkeme başka açılardan da yargı bağımsızlığı hedefini ilerletme ve birçok emsalleri gibi kamuya açık ve bir eğitim politikasına sahip olarak, aktif (inisiyatif alan) olma ihtiyacı duyabilir. Bu sadece meslekten olmayan kişiler için mahkeme kararlarının özetlerini sağlamayı değil fakat medya ile ilişki içinde olmak, halka ilişkiler stratejileri geliştirmek ve insanları kendi rolü ve bunu destekleyen anayasal ilkeler hakkında eğitmeyi içerebilir. Aktif, açık ve hesap sorulabilir bir Yüksek Mahkeme yargı bağımsızlığını korumak ve muhafaza etmekte, bir hükümet bakanından –hatta o bakan yüce *Lord Chancellor* unvanına sahip dahi olsa- daha etkili olabilir.

