



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanan Çeviri Hukuk Dergisidir)



**Yıl: 1, Cilt:1, Sayı: 3, Ekim 2011**

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

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

**ISSN: 2146-1376**

## **SAHİBİ**

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

\*

## **GENEL EDİTÖR**

Dr. Yalçın ŞAHİNKAYA  
Hâkim

\*

## **EDİTÖRLER**

Nihal TOZLU  
Hâkim  
Burak Cenk İLHAN  
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

Mehmet GEDİK  
TAA Genel Sekreter V.

\*

## **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

\*

## **BASKI**

MATUS Basımevi Reklam ve Yay. Tic. Ltd. Şti  
İvedik Organize sanayi Bölgesi Matbaacılar Sitesi. 558. Sk. No: 2,  
İvedik Organize Sanayi Ankara

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- 1) Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- 2) Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya 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) Çevirilerin öncelikle [general\\_editor@yahoo.com](mailto:general_editor@yahoo.com) adresine veya [article.makale@taa.gov.tr](mailto:article.makale@taa.gov.tr) adresine gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- 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.

## 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 Küzüküngör  
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 Kırca  
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

Hukukun Ekonomik Teorisi .....	1-20
<b>Çeviren: Dr. Ahmet M.GÜNEŞ</b>	
Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları .....	21-40
<b>Çeviren: Dr. Fazlı DOĞAN</b>	
Hukuk Devleti.....	41-62
<b>Çeviren: Halil ALTINDAĞ</b>	
Lizbon Antlaşmasından Sonra Avrupa Birliğinin Yargısal Korunma Sistemi İleriye Doğru Bir Adım mı? .....	63-88
<b>Çeviren: Dr. Ahmet M.GÜNEŞ</b>	
Türk Ceza Kanunu 301.Maddesi İle İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Altuğ Taner AKÇAM-Türkiye Kararı.....	89-114
<b>Çeviren: Arş.Gör. Tolga ŞİRİN</b>	
Ozerov Davası: Duruşmada Savcının Yokluğu Adil Yargılanma Hakkının İhlali Midir? ( Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Üçüncü Daire Kararı) Ozerov ve Rusya Davası .....	115-130
<b>Çeviren: Aysun İŞİK</b>	
AİHM'in Vergilerin Kanuniliğinde Öngörülebilirlik İlkesine Bakışı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Daire Serkov-Ukrayna Davası (Başvuru No;39766/05) Karar:7 Haziran 2011.....	131-144
<b>Çeviren: Arş. Gör. Ercan SARICAĞLU</b>	
Avrupa Birliği Adalet Divanının Avrupa Parlamentosu Üyelerinin Dokunulmazlığına İlişkin Aldo Patriciello Kararı Dava- C-163/10 Aldo Patriciello, Karar Tarihi:6 Eylül 2011 .....	145-156
<b>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN</b>	
Avrupa Adalet Divanı'nın Ankara Anlaşması'na Ekli Katma Protokol'ün 41 (1) Maddesinin Yorumuna İlişkin 21.07.2011 Tarihli Karar .....	157-170
<b>Çeviren: Arş. Gör. Deniz TEKİN APAYDIN</b>	
Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Libya Hakkındaki 1973 (2011) Sayılı Kararı.....	171-178
<b>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL- Arş. Gör. Miray AZAKLI</b>	
Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi (Convention On The Transfer of Sentenced Persons) Çekince ve Beyanlar.....	179-230
<b>Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ- Süleyman ÖZAR- Nurcan DÖNMEZ</b>	



# HUKUKUN EKONOMİK TEORİSİ

Dr. Felix MÜLLER\*

Çeviren: Dr. Ahmet M. GÜNEŞ\*\*

## 1. Giriş

Hukukun ekonomik teorisi, köken itibariyle Amerika Birleşik Devletleri'ne dayanan ve hukuki düzenlemeler ile mahkeme kararlarının genel sosyal refah üzerindeki etkilerini ekonomik bir perspektiften incelemeyi ve değerlendirmeyi amaçlayan bir araştırma yönelimidir. Hukuki bir teori olan hukukun ekonomik teorisi, kaynağını ekonomiden alan diğer araştırma yönelimlerinden açıkça ayrılabilen bir özel disiplin değildir. Hukukun ekonomik teorisi daha ziyade, aralarında yeni kurumsal ekonomi, politik ekonomi (Public Choice) ve ekonomik anayasal teorinin yer aldığı geniş bir akıma dâhil edilmektedir.<sup>1</sup> Hukukun ekonomik teorisi ABD'de "Economic Analysis of Law" veya "Law and Economics" olarak adlandırılmaktadır.<sup>2</sup> Alman hukuk dilinin kullanıldığı coğrafyada ise, bunun yerine "Ökonomische Theorie des Rechts" (*hukukun ekonomik teorisi, ç.n.*), "Ökonomische Analyse des Rechts" (*hukukun ekonomik analizi, ç.n.*) ve "Rechtsökonomik" (*hukuk ekonomisi, ç.n.*) gibi kavramların kullanıldığı göze çarpmaktadır.<sup>3</sup>

1

---

\* Dr. Felix Müller, Cleary Gottlieb adlı uluslararası hukuk ortaklığının Frankfurt a.M. kentinde bulunan bürosunda avukat olarak çalışmaktadır. Tercümesini yaptığımız bu makale, "Ökonomische Theorie des Rechts" başlığıyla 2008 yılında Lucius & Lucius yayınevi tarafından Sonja Buckel, Ralph Christensen ve Andreas Fischer-Lescano'nun editörlüğünde yayınlanan "Neue Theorien des Rechts" adlı kitapta yer almaktadır. Tercümesini yaptığımız bu makalenin telif haklarını elinde bulunduran Mohr Siebeck (Tübingen) yayınevine bu makalenin çevirisine onay vermiş olmasından dolayı teşekkür ederiz.

\*\* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-guneslaw@hotmail.com

1 Wolfgang Weigel, Rechtsökonomik, München 2003, 10 vd.; Hans-Peter Schwintowski, Ökonomische Theorie des Rechts, in: JZ 1998, 581, 583; Stefan Voigt, Institutionenökonomik, München 2002, 26 vd.; Rudolf Richter / Eirik G. Furubotn, Neue Institutionenökonomik, Tübingen 2003; Guy Kirsch, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl., Stuttgart 2004; Elisabeth Göbel, Neue Institutionenökonomik, Stuttgart 2002.

2 Bu konudaki meşhur ders kitapları için bkz. Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, New York 2003; Robert Cooter, Law and Economics, Boston 2004; A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics, Boston 1989.

3 Michael Adams, Ökonomische Theorie des Rechts, Frankfurt am Main 2004 ve Schwintowski (dn. 1) gibi yazarlar »Ökonomische Theorie des Rechts« terimini kullanırken; Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2005, Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip - Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen

Hukukun ekonomik teorisinin kökleri, Guido Calabresi, Ronald H. Coase, Gary S. Becker ve Harold Demsetz<sup>4</sup> gibi 1960'lı yıllarda hukuki meselelerin ekonomik açıdan ele alınmasına günümüzde transaksiyonel analiz olarak genel kabul gören tarzda<sup>5</sup> yol gösterici katkılar sunmuş olan<sup>6</sup> kişilere dayanmaktadır. Bu kişiler arasında, Richard A. Posner ve A. Mitchell Polinsky gibi 1970'li ve 1980'li yıllarda geliştirilen temel tezleri genelleştiren ve böylece ekonomik analizin uygulama alanını tüm hukuk düzenini kapsayacak şekilde genişleten şahıslar da bulunmaktadır.<sup>7</sup> Hukukun ekonomik teorisinin, bilhassa anglo-amerikan hukuk coğrafyasında önemli bir zafer elde ettiğini belirtmek mümkündür<sup>8</sup> ki bu zafer sayesinde hukukun ekonomik teorisi hukuk pratiğinin önemli bir parçası haline gelmiş ve hukuk fakültelerinde müfredatının bir parçası olmuştur.<sup>9</sup> Buna karşın, Alman dilinin kullanıldığı coğrafyada bu teorinin iktisabı konusunda çekingen tavırların göze çarptığını ifade etmek gerekir.

Hukuka ekonomik bakış açısıyla yaklaşılması esasen yeni değildir. Zira kartel ve rekabet hukuku da, öteden beri ekonomik bakış açısıyla

Analyse des Rechts, Tübingen 1995, gibi bazı yazarlar »ökonomische Analyse des Rechts« kavramını tercih etmektedir. Buna karşın Weigel (dn. 1), »Rechtsökonomik« kavramını kullanmaktadır.

<sup>4</sup> Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), 499; ders., The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), 713; Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law & Economics 3 (1960), 1 vd. Almanca tercüme için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 129 vd. Ayrıca bkz. Ronald H. Coase, The Firm, The Market and the Law, Chicago 1988, 95 vd., 157 vd.; Gary Becker, The Economic Approach to Human Behavior, Chicago 1976; dt.: Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, Tübingen 1993; Harold Demsetz, Towards a Theory of Property Rights, in: American Economic Review 57 (1967), 347 vd.

<sup>5</sup> Hukukun ekonomik teorisinin gelişimi konusunda karşı. Erich Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts in den USA, in: Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 1 – 16, 2 vd.

<sup>6</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 53 vd.

<sup>7</sup> Bu bağlamda öncelikle Posner'in (dn. 2) 1973 yılında çıkan ders kitabına değinmek gerekir. Ayrıca bkz. A. Mitchell Polinsky, Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review 87 (1974), 1655 vd.; Eserin Almanca çevirisi için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 99 vd.

<sup>8</sup> Bu konuda ayrıca şu dergilerde yer alan eserlere bakılabilir: »Journal of Law and Economics«, »Journal of Law, Economics and Organization«, »European Journal of Law and Economics«, »Journal of Legal Studies«, »American Law and Economics Review«, »Journal of Institutional and Theoretical Economics«.

<sup>9</sup> Markus Englerth, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, Bonn 2004, 3; Schanze (dn. 5), 4 vd.



belirlenen hedef ve meseleler üzerine kurulmuştur.<sup>10</sup> Hukuk ve ekonomi arasında bir köprü kurulması, hukukun ekonomik teorisinin ortaya çıkardığı avantaj değildir. Bu teorinin yenilikçi tarafı bilhassa, mikro ekonomik bilgilerin hukuk disiplini için bütünüyle kullanılması ve bunların tüm hukuk sistemi üzerinde uygulanacak şekilde genişletilmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>11</sup> Bu nedenle sadece ekonomik yön ve bağlama sahip olan hukuk dalları değil, aksine bir bütün olarak hukuk düzeni bu kapsamda ele alınmaktadır. Hukukun ekonomik teorisinin uygulama alanı bu bakımdan geniş olup, gerek özel hukuk<sup>12</sup> gerek kamu hukuku<sup>13</sup> gerekse de ceza hukuku<sup>14</sup> bu kapsama dahildir. Bununla birlikte, disipline yabancı yöntemlerin hukuk bilimine eklenmesinin çeşitli uyumsuzluklara neden olacağını belirtmek gerekir, bu nedenle hukukun ekonomik teorisi ciddi bazı eleştirilere konu olmuştur.<sup>15</sup>

## 2. Teorik Temeller

Hukukun ekonomik analizinin teorik temelleri, yöntemleri hukuki düzenlemelere ve mahkeme kararlarına aktarılan mikro ekonomiye dayanmaktadır.<sup>16</sup> Analiz istikameti, kaynakların optimal dağılımının hukuk üzerindeki etkileri bağlamında belirlenecek ve norm muhataplarının rasyonel, faydayı maksimize eden davranışları vasıtasıyla

<sup>10</sup> Frank Laudenklos, Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts, in: Joachim Rückert (Hrsg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden, 1997, 291 – 313, 293.

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. Posner (dn. 2); Polinsky (dn. 2); Cooter (dn. 2).

<sup>12</sup> Bu alandaki eserler için karşı. Steven Shavell, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge 1987; ders., Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge 2004; Schäfer / Ott (dn. 3), 121 vd., 395 vd., 633 vd.; Adams (dn. 3), 73 vd., 239 vd., 417 vd.; Weigel (dn. 1), 40 vd. Ayrıca bkz. Hein Kötz / Hans-Bernd Schäfer, *Judex oeconomicus*, Tübingen 2003; Ernst-Joachim Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz: über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2., erg. Aufl., Baden-Baden 1984.

<sup>13</sup> Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübber (Hrsg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*, Wiesbaden 2003; Anne van Aaken, *Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht – Methode und Anwendungsmöglichkeiten*, in: Marc Bungenberg (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, Tagungsband der 44. Assistententagung Öffentliches Recht, München 2004, 1 vd.; Weigel (dn. 1), 94 vd.; Christoph Engel / Martin Morlok (Hrsg.), *Das öffentliche Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung – Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie*, Tübingen 1997.

<sup>14</sup> Stefan Werner, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht*, in: *KritV* 1992, 433 vd.; Adams (dn. 3), 495 vd.

<sup>15</sup> Karl-Heinz Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, in: *JZ* 1986, 817; Karl-Heinz Fezer, *Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts*, in: *JZ* 1988, 223.

<sup>16</sup> Bu konuda bkz. Robert Pindyck / Daniel L. Rubinfeld, *Mikroökonomie*, München 2005.

ortaya çıkacaktır.<sup>17</sup> Hukukun etkilerinin değerlendirilmesine yönelik olarak burada esas alınan ölçüt, etkinliğe ilişkin ekonomik ilkedir.

## 2.1 Köken

Ekonomi bilimlerinden doğan bir teori olarak hukukun ekonomik analizi de, Adam Smith'e (1723-1790) dayanan ve ekonomi için temel bir kabul niteliğinde şu teze dayanmaktadır: Kişilerin kendi şahsi menfaatlerine erişim çabaları tüm eylemlerin motor gücüdür, bu çabalar görünmez bir el tarafından yönlendirilmekte ve kişiler kendi şahsi menfaatleri için çabalarlarken farkında olmadan aynı zamanda kamusal refahın artırılmasına hizmet etmektedir.<sup>18</sup> Bu görüş varlığını, kendi şahsi menfaatini artırmaya yönelik çabaları ile her bireyin kamusal refahı artıracacağını ve kamusal refah artışının ise mümkün olan büyük mutluluğu ortaya çıkaracağını savunan faydacılıkta (*utilitarizm, ç.n.*) sürdürmektedir (Maximum-Happiness-Principle).<sup>19</sup> Bütün bireysel menfaatlerin artırılmasının ifadesi olarak toplumun genel mutluluğunun maksimize edilmesi, bu bağlamda liberal ekonomik düşünüşün en temel dayanaklarından birini oluşturmaktadır. 19. yüzyılın erken Laissez-Faire (*bırakınız yapınlar, ç.n.*) liberalizmi kamusal refahın bütünüyle tezahür etmesi bakımından devletin piyasadaki düzenleyici müdahalelerden kaçınmasını gerekli görürken, 20. yüzyılın ortasından itibaren şekillenen neoliberalizmin farklı akımları devletsel bir düzen çerçevesini talep etmiştir, zira piyasanın işlevselliği artık doğal görülmemiş ve refahı teşvik eden piyasanın devletsel tedbirlerle güvence altına alınacağı düşünülmüştür. Milton Friedman'ın etkisinde kalan Chicago Okulu, özel sektörün istikrarını esas alıp, ekonomik istikrarsızlığın nedenlerini bilhassa kamusal para, kredi ve maliye politikalarında aramakta iken;<sup>20</sup> Freiburg Okulu'nun ordoliberalizmi (*bu akım Alman neoliberalizmi olarak da bilinir, ç.n.*) piyasanın kendi düzenleme kabiliyetine şüpheyile yaklaşmakta ve bireylerin kendi şahsi menfaatlerini takip edeceği bir devletsel düzen çerçevesinin gerekliliğini dile getirmektedir.<sup>21</sup> Farklı

<sup>17</sup> Anne van Aaken, »Rational choice« in der Rechtswissenschaft: zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003.

<sup>18</sup> Adam Smith, Untersuchungen über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker, Duesseldorf 1999, 467.

<sup>19</sup> Jeremy Bentham (1748 - 1832), Introduction to the Principles of Morals and Legislation; John Stuart Mill (1806 - 1873), Utilitarism; Eidenmüller (dn. 3), 22 vd.

<sup>20</sup> Milton Friedman, Kapitalismus und Freiheit, München 2004.

<sup>21</sup> Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952; Franz Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950; Friedrich August von Hayek, Die

yaklaşımların ortak yönü, piyasada yer alan her aktörün her ekonomik hadisenin hareket noktası olarak kendi bireysel amaçlarının değerini en iyi şekilde değerlendirme yeteneğine sahip olduğudur, ki bu yüzden önceliklerin devletçe öngörülmesi bir bilgi gaspı anlamına geleceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, kişisel menfaat üzerine kurulu devlet müdahalesine ilişkin merkezi olmayan piyasa mekanizmalarının önceliği sonucuna varılmıştır.

## 2.2 Referans Ölçütü Olarak Etkinlik

Hukukun ekonomik teorisi, refah ekonomisinin toplumun genel iyiliğinin maksimizasyonunu mevcut kaynakların faydayı artırıcı bir dağılımı ile sağlamaya yönelik hedefini gerçekleştirmek istemektedir.<sup>22</sup> Bu hedefin ardında, kaynakların kıt ve sınırlı olduğuna ilişkin kabul bulunmaktadır, ki kaynakların kullanılmasıyla tüm ihtiyaçların aynı anda karşılanması mümkün değildir. Dolayısıyla, kullanımları sonucunda kıt kaynakların ihtiyaçların maksimum düzeyde karşılanmasını mümkün kılması toplumsal açıdan arzulanan durum olarak görülmektedir. Mevcut kaynaklardan mümkün olan en büyük faydaların elde edilmesinin söz konusu olduğu durumlar, ise etkin olarak nitelendirilmektedir. Mevcut kaynakların etkin olmayan şekilde kullanılması durumunda, mevcut ihtiyaçlar tatmin edilemeyecek, olası potansiyel fayda artışından istifade edilmeyecek ve böylelikle bir tür israf söz konusu olacaktır. Bu tarz israfların önlenmesi, normatif ekonominin temel unsurunu oluşturan genel sosyal hedef olarak tanımlanmaktadır.<sup>23</sup>

### 2.2.1 Pareto Verimliliği

İsrafın söz konusu olmadığı sosyal bir durum, pareto verimliliği veya pareto etkinliği (*Pareto-Optimum*, ç.n.) kavramı ile tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> Teknik açıdan ifade edildiğinde, başka bir kişinin durumunu kötüleştirmeden bir bireyin başka bir bölüşüm ile daha iyi bir konuma gelmesinin olanaksız olduğu hallerde kaynakların dağılımı pareto etkinliği olarak görülebilir. Tersinden ifade edecek olursak, bir kişinin refahının yükseltilmesinin en azından başka birinin refahını azaltmadan

---

Verfassung der Freiheit, Tübingen 1991; Arnold Bergstraesser, Nation und Wirtschaft. Hamburg 1933.

<sup>22</sup> Refah ekonomisi bağlamında karşı. Posner (dn. 2), 12 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 23 vd.

<sup>23</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 1.

<sup>24</sup> Eidenmüller (dn. 3), 48 vd.

mümkün olduğu hallerde pareto etkinliğinden söz edilemeyecektir.<sup>25</sup> Etkinlik bu bağlamda görüşü, kaynakların bölüşümü suretiyle mevcut bir durumdan en büyük faydanın nasıl elde edilebileceği hususuna indirgeyen saf teknik bir kavramdır. Bununla birlikte, faydanın maksimizasyonunu aşacak tarzda kaynakların bölüşümünün neticesinin bir değerlendirmesi gerçekleşmemektedir. Bu nedenle etkinlik ölçütü, ne kaynakların bölüşümünün adil olup olmadığı ne de etkin bir dağılımın etik ve sosyal tasavvurlara uyup uymadığı hususlarını değerlendirir ve yanıtlar.<sup>26</sup> Bir kişinin durumunun başka bir kişi aleyhine iyileştirildiği haller artık pareto verimliliği ölçütü kapsamında ele alınmamaktadır. Ancak birçok sosyal ve ekonomik hadise, birçok kişinin bu hadiselerden etkilendiğini ve bunların sonucunda bazı kişilerin durumunun iyileşirken bazılarının durumunun ise kötüleştiğini göstermektedir. Bununla birlikte pareto etkinliği söz konusu olmasa da, bu tür bir durum genel sosyal refahı artırabilecektir. Bu mesele, ekonomi teorisinde Kaldor-Hicks denkleştirme kriteri altında ele alınmaktadır.

### 2.2.2 Kaldor-Hicks Denkleştirmesi

6 Hukukun ekonomik teorisi, hukuki düzenlemeleri ele alırken bir fayda maliyet mukayesesini uygulamaktadır.<sup>27</sup> Bu mukayese, Britanyalı ekonomistler Kaldor ve Hicks'in ismini taşımakta ve pareto etkinliği kavramının genişletilmiş bir biçimi içermektedir. Bu kriter, toplumsal faydanın maksimize edilmesi perspektifi altında yalnızca bir bireyin aleyhine fayda artışı hedefleyebilecek değişiklikleri meşrulaştırmaya yöneliktir. Kaldor-Hicks denkleştirme kriterine göre, pareto etkinliğinin gerçekleşmemesine rağmen kaynakların dağılımına (*Ressourcenallokation*, ç.n.) ilişkin bir değişiklik fayda artışının sosyal bir halini teşkil edebilir.<sup>28</sup> Ancak bunun için, bir değişiklikten yarar

<sup>25</sup> Karşılıklı olarak faydayı artırıcı transaksiyona kaynakların dağılımının bir değişikliğinin tüm taraflar nezdinde refahı artırdığı satım muamelesini örnek verebiliriz. Bu bağlamda, alıcı yalnızca malı elde etmenin maldan vazgeçmeden daha yüksek bir fayda sağlayacağı hallerde talep edilen satım fiyatını ödemeye hazırdır. Diğer tarafta, satıcı yalnızca fayda artışının satıma konu malın elden çıkmasını neden olacağı zarardan daha baskın olduğu hallerde malını belirlenen fiyata satacaktır. Alıcı ve satıcı b nedenle satım sözleşmesinin gerçekleştirilmesinden sonra daha iyi bir duruma gelmiş ve faydalarını artırmıştır. Schäfer / Ott (dn. 3), 26 vd.

<sup>26</sup> O halde bir kişinin payına her şeyin ve birçok kişinin payına ise hiçbir şeyin düşmediği bir dağılım etkin olabilir. Bu sonucun toplumsal adalet tasavvurlarına uygun olup olmadığı hususu ise, ekonominin değerlendirme yetkisine kalmaktadır Gebhard Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre ?, in: JZ 1991, 104, 109 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 30 vd.

<sup>27</sup> Laudenklos (dn. 10), 293.

<sup>28</sup> Eidenmüller (dn. 3), 51 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 31 vd.

sağlayan kişilerin bundan zarar gören kişileri denkleştirebilmesi ve yarar sağlayanlar bakımından gerçekleşen bu denkleştirmeye rağmen artık bir faydanın varlığı şarttır. Değerlendirme için belirleyici olan nokta bu bağlamda, kaynakların dağılımının değişikliğinden kaynaklanan toplam fayda artışı ve toplam zarar arasındaki ilişkidir.<sup>29</sup> Bir kişinin fayda artışının diğer bir kişinin fayda azalışından daha çok olması ve denkleştirmenin gerçekleştirilmesinin ardından bile fayda sağlayana bir artık faydanın kalması halinde, kaynakların dağılımının değişmesi genel sosyal faydanın artışına neden olacaktır.<sup>30</sup> Ancak Kaldor-Hicks kriteri, fayda sağlayanı gerçekte bir denkleştirmeyi yerine getirmekle yükümlü kılmamaktadır. Belirleyici olan tek husus, artık faydanın muhafazası ile bir denkleştirmenin hesapsal açıdan mümkün olmasıdır.<sup>31</sup>

### 2.3 Homo Economicus, Mülkiyet Hakları, Transaksiyon Maliyetleri

Homo economicus modeli, hukukun ekonomik teorisinin esas aldığı piyasa aktörü tipidir. Bu model, etkin bir durumun piyasa koşullarında kendiliğinden vuku bulacağı kabulüne dayanmaktadır.<sup>32</sup> Arz ve talebin oluşturduğu piyasa mekanizması, kaynakların kendilerinden elde edilecek faydanın azami olduğu yerde kullanılmasını sağlamaktadır.<sup>33</sup> Bu nedenle piyasa mekanizmasına uygun çözümlere, diğer tüm kullanım biçimleri ve bilhassa devletsel güdüm karşısında esasen öncelik tanınmaktadır.<sup>34</sup> Homo economicus, piyasa aktörlerinin davranışlarının izah edilmesine yönelik bir referans model işlevi görmektedir.<sup>35</sup> Buna göre her birey, önceliklerin kıtlığı görüşünden hareket etmekte ve elinde bulundurduğu malları bunların kullanımından kendisi açısından en önemli olan ve en

<sup>29</sup> Bununla birlikte, ilgili fayda ve zararların niceliğinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi aşamasında ciddi bazı zorlukların söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Eidenmüller (dn. 3), 54; Polinsky (dn. 2), 7; Englerth (dn. 9), 4 vd.

<sup>30</sup> Buna uygun olarak refahın maksimize edilmesi ilkesinden (wealth maximization principle) söz edilmektedir. Posner (dn. 2), 13 vd.

<sup>31</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.; Laudenklos (dn. 10), 299.

<sup>32</sup> Piyasa başarısızlığının bir türü söz konusu olduğunda, piyasa şartlarının eski haline getirilmesi veya bu hale yaklaştırılması gerekir. Karş. Michael Fritsch / Thomas Wein / Hans-Jürgen Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2003.

<sup>33</sup> Gebhard Kirchgässner, Homo Oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 2000, 46 vd.; Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 419 vd., 804 vd.

<sup>34</sup> Ancak, piyasa şartlarının devcut olmaması halinde devlet müdahalesine ihtiyaç duyulacaktır. Fritsch / Wein / Ewers (dn. 32).

<sup>35</sup> Homo economicus esasen bir model olduğundan, bu model basitçe işlenmektedir, ancak gerçekte durum böyle değildir. Bununla birlikte, bu model gerçek toplumsal kurumların mukayesesine yönelik bir referans modeli işlevi görmektedir. Karş. Eidenmüller (dn. 3), 28 vd.; Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, in: JZ 2005, 216, 217 vd.; Englerth (dn. 9), 4 vd.

büyük fayda artışına sahip gereksinimleri karşılamak amacıyla kullanılmaktadır. Homo economicus, bu nedenle rasyonel hareket etmekte ve birçok davranış olanağı arasından kendi şahsi önceliklerine uygun olarak kendisi için en faydalı olan ve en büyük fayda artışını sağlayacak olanı seçmektedir.<sup>36</sup> Bu durumun bir sonucu olarak, kaynaklar kendilerinden en çok faydanın sağlanacağı yere geçer, böylece piyasa koşulları altında kaynakların etkin bir dağılımı sağlanmış olur.<sup>37</sup> Homo economicus modeli her ne kadar katı nitelikteki soyutlayıcı kabullerinden dolayı eleştirilere konu olmuşsa da,<sup>38</sup> netice analizinin (*Folgenanalyse*, ç.n.) aracı olarak kendini kabul ettirmiştir.

Bununla birlikte, transaksyonların yürütülmesi için bireylere hukuk düzeni tarafından mülkiyet haklarının tahsisi şarttır. Piyasa aktörlerinin mallar üzerinde tasarruflarda bulunabilmesi, ancak mülkiyet haklarının tahsisi ile mümkündür. Mülkiyet hakları (property rights), bireyler arasında yaptırım erteleyici davranış esaslı ilişkiler olup, bir malın varlığına bağlı olup ve bu malın kullanımını konu edinmektedir.<sup>39</sup> Bir mülkiyet hakkı vasıtasıyla gerçekleşen bir tasarruf yetkisi (*Dispositionsbefugnis*, ç.n.) tahsisatının üçüncü bir kişi tarafından dikkate alınmaması bir maliyete katlanma mükellefiyeti doğurmaktadır.<sup>40</sup> Bunun haricinde, transaksyonların gerçekleştirilmesinin engelleyici yüksek maliyetlerle piyasada zorlaştırılmaması veya engellenmemesi gerekir. Mülkiyet haklarını kullanması nedeniyle bir kişinin karşı karşıya kaldığı maliyetler, transaksyon maliyetler kavramı ile tanımlanmaktadır.<sup>41</sup> Coase kuramı kapsamında izah edileceği üzere, etkin bir durumun hedeflenmesine yönelik mevcut transaksyonların göz önünde

<sup>36</sup> Mal ve hizmetler için bireysel değer tahmininin nasıl yapılacağı sorusunun cevaplandırılması hem ekonomi hem de hukukun ekonomik teorisi bakımından önem arz eden bir meseledir. Toplumsal refahın değerlendirilmesine ilişkin ölçüt olan bireysel fayda, genellikle bireysel ödeme gücü ile belirlenmektedir. Posner (dn. 2), 16 vd.; Schwintowski (dn. 1), 584; Kirchgässner (dn. 26), 106 vd.

<sup>37</sup> Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 804 vd.

<sup>38</sup> Eleştiri, bilhassa insan davranışının birçok faktör tarafından belirlenebileceği hususunun homo economicus modeli kapsamında ele alınmadığı konusundadır. Bu bağlamda, insan davranışının yalnızca sınırlı olarak rasyonel olduğu bunun bir nedeninin bilgi eksikliği veya özgeci davranışın eylem ilkesi olarak belirleyici olabileceği yönünde itirazlarda bulunulmuştur. Karş. Eidenmüller (dn. 35), 217 vd.

<sup>39</sup> Mülkiyet hakları, bir malı kullanma hakkı (usus), bir malın semerelerinden faydalanma hakkı (usus fructus) ve bir malı değiştirme hakkıdır (abusus). Weigel (dn. 1), 25 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 98 vd.

<sup>40</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 98 vd.

<sup>41</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 65 vd., 79 vd.; Voigt (dn. 1), 30 vd.

bulundurulması bağlamında mülkiyet haklarının tahsisatı önemli bir işleve sahiptir.

### 3. Araştırma Konusu Olarak Hukuk

Hukukun ekonomik teorisinin konusu bizzat hukuktur. Hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararları, bu bağlamda şu soruların yanıtlanması bağlamında araştırma konusu olacaktır: Hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararları, piyasa aktörlerinin davranışını nasıl etkiler? Kullanımlarından maksimal sosyal faydayı sağlayacak şekilde mevcut malların kullanılmasına yönelik teşviklerin sağlanması, var olan hukuki durumla mümkün müdür? Hukukun etkin olmayan bir kaynak dağılımını teşvik ettiği durumlarda ise, hukukun ekonomik teorisi etkin bir durum elde edebilmesi için hukukun nasıl tasarlanması gerektiği sorusunu cevaplamaktadır. Burada hukukun ekonomik teorisi bakımından temel nitelikte olan iki unsur söz konusu olmaktadır: Bunlar netice esaslı ve normatif niteliktedir.<sup>42</sup> Netice esaslılık, hukuki düzenlemelerin ve mahkeme kararlarının bireylerin davranışları üzerindeki etkilerinin tanımlanması ve değerlendirilmesini ifade eder.<sup>43</sup> Neticelerin değerlendirilmesi ise, normatif unsuru oluşturmaktadır. Normatif unsur, hukukun etkilerinin etkinliğin hedefleri üzerinde belirlenmesi ve gerektiğinde hukukun bu hedeflerle uyumlu hale getirilmesidir.

Hukukun ekonomik teorisi, hukuk sistemini bir kurum olarak görmektedir.<sup>44</sup> Kurumlardan kasıt, insanların davranışlarını yönlendiren düzenleme sistemleridir. Bununla birlikte, düzenlemelerin ilgililerce ilkesel kabulünün yanı sıra bunların çiğnenmesi durumunda yaptırımların öngörüleceği ve kabul edileceği beklentisi ortaya çıkmaktadır.<sup>45</sup> Hukukun ekonomik teorisinin yeni hedefi olan yeni kurumsal ekonominin şekillendirilmesi, sosyal refahı artıracak veya her halükarda azaltmayacak kurumların öngörülmesini ifade etmektedir.<sup>46</sup> Hukukun ekonomik teorisi, hukukun kaynakların israfını ne ölçüde engelleyeceği ve böylece etkinliği nasıl artıracığına ilişkin değerlendirmeyi meşru ve gerekli bir ödev olarak görmektedir.<sup>47</sup> Buna göre hukukun ekonomik teorisi

<sup>42</sup> Claus Ott / Hans-Bernhard Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts, in: JZ 1988, 213 vd.; Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, Einleitung.

<sup>43</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 11 vd.; ders., in: JZ 1988, 213, 217 vd.; Eidenmüller (dn. 3), 2.

<sup>44</sup> Hans-Peter Schwintowski (dn. 1), 583 vd.; Voigt (dn. 1), 32 vd.

<sup>45</sup> Kurum kavramı bağlamında karşı Richter / Furubotn (dn. 1), 7 vd.; Voigt (dn. 1), 32 vd.

<sup>46</sup> Eidenmüller (dn. 3), 68 vd.

<sup>47</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 1.



perspektifinden bir hukuki düzenlemenin haklılığı, yalnızca bu düzenlemenin anayasaya uygun olarak oluşturulmuş olmasını değil, aynı zamanda bu düzenlemenin etkin bir kaynak dağılımına katkı sunmasını da ifade etmektedir. Etkin olmayan bir normun yasallığına değil, meşruiyetine şüpheyle yaklaşılabacaktır.<sup>48</sup> Bu perspektiften bakıldığında, bir kurum olarak hukukun etkin bir kaynak kullanımına katkı sunacak tarzda tasarlanması gerekecektir. Hukuk kural olarak değişebilen bir değişken olarak algılandığından, etkin olmayan hukuki bir düzenlemenin dağılım etkinliğinin (*Allokationseffizienz*, ç.n.) normatif hedeflerine yönlendirilmesi ve gerektiğinde buna uygun bir şekilde değiştirilmesi gerekecektir. Ekonomik teori, bu bağlamda şu soruları yanıtlamaya çalışır: Bir hukuk sisteminde mülkiyet yetkilerinin (property rights) nasıl bölüşülmesi gerekir ve bu durum genel sosyal faydanın maksimizasyonu hedefi üzerinde hangi etkilere sahiptir? Ancak bu soruların cevaplandırılmasından sonra, dağılım etkinliği hedefinin erişimi bakımından hukuki yapının nasıl oluşturulacağına ilişkin görüşler beyan edilebilir.<sup>49</sup> Burada esas alınan yönetsel yaklaşım, mikro ekonomide piyasanın başarısızlığı halinde incelenen yaklaşım ile aynıdır.<sup>50</sup>

#### 4. Coase Kuramı

Britanyalı ekonomist Ronald H. Coase'nin ismiyle adlandırılan Coase kuramı, hukukun ekonomik teorisinin temel tezlerini açıklığa kavuşturmuştur.<sup>51</sup> Coase kuramı, hayat gerçeklerinin karmaşıklığını ciddi bir şekilde azaltan basitleştirilmiş bir model varsayımı ile çalışmaktadır. Bu kuram, piyasadaki ticari çözümlerin ve takas sürecinin transaksionlar olmadan mümkün olduğu sürece, hukuk düzeninin biçimlendirilmesi yoluyla mülkiyet haklarının tahsisatının önemsiz olduğunu kabul etmektedir. Transaksion maliyetlerinin etkin bir durumun oluşumunu engellemesi halinde ise, hukukun transaksionlar olmadan işleyen bir piyasanın varlığı için gerekli durumu yeniden yapılandırması gerekir.<sup>52</sup> Kaynakların kullanımının etkinliği, transaksionların olmadığı hallerde mülkiyet haklarının tahsisatından bağımsız bir şekilde bizzat piyasa tarafından sağlanacaktır. Ancak sıkça

<sup>48</sup> Ott / Schäfer (dn. 42), 215.

<sup>49</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 10 vd.

<sup>50</sup> Karş. Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 419 vd.; Fritsch / Wein / Ewers (dn. 32), 89 vd.

<sup>51</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd. Bu eserin Almanca çevirisi için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen 1993, 129 vd. Ayrıca karşı. Coase (dn. 4), *The Firm*, 95 vd., 157 vd.

<sup>52</sup> Eidenmüller (dn. 3), 59 vd.; Weigel (dn. 1), 48 vd.; Richter / Furubotn (dn. 1), 113 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 100 vd.



karşılaştığı üzere, transaksion maliyetlerin oluşması halinde, etkin bir sonuca ulaşmak bakımından piyasa güvenilir bir araç olmayacaktır. Bu durumda kaynak dağılımı doğrudan mülkiyet haklarının tahsisatı vasıtasıyla hukuk düzenince şekillendirilecektir. Dolayısıyla, transaksionların olmadığı taklidi bir piyasa durumunda hangi müzakere neticesinin ortaya çıkacağına ilişkin soru gündeme gelmektedir. Bunun akabinde mülkiyet haklarının, transaksionları azaltılacak ve piyasa mekanizmalarını işletecek tarzda düzenlenmesi gerekir. Coase kuramı basit bir örnekle ortaya konabilir.<sup>53</sup>

Bir yerleşim biriminin sınırları içinde yer alan ve yılda 75.000 Euro kar eden bir fabrika, yaptığı imalat sonucunda bulunduğu yerde ciddi bir kirliliğe neden olacak şekilde kurum salmaktadır. Bu durumun bir neticesi olarak, çevrede yaşayan 100 sakinin kurutma amacıyla bahçelerinde astığı çamaşırlar zarar görmektedir.<sup>54</sup> Her bir sakin bu kurum nedeniyle yılda yaklaşık olarak 500 Euro zarara uğramaktadır. Yıllık toplam miktarı 50.000 Euro olan zararlar, fabrikanın kapatılması ile önlenilecektir. Ancak bu tarz bir yaklaşım Kaldor-Hicks kriteri ile uyumlu olmayacaktır, zira üretim nedeniyle oluşan faydalar kurum nedeniyle oluşan maliyetleri aşmaktadır. Fabrikanın işletmecisinin o yerdeki sakinlerin zararını tümünden tazmin etmiş olması halinde ise, işletmeciyeye kardan geriye 25.000 Euro kalacaktır.<sup>55</sup>

Denkleştirmenin yanı sıra zararın oluşumunu engellemek imkanı da söz konusu olabilir. Kurum nedeniyle ortaya çıkan zararlar bu bağlamda, örneğin 30.000 Euro'luk bir filtrenin fabrikaya takılması suretiyle ortadan kaldırılabılır. Bunun haricinde 100 sakinin her birine bir çamaşır kurutma makinesi almak için 350 Euro verilip, bahçede kurutma amacıyla asılan çamaşırların kirlenmesi engellenebilir. Bu örnekte görüleceği üzere, fabrikaya 30.000 Euro'luk bir kurum filtresi takmak etkin olacaktır. Yalnızca 30.000 Euro değerinde bir filtrenin takılması ile yaklaşık olarak yıllık 50.000 Euro'luk zararlar engellenebilir. Her ne kadar 100 sakinden

<sup>53</sup> Bu örnek Polinsky'den alınmıştır, (dn. 2), 11 vd. Özel hukuk, kamu hukuku ve ceza hukukuna ilişkin diğer birçok uygulama örneği için bkz. Posner (dn. 2); Cooter (dn. 2); Adams (dn. 3); Weigel (dn. 1); Schäfer / Ott (dn. 3).

<sup>54</sup> Bu nedenle yukarıda izah edilen Pareto etkinliği kriteri gerçekleşmemiştir. Fabrikanın kullanılması her ne kadar kara neden olmuşsa da, çamaşırların zarar görmesi nedeniyle sakinlerin durumunda bir kötüleşme gerçekleşmiştir.

<sup>55</sup> Ancak ne Kaldor-Hicks kriterine göre ne de refah maksimizasyonu ilkesine göre bir denkleştirmenin yürütülmesinin zorunlu olmadığını ifade etmek gerekir. Bir denkleştirmenin teorik açıdan mümkün olması her halükarda yeterli olacaktır. Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.

her birine bir kurutma makinesi alınması halinde de zararlar ortaya çıkmayacaksa, bu makinelerin alınması 35.000 Euro'ya mal olacak ve bu nedenle filtrenin takılması nedeniyle oluşacak maliyetleri aşacaktır.

Sosyal maliyetler sorununa ilişkin yönlendirici makalesinde Coase, hukuk düzeninin şekillendirilmesinin yukarıda izahı yapılan etkin neticeler üzerinde ne tür etkiler doğurduğu sorusunu sormuştur.<sup>56</sup> Coase bu bağlamda, bu neticenin gerçekleştirilmesine yönelik transaksyonların sıfır olması koşuluyla, etkin bir durumun ve genel refahın buna bağlı maksimizasyonunun hukuki durumun şekillendirmesinden tümüyle bağımsız olarak ortaya çıktığı sonucuna varmıştır.<sup>57</sup> Transaksyonların sıfır olması halinde etkin bir durum, çatışan kullanımlarda mülkiyet haklarının (property rights) hangi tarafa tahsis edildiği hususundan bağımsız bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki örnekte hukuk düzeninin bir »temiz hava hakkı« öngörmesi halinde, fabrika işletmecisinin kurum salınımı nedeniyle ihlal edilen hakkın ortaya çıkardığı neticelere katlanması gerekecektir. Fabrika işletmecisinin buna uygun olarak üç eylem olanağı söz konusu olacaktır: İşletmeci, fabrikanın işletmesini ya durduracak, ya eskisi gibi havayı kirletecek ve yıllık 50.000 Euro'luk zararı karşılayacaktır. İşletmeci bunun haricinde, o yerdeki sakinlerin her birine bir kurutma makinesi alabilir ve böylece zararın ortaya çıkışını engellemiş olacaktır; ancak bu durumda 35.000 Euro'luk toplam bir maliyet hasıl olacaktır. Son olarak işletmeci, 30.000 Euro'luk bir filtre alıp bunu fabrikasına takabilir. Faydasını maksimize etmek lehine olduğu için, fabrika işletmecisi bu dört olanağın sonuncusu yönünde karar alacaktır ve kurum filtresini fabrikasına monte edecektir. Böylelikle, fabrika işletmecisine hedeflediği kardan arta 45.000 Euro kalacaktır, diğer davranış imkanları ise işletmeciye daha az bir artık fayda bırakacaktır.

Buna karşın hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi durumunda, o yerdeki sakinlerin kurumun salınması nedeniyle ortaya çıkan neticelere katlanması gerekecektir. Davranış imkanları olarak, o yerin sakinleri yıllık 50.000 Euro'luk maliyetleri kabullenebilecektir. Sakinler, kendilerine bir kurutma makinesi satın alabilir (35 000 Euro) veya filtrenin takılması için işletmeciye ortaklaşa 30.000 Euro ödeyebilir. Rasyonel hareket eden bireyler olarak sakinler

<sup>56</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd.

<sup>57</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd.; ders. (dn. 3), The Firm, 95 vd., 157 vd.

de, faydayı maksimizde eden alternatifi tercih edecektir. Buna göre etkin netice -filtrenin takımı- hukuki durumun şekillendirmesinden ve mülkiyet haklarının tahsisatından tümüyle bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Farklılık yalnızca bir kez işletmecinin münhasıran ve bir kez de sakinlerin filtrenin maliyetlerine katlanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Maliyetlere katlanma meselesi ise, ancak münhasıran dağılım etkinliğinin sağlanması bakımından herhangi bir işleve sahip olmayan dağıtıma (*Distribution, ç.n.*) ilişkin bir meseledir.<sup>58</sup> Mülkiyet haklarının şekillendirilmesi bu bağlamda yalnızca maliyetlere katlanmanın distribütif yönünü ilgilendirmektedir, etkin dağılım yönünü ilgilendirmektedir.<sup>59</sup>

Coase, şüphesiz transaksyonlar olmadan müzakerelerin yürütülebildiği bir durumun gerçek olmayan piyasa şartlarına uyduğunun farkına varmıştır.<sup>60</sup> Zira piyasa transaksyonları, daima maliyetlerle bağlıdır.<sup>61</sup> Ancak transaksyonlar olduğu ve dikkate alındığı sürece, mülkiyet haklarının tahsisatı hukuk düzeninin şekillendirilmesi ile kaynak dağılımının refahın maksimizasyonunu sağlaması bağlamında temel bir işleve sahip olacaktır. Yukarıdaki örnek bağlamında, diğer tüm sakinler ile bağlantı kurulması amacıyla hem fabrika işletmecisi hem de her bir sakin bakımından 100'er Euro'luk transaksyon maliyetlerinin olduğu kabul edilirse,<sup>62</sup> hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi durumunda sakinlerin filtrenin ortaklaşa finansmanını organize etmek amacıyla filtre için 30.000 Euro ve transaksyonlar için 10.000 Euro harcaması gerekecektir. Neticede sakinler bakımından toplamda 40.000 Euro'luk bir maliyet ortaya çıkacaktır. Buna karşın, bir kurutma makinesinin edinilmesi bireysel bir karar olup, sakinler arasında bir koordinasyonu gerektirmemektedir ve transaksyon maliyetlerine neden olmamaktadır. 350 Euro'ya bir kurutma makinesi edinme filtrenin montajı için 400 Euro harcamaktan daha uygun olacağından, sakinler fabrikaya ortaklaşa bir filtre takma konusunda müzakere edeceklerine bir çamaşır kurutma makinesi edinecektir. Bu husus, sakinlerin bakış açısından rasyoneldir ve faydayı artırıcıdır. Sakinler, filtrenin takılması

<sup>58</sup> Polinsky (dn. 2), 12; Eidenmüller (dn. 3), 62.

<sup>59</sup> Etkinlik kaynak dağılımına ilişkin bir değişimden ortaya çıkan fayda artışı iken, adalet katılımcılar arasında gelirin dağıtımı ile ilgilidir. Dağıtıcı adaletin tesisi, ekonomik teoriye göre hukukun öncelikli işlevleri arasında yer almaktadır. Polinsky (dn. 2), 7.

<sup>60</sup> Coase (dn. 4), *The Firm*, 95 vd., 157 vd.

<sup>61</sup> Polinsky (dn. 7), 1661 vd.

<sup>62</sup> Posta, telefon, transport ve davranışın koordinasyonuna yönelik müşterek buluşma için gerekli zaman, transaksyon maliyetlerine örnek gösterilebilir.

için 400 Euro ödemek yerine 350 Euroluk bir makine edinerek 500 Euroluk zararı önleyebilirler.

Ancak hukuk düzeninin bir »temiz hava hakkı« öngörmesi halinde, fabrika işletmecisinin 30.000 Euro'yu filtrenin takılması için ayırması söz konusu olacaktır. Bu husus fabrika işletmecisi için transaksyon maliyetleri söz konusu olmadan mümkün olacaktır. Tüm sakinlerle müzakere etmek ise, zarar giderim (50.000 Euro) veya kurutma makinelerinin maliyetlerinin (35.000 Euro) yanı sıra oluşacak tarzda toplamda 10.000 Euro'luk transaksyon maliyetlerine neden olacaktır. Buna göre genel sosyal refahı maksimize edecek netice, hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi halinde değil, aksine yalnızca bir »temiz hava hakkı« öngörmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Transaksyon maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda, hukuk düzeninin şekillendirilmesi ve mülkiyet haklarının tahsisatı böylece önem arz edecektir.

Coase kuramına göre kaynak dağılımının etkin bir hali, transaksyonların hukuk düzeninin şekillendirilmesinden bağımsız olmayan bir tarzda mevcudiyeti söz konusu ise ortaya çıkacaktır.<sup>63</sup> Etkinlik bakımından öncelikli hukuk normu, daha ziyade transaksyonların piyasaya zarar veren etkilerini azaltan ve transaksyonların maliyetini azaltma amacı ile seçilmekle birlikte etkin olmayan neticelere neden olan eylemlerin seçimini önleyen normlardır.<sup>64</sup> Engelleyici nitelikte yüksek transaksyon maliyetlerinin söz konusu olduğu bu durumlarda, Coase kuramı çok yararlı görünmektedir. Hukuk burada, mülkiyet haklarının uygun bir tahsisatı vasıtasıyla varsayımsal bir piyasa neticesini oluşturabilir ve böylece başka türlü elde edilemeyecek bir sosyal fayda artışına katkı sunabilir.<sup>65</sup>

## 5. Eleştiri

Hukukun ekonomik teorisi, bilhassa Almanca konuşulan ülkelerde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu bağlamda öncelikle, farklı disiplinlerin bir araya gelmesi ile oluşan gerilimlere dikkat çekilmiştir. Diğer taraftan, ekonominin hukukun netleştirilmesi amacıyla başvuru temel

<sup>63</sup> Bizzat Coase, kendisi tarafından ileri sürülen temel hususların yanlış yorumlandığını ve kendisinin sanki hukuk düzeninin somut şekillendirilmesini kaynak etkinliğinin sağlanması bakımından önemsiz gördüğünün lanse edildiğini ifade etmektedir. Coase (dn. 4), The Firm, 159 vd.

<sup>64</sup> Polinsky (dn. 2), 12 vd.

<sup>65</sup> Laudenklos (dn. 10), 300.

kabullerinin ekonomi tarafından ne ölçüde daha geniş bir determinasyona gereksinim duyduğu sorgulanmıştır.

Hukukun ekonomik teorisi, kavramsal (*konzeptionell*, ç.n.) yaklaşımı nedeniyle hukuki bir teori olmayıp, ekonomik bir disiplindir. Ekonomik açıdan analiz edilecek ve değerlendirilecek olan hukuk, bu disiplinin araştırma konusunu oluşturmaktadır. Bu disiplinin programının, her hukuk normu ve her mahkeme kararının tüm hukuk dallarındaki ekonomik sonuçları bakımından analiz edilmesi ve değerlendirilmesi olduğu ifade edilebilir. Hukukun ekonomik teorisi, hukuki amaçları etkinliğin referans ölçütünün yanı sıra diğer bir değerlendirme ölçütü olarak kapsamadığından hukukun eleştirisine maruz kalmıştır.<sup>66</sup> Ekonomik teorinin yabancı bir perspektiften hukuka yaklaştığı hususu, bu teoriyi gerek siyasal, gerek ahlaksal, gerek sanatsal, gerekse de dinsel kökenli diğer yabancı yaklaşımlarla paylaşmaktadır. Hukukun ekonomik teorisi bu nedenle, hukukun toplum üzerindeki işlev ve etkilerini kendi referans sistemi bakımından tartışmayı amaçlayan farklı çabaların bir parçasıdır. Hukukun ekonomik teorisi sınırsız bir geçerliliğe sahip olduğundan, hukuk ve ekonomi arasındaki disiplinlerarası alanda kısmi uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hukukun ekonomik teorisine yönelik bir iddia, bu teorinin her şeyi kapsayan yaklaşımının hukukun bağımsızlığına aykırılık yarattığı ve büyüyen hukuki yapıları parçaladığı ileri sürmüştür.<sup>67</sup> Bunun dışında, hukukun ekonomik bir yaklaşımının yargısal denetiminin dışına çıktığı ve bunun hukukun uygulanmasında belirsizliklere neden olacağı ifade edilmiştir.<sup>68</sup> Bu itirazlara karşı, bilgi edinmeye ilişkin geleneksel yöntemleri ile yargının kendi sınırlarına dayandığı ve bir »yöntemsel boşlukta« bulunduğu, bu nedenle bir paradigma değişikliği ve çok defa ekonomide kullanılan matematiksel ve doğa bilimsel yöntemlere yönelmesi yargının hukukun daha iyi bir anlayışına ulaşabileceği argümanı ileri sürülmüştür.<sup>69</sup> Yöntemsel bir eksikliğe ilişkin bu itiraza verilecek cevap, öte yandan bu iddiayı iade etmektedir: Hukukun ekonomik teorisi, esasen kusurlu

<sup>66</sup> Eidenmüller (dn. 3), 8 vd.; Fezer (dn. 15), Rechtskritik an der economic analysis of law, 817; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse, 223.

<sup>67</sup> Fritz Rittner, Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe 1975, 47 vd.; Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomische Analyse.

<sup>68</sup> Rittner (dn. 70), 9.

<sup>69</sup> Richard Posner, The decline of law as an autonomous discipline, in: Harvard Law Review 1987, 761, 772 vd.; Adams (dn. 3), 12 vd., 21; Laudenklos (dn. 10), 308 vd.

olmamakla birlikte her halükarda değiştirilme ihtiyacı olan analiz araçlarını kullanmaktadır.

### 5.1 Kendi Menfaatine Yönelik Olarak Rasyonel Davranan Birey Varsayımı

Hukukun ekonomik teorisi, insan davranışlarının analizinde homo economicus'un referans modelini esas almaktadır. Buradan hareketle, her bireyin kendi menfaatlerini rasyonel bir biçimde ve kendi çıkarına takip ettiği ve bu takibatın faydanın maksimize edilmesi amacına yöneldiği iddia edilmiştir. Homo economicus modeli geçmişte her ne kadar bir tahmin aracı olarak çok defa doğruluğunu ispatlamışsa da, soyutlayıcı ve basitleştirici yapısından dolayı sıkça eleştiriye konu olmuştur. Bu eleştiriler, bilhassa bu modelin analiz aracı olarak işlevini sorgulamıştır.<sup>70</sup> Homo economicus modeli bu bağlamda, insanların gerçek dünyada her zaman doğru olmayan ve davranış bilimlerinin yeni bilgileri ile ampirik olarak çürütülebilecek davranış tahminlerini ortaya koymaktadır.<sup>71</sup>

Bunun haricinde, çok boyutlu bir toplumda var olan heterojen bireysel menfaatlerin değerlendirmesini monopolize eden bir bilgi gaspı olmadan, hukukun müdahaleyi amaçlayan bir analizinin piyasa aktörlerinin gerçek davranış önceliklerini doğru bir biçimde belirlemesinin ne ölçüde mümkün olduğu tartışmalıdır. Bu bağlamda, fayda artırım düzeyinin kişisel öncelikler üzerine kurulan bir karar vasıtasıyla belirlenmesi de ekonominin temel bir sorunu olarak görülmelidir.<sup>72</sup> Genel olarak yalnızca bireylerin arzu edilen bir malı elde etmeye yönelik ödeme gücü (willingness to pay) esas alındığından, çok boyutlu bir fayda kavramına başvurulması mümkün değildir. Bu durum, ödeme gücü göstergesine ilişkin fayda kavramının mali bir boyuta indirgenmesi sonucunu doğuracaktır.<sup>73</sup> Genel sosyal faydanın artırılması hukukun ekonomik teorisinin normatif amacı olduğundan -ki hukuk bu amaca ulaşmada temel araçtır-, kavramın içeriksel kapsamı ve netliği büyük önem taşımaktadır. Mali boyutun tüm davranış biçimlerini rasyonel çıkarıcı

<sup>70</sup> Genel olarak karşı. van Aaken (dn. 17).

<sup>71</sup> Karşı. Englerth (dn. 9).

<sup>72</sup> Bu bağlamda karşı. Anne van Aaken, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie, in: Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, 89 - 118, 92 vd., 96 vd.

<sup>73</sup> Fayda kavramının çok yönlü olduğu ve etkin olmayan bir halin somut olayda daha yüksek toplumsal faydaya neden olabileceğine, ekonomist Richard Layard popüler bilimsel eserinde dikkat çekmiştir: Die Glückliche Gesellschaft, Frankfurt am Main 2005. Ancak burada, fayda kavramını içeriksel bakımdan netleştirecek ve ölçülebilirlik yöntemlerini geliştirecek diğer araştırmalara gereksinim vardır.

olarak kapsayacak durumda olmaması hususuna, diğerlerinin yanı sıra bilişsel psikolojinin verileri de işaret etmektedir. Buna göre bireyler kararlarını sadece sınırlı bir biçimde rasyonel olarak vermektedir, bu nedenle bireyler homo economicus modeline yalnızca kısmen uymaktadır.<sup>74</sup> Beşeri davranış, bilgilerin oluşturulması ve işlenmesi sürecinde rasyonellik eksikliğinin etkisindedir. Bunun dışında, özgeci ve kooperatif davranışların söz konusu olduğu durumların gözden kaçırılmaması gerekir. Hakikat esaslı bir beşeri davranış modeli, böylece homo economicus'un yalnızca sınırlı olarak rasyonel davranan bir birey anlamında bir değişikliği akla yatkın gelmektedir (bounded rationality).<sup>75</sup> Kendi çıkarına yönelik olarak rasyonel davranan insana ilişkin katı kabullerden azade olan yeni kurumsal ekonomi ise, sınırlı bir rasyonelite modelinin uygulamasının pratik olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>76</sup> Beşeri davranışın referans modeli olarak kendi çıkarına rasyonel davranan kişi varsayımından uzaklaşılması suretiyle, hukukun ekonomik teorisinin uygulanmasında yumuşamalar sağlanmaktadır. Referans model olarak homo economicus'un ödevi bağlamında her ne kadar beşeri davranışa ilişkin masraflı tahminlerin yapılması gerekliliği konusunda bir zorluk mevcut ise de,<sup>77</sup> yalnızca sınırlı olarak rasyonel davranan birey modeli fayda artımından başka faktörlerin analize dâhil olmasını olanaklı kılmaktadır.<sup>78</sup>

## 5.2 Dağılım ve Dağıtım Arasındaki Gerilim İlişkisi

Böylelikle dağılım etkinliği ve bölüşüm adaleti arasındaki gerilim ilişkisi yumuşatılacaktır ki bu gerilim ilişkisi yüzünden hukukun ekonomik teorisi birçok açıdan eleştirilerle karşı karşıya gelmiştir.<sup>79</sup> Hukukun ekonomik teorisi, bölüşüm adaletinin sağlanmasını değil aksine etkin bir kaynak dağılımının teminini hukukun birinci işlevi olarak görmektedir; bu nedenle mülkiyet haklarının etkin bir tahsisatına ilişkin talep olası

<sup>74</sup> Eidenmüller (dn. 32), 218 vd.; Englerth (dn. 9), 4 vd.

<sup>75</sup> Schäfer / Ott (dn. 1), 65 vd.; Englerth (dn. 9), 5 vd.

<sup>76</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 4 vd. Hayek, daha evvel geleneksel ekonomideki bilgilerin edinilmesi yöntemlerini nispileştirmiştir. Karş. Matthias Meyer, Überlegungen zur Rationalität institutionenökonomischer Modelle, in: Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, 149 -166, 154 vd.

<sup>77</sup> Personel ve maddi donanım ile bu ödevin adalet tarafından yerine getirilebileceğine, haklı olarak şüpheyle yaklaşmıştır. Laudenklos (dn. 10), 309.

<sup>78</sup> Bu faktörlerin hangileri olabileceği, bir değerlendirmenin nasıl gerçekleştirilebileceği ve bu durumun tahmini yapılacak karar üzerinde hangi etkileri doğurabileceği, hukukun ekonomik teorisinin gelecekteki meselelerinden birini teşkil edecektir.

<sup>79</sup> Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse.



mağdurlara yönelik bir dengeleme yükümlülüğü ile de birleştirilmemektedir.<sup>80</sup> Bölüşüm adaletinin sağlanması, ancak ikincil bir düzeyde ve hukuk dışında gerçekleştirilebilecek politik bir hedef olarak görülmektedir.<sup>81</sup> Hukuk düzeninin şekillendirilmesine yönelik bir hedef olarak bölüşüm adaletinin sağlanmasının dikkate alınmaması, hukukun bir temel işlevine yönelik bir tecavüz olarak yorumlanmaktadır. Hukukun etkinlik ölçütü bağlamındaki katı yönelimi hukuk kültürünü tehdit edecektir, zira hukuk etiği fayda hesabı ile ikame edilecektir. Bu durum, hukukun ekonomik teorisinin bir yandan sosyal açıdan arzu edilmemesi, diğer yandan zayıfları mağdur ettiği ve ekonomik bakımdan kuvvetli olanlar lehine mülkiyet düzenini zımnen değiştirdiği gerekçesi ile reddedilmesi neticesini doğurmaktadır.<sup>82</sup> Ancak neoliberal bir perspektiften ve *laissez-faire*'ye vurgu yapılırken bu itiraz pek dikkat çekmemektedir, zira hür bireylerin oluşturduğu bir toplumda sosyal adaletin devletin müdahaleci tavırlarıyla sağlanmasına pek de önem verilmemektedir.<sup>83</sup> Hukukun ekonomik teorisi bunun haricinde, müşterek beşeri hayatın istenen şekillendirilmesinin kurallarının yalnızca etkin bir kaynak dağılımı hedefini esas almadığını kabul etmektedir.<sup>84</sup> Bu nedenle, daha yüksek bir adalete erişmeye yönelik etkinlik kayıplarının kabulü gerekli olmalıdır.<sup>85</sup> Bununla birlikte hukukun ekonomik teorisi, bölüşüm siyaseti adaleti lehine yüksek nitelikteki etkinlik kayıplarının gerçekleşmesini değil, aksine hukuk sisteminin şekillendirilmesinde etkinliğe öncelik tanınmasını ve bölüşüm adaletinin sonraki aşamada vergi sistemi gibi bağımsız bir kurum vasıtasıyla gerçekleştirilmesini öngörmektedir.<sup>86</sup>

<sup>80</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.; Laudenklos (dn. 10), 299.

<sup>81</sup> Laudenklos (dn. 10), 299; Peter Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, Tübingen 1986, 93.

<sup>82</sup> Jürgen Gotthold, *Zur ökonomischen Theorie des Eigentums*, in: ZHR 1980, 545, 557; Fezer (dn. 15), *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law*; Fezer (dn. 15), *Kritik an der ökonomischen Analyse*.

<sup>83</sup> Bu bağlamda karşı Friedrich von Hayek, *Der Atavismus ›sozialer Gerechtigkeit‹*, in: *Drei Vorlesungen über Demokratie, Gerechtigkeit und Sozialismus*, Tübingen 1977, 23 – 46, 23 vd.; Franz Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart 1937; Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft* / Franz Böhm, Baden-Baden 1980; ayrıca bkz. Tamara Zieschang, *Das Staatsbild Franz Böhms*, Stuttgart 2003.

<sup>84</sup> Posner (dn. 2), Kapitel 2; Polinsky (dn. 7), 1655 vd.

<sup>85</sup> Bu nedenle bölüşümde aşırı eşitsizliğin söz konusu olduğu bir durumda, bölüşüm adaleti kriterinin kaynak etkinliği hedefinin yanında gündeme gelmesi gerekmektedir. Ott / Schäfer (dn. 42), 221 vd.; Andreas Suchanek, *Ökonomische Ethik*, Tübingen 2001.

<sup>86</sup> Polinsky (dn. 2), 10; Schäfer / Ott (dn. 3), 30 vd.



### 5.3 Hukukun Ekonomik Teorisinin Avantajları

Ekonomik etkinliğe hukukun normatif temel değerleri karşısında genel bir öncelik tanınması mümkün değildir. Zira, bir taraftan ekonomik analizin normatif ifadelerce yönlendirildiği, diğer taraftan değerlerden arınmış bir disiplin olmadığından dolayı hukukun da etkin neticeler doğurması gerektiği dikkate alınmalıdır. Hukuk da aynı şekilde, etkinlik hedefi ile çatışabilen ve bu hedefle çözülmesi mümkün olmayan ihtilaflara düşecek normatif ifadeler içermektedir. Bilhassa temel haklar ve diğer temel anayasal ilkelere, kayıtsız şartsız biçimde etkinliğe erişim çabasından daha düşük bir değer atfedilmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir.<sup>87</sup> Ancak bazı çatışmaların gerçekleşme olanağı, temel bir ihtilafın doğmasına neden olmamaktadır. Hukuk ve ekonomi arasındaki ihtilaf potansiyeli de, eleştirel bazı kesimlerin iddia ettiği kadar çok daha düşüktür.<sup>88</sup> Bilakis, ekonomik etkinlik hedefine hukuk çerçevesinde daha büyük bir değer atfedilmesi ve gerek hukuk normlarını gerekse hukuki kararları etkinlik ölçütü ile değerlendirmek daha doğru görünmektedir, çünkü sınırlılık her yerde söz konusu olan genel bir sorundur.<sup>89</sup> Etkinlik, toplumsal kurumların inşasına ilişkin temel ilkelerden sayılmakta ve bu bağlamda devletsel hukuk düzenini de kapsamaktadır.<sup>90</sup> Genel sosyal iyiliğin artırılması, bir amaç olarak ne tümenden reddedilebilmekte ne de esaslı olarak eleştirilebilmektedir; bu nedenle hukukun etkinliği bir değerlendirme ölçütü olarak kabul etmesi gerekmektedir.<sup>91</sup> Hukukun dağılım etkinliği hedefi ile uyduğu durumlarda, hukukun uygulanması ve şekillendirilmesi hukukun ekonomik teorisi tarafından öngörülen hedefler vasıtasıyla gerçekleşmelidir.<sup>92</sup> Hukukun etkinlik ilkesine ilişkin bir yöneliminin hukukun temel değerleri ile çatışması ve pratik bir uyum sağlanamaması halinde ise, hukukun ekonominin önüne geçmesi gerekir. Sağladığı fayda maliyetlerinden fazla olan ve genel sosyal refahın artmasına katkıda bulunan bir hukuk sistemi, arzu edilen bir kurumdur. Bu nedenle,

<sup>87</sup> van Aaken (dn. 72), 89 vd.

<sup>88</sup> Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law, 817; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse, 223; Ott / Schäfer (dn. 42), 213 vd.

<sup>89</sup> van Aaken (dn. 72), 96 vd.; Laudenklos (dn. 10), 310 vd.; Schwintowski (dn. 1), 588.

<sup>90</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 533 vd.

<sup>91</sup> Yeni Almanca kaynaklarda ise, genel olarak etkinlik ölçütünün dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Eidenmüller (dn. 3); ders. (dn. 35); van Aaken (dn. 72); dies. (dn. 17); Laudenklos (dn. 10); Schwintowski (dn. 1); Kirchgässner (dn. 26).

<sup>92</sup> Bilhassa kanun koyucu, fayda maliyet mukayeselerini yapabilmek için netice esaslı bir modele ihtiyaç duymaktadır. Eidenmüller (dn. 35), 217.

hukukun kendini hukukun ekonomik teorisine açması gerekmektedir; ancak hukukun bu teorinin boyunduruğu altına girmemesi gerekir.

\*\*\*

### Kaynakça

#### Birincil Kaynaklar

**Guido Calabresi:** Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), 499.

**Guido Calabresi:** The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), 713.

**Ronald H. Coase:** The Firm, The Market and the Law, Chicago 1988.

**Ronald H. Coase:** The Problem of Social Cost, in: Journal of Law & Economics 3 (1960), 1.

**Harold Demsetz:** Towards a Theory of Property Rights, in: American Economic Review 57 (1967), 347.

**A. Mitchell Polinsky:** Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review 87 (1974), 1655.

**Richard A. Posner:** Economic Analysis of Law, 6. Aufl., New York 2003.

#### İkincil Kaynaklar

**Michael Adams:** Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004.

**Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.):** Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993.

**Robert Cooter:** Law and Economics, 4. Aufl., Boston 2004.

**Horst Eidenmüller:** Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 1995.

**Claus Ott / Hans-Bernd Schäfer:** Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, in: JZ 1988, 213.

**A. Mitchell Polinsky:** An Introduction to Law and Economics, 2. Aufl., Boston 1989.

**Hans-Bernd Schäfer / Klaus Ott:** Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrecht, 4. Aufl., Berlin 2005.

**Wolfgang Weigel:** Rechtsökonomik, München 2003.

# KANUN YOLLARI HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI\* \*\*

Çeviren: Dr. Fazlı DOĞAN\*\*\*

## I. Yasal Düzenleme

Kanun yolları, İmparatorluk zamanında yapılmış yasal düzenlemelerden beri; istinaf, temyiz ve itirazdan ibarettir (bugün için bkz. md. 511-577 ZPO; md. 296-358 StPO). Kanun yolları taraflardan birinin kendisi lehine görmediği bir kararı formel olarak kesinleşmeden önce bir üst mahkemede inceleyerek, ortadan kaldırılmasını sağlayan “usulü vasıtalar”dır (remedia). Buna göre kanun yolları, kararın kesinleşmesini engelliyor ve hukuki uyuşmazlığın sürdürülmesi imkanını veriyor (suspensif etkisi). Diğer bir özellikleri ise meseleyi karara bağlanmak üzere bir üst mercie taşımalarıdır (devolatif etkisi). Daha sonra ortaya çıkan diğer yargı dallarının usul yasaları da kanun yolu konseptini, terminolojisi ve sistemiyle birlikte devralmışlardır (örneğin. md. 64-78, 87-96a ArbGG).

## II. İşlevi

İnsan çok sık hata yapar, doğal olarak hakim de. Bu nedenle hukuk, taraflara ve savcılığa kararın incelenmesine ve düzeltilmesine imkan veren vasıtalar tanımıştır. Üstte de değinildiği gibi [olağan] kanun yolları bu vasıtaların en gelişmiş örnekleridir. İncelemenin öncelikli amacı kararların doğruluk derecesinin yükseltilmesidir (doğruluk güvencesi ilkesi). Yani kanun yolu incelemesi ile takip edilen subjektif hakların elde edilmesi, devletin kovuşturma görevinin isabetli bir şekilde gerçekleştirilmesi ve tarafların menfaatinin en iyi şekilde temsil edilmesine imkan sağlanması hedeflenmektedir. Bu nedendir ki, kanun yolu süreci bir başvuru ile genellikle de taraflardan birinin başvurusu ile başlamaktadır. Kanun yolunun ikinci bir işlevi de (objektif) hukukun korunması ve geliştirilmesidir. Üst kademedeki mahkemeler alt

\* Bu makale, Sn. Dr. Jürgen Weitzel’in “Juristische Schulung” dergisinin Ağustos 1992 sayısında yayınlanan makalesinin aynen çevirisidir.

\*\* Madde numaraları verilen yerlerde kanun adı verilmemiş ise ZPO sözkonusudur.

\*\*\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı - fazlidogan65@gmail.com

kademedeki mahkemelerin kararların kontrol etmek suretiyle hukukta kalite ve yeknesaklığın sağlanmasına katkı da bulunmalıdırlar. Soyut olarak formüle edilen hukuki meselelerin (kanun yolu mahkemelerince) yeknesak değerlendirilmesi sadece bireysel adaletin sağlanmasının vazgeçilmez bir şartı olmayıp, yüksek mahkeme içtihatları aynı zamanda hukukun gelişmesinin de en önemli yoludur. Tarihi gelişimi açısından bakılırsa, kanun yolunun nihai kararı siyasi nedenlerle düşürecek bir merciin önüne getirmek için ihdas edildiği de söylenebilir.<sup>1</sup>

Kanun yolunun sınırlarını, yargılamada makul bir uzatma ve masraf göze alınarak, yeniden karar vermek suretiyle doğru sonuca ulaşma gayreti belirlemektedir. Mahkemenin vereceği karar hatalı bile olsa, hukuki uyuşmazlığın bir defalığına mahkeme önünde görülmesi zorunlu<sup>2</sup> ve hukuk düzeninin güvencesi altında olduğundan, yargılamanın süre ve ekonomik yükünün, kanunun da öngördüğü<sup>3</sup> gibi, hem toplum hem de birey için, uyuşmazlığın önemi ile orantılı olması gerekir. Davanın maddi değeri hukuki uyuşmazlığın önemi açısından bir göstergedir. Bu bağlamda, günümüz itibarıyla malvarlığı değerlerine ilişkin hukuk uyuşmazlıklarında istinaf sınırının miktarı 1200 DM (§ 511a), iş davalarında 800 DM'dir. Bir hukuki uyuşmazlığın önemini belirlemede maddi değer yegane unsur olmadığından, malvarlığı değerlerine ilişkin olmayan ve değeri 60 000 DM'nin altında kalan meselelerde, istinaf her halükarda, temyiz ise, hukuki yarar olmak kaydıyla, ancak söz konusu uyuşmazlığın esaslı öneme haiz olması<sup>4</sup> veya kararın, BGH'nın ya da "Federal Yüksek Mahkemeler Ortak Kurulu"nun<sup>5</sup> bir içtihadından ayrılması ve bu farklılığa dayan(dırıl)ması halinde mümkündür (md. 546).

---

1 Weiizel, in: Erter-Kaufmann (Hrsg.), HRG IV, Sp. 315ff. [Kralın yönetim merkezinin bulunduğu yerde bulunan en üst yargı merciine kararların gelmesini sağlayarak, orada hoşla gitmeyen kararları etkisiz hale getirmek veya istenilen istikamete çevirmek için].  
2) Kesinleşme buna hizmet etmektedir; bkz.Schiller, in: Görilz (Hrsg.), Hukuk Bilimi El Sözlüğü, 1972. Sp. 326.  
3 Karşılaştır BVerfGE 54, 291 ff.  
4 Aydınlatılmaya ihtiyacı olan bir hukuki sorunun somut olayı aşan genel bir önemi olmalıdır. Sorunun açıklaması ayrıca hukuk düzeninin birliğine ve gelişmesine hizmet etmelidir. Karşılatır Prutting. Temyiz izni, 1977, S. 125ff.  
5 Md. 2 ,11,16 RsprEinhG.

### III. İşleyişi

#### 1. Mahkemenin İç Kontrolü ve Dış Kontrol

Kararın kanun yolu marifetiyle kontrolü kural olarak üst derece mahkemece yapılır (iudex ad quem)<sup>6</sup>. Bu durum nihai kararlar için istisnasız böyledir<sup>7</sup>. Olay mahkemesi verdiği nihai kararı artık değiştiremez (md. 318). Basit, başka bir deyimle, süresiz itiraza tabi olan kararlar dışarıdan kontrol ilkesinin istisnasını oluştururlar. Bunlar madde 318'deki bağıllık etkisinin dışındadırlar (arg. md. 577 III ZPO, 18 FGG). Burada kararına itiraz edilen mahkeme veya başkanı (iudex a quo) itirazı kendisi inceler ve yerinde görürse gereğini yapar (bkz. md. 567, 571 ile md. 577 III ZPO, md. 304, 306 II ile md. 311 III 1 StPO). Bu sebeple bu itiraz türünde başvuru, hukuk davalarındaki diğer kanun yollarının aksine, kararı veren mahkemeye (iudex a quo) yapılır (md. 569 I ZPO, 306 I StPO). Mahkeme veya başkanı itirazı yerinde görmezse, dosyayı (md. 571 ZPO, 306 II StPO) itiraz mahkemesine (iudex ad quem) gönderir. Ancak dosyayı göndermesine rağmen kararı veren mahkemenin (itiraz yönünde) değiştirme yetkisi devam eder. İtiraz mahkemesinin kararı itiraz uyarınca değiştirmesi halinde mahkemenin bu yetkisi sona erer. Ancak itiraz mahkemesi başvuruyu, geçersiz olması veya yerinde bulmaması nedeniyle, reddederse<sup>8</sup> (gönderen) mahkemenin (iudex a quo) değiştirme yetkisi yine devam eder. Kararı veren mahkemenin (iudex a quo) kanun yolu başvurusuna rağmen karara müdahale edebilmesi aslında bir üst mahkemenin incelemesi ilkesinin (devolutif etkinin) sadece gerçek olmayan bir istisnasını oluşturur.

#### 2. Tam veya kısmi inceleme

Kanun yolu bir kararın tamamının veya sadece bazı kısımlarının ya da belli yönlerinin incelenmesine izin verebilir. Kanun, kanun yolu bakımından, davanın tamamen yeniden görülmesi şeklinde tezahür eden

6 Adli yargı mercilerinin sırası GVG de tespit edilmiştir: Mahkeme kararları için istinaf mahkemesi esas itibarıyla LG' dir (madde 72, madde 94), nesep ve aile davalarında OLG' dir (madde 119 Bent 1), birinci derecedeki LG kararları için istinaf mahkemesi OLG' dir (madde 119 Bent 3). Temyiz mahkemesi BGH' dir (madde 133 Bent 1; Bayern' deki hususiyetler, karşılaştır EGZPO madde 8, EGZPO madde 7). Diğer mahkeme dallarının merci sıralaması ilgili mahkeme usul kanunlarında düzenlenmiştir.

7 Dolayısıyla 338. Maddeye göre itiraz ve 319. Ve 320. Maddelere göre hüküm ve hadisenin unsurlarının düzeltilmesi talepleri kanun yolu değildir. (yani diğer mahkeme usul kanunlarının benzer düzenlemeleri). İlaveten karşılaştır Weitzel, hadisenin unsurları ve karar kalitesi, 1990.

8 Bettermanu, ZP 88 (1975), 365 (408); Jauemig, ZPR, 23. Aull-(1991), madde 75 III.

„istinaf“<sup>9</sup> (md. 525 ZPO, 318 StPO) ve sadece hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi olanak veren “temyiz” (md. 549, 550 ZPO, 337 StPO) olmak üzere tipik bir ayrıma gitmiştir. Bu meyanda, temyiz sürekli sonuncu, genelde istinaftan sonra devreye giren bir kanun yoludur. İtiraz ile ara kararlar,<sup>10</sup> hakimlik kararları ve usulü işlemlerin, hem hukuki hem de maddi mesele bakımından, denetimi sağlanmaktadır (örneğin md. 570 ZPO, 308 II StPO). İş davaları için de Federal İş Mahkemesine, temyiz baz alınarak yapılandırılan, itiraz yolu (md. 92-96a ArbGG) öngörülmüştür. Bu nedenle bu yargı dalında yapılan itiraz, sadece Eyalet İş Mahkemesinin hukukun bir normunu uygulamadığı ya da yanlış uyguladığı iddiasına dayandırılabilir (md. 93 I ArbGG; bkz. md. 550).

İstinaf ve temyiz ayırımından zaruri olarak, maddi mesele ile hukuki meselenin birbirinden ayrılması mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Ceza yargılamasında, maddi ve hukuki meselenin sınırlarının belirlenmesi klasik bir problem alanıdır.<sup>11</sup> Hakim görüş göre, olayların tespiti ve hukuki değerlendirmenin mantıklı bir ayrımı, özellikle net tanımlanmamış hukuk kavramlarının (örneğin md. 226 StGB’deki “ağır bir değişiklik”=“erhebliche Entstellung”) temyiz kabiliyetinin tespiti bakımından mümkün değildir. Hukuk davalarında bu ayırım özellikle irade açıklamalarının yorumunda sorun çıkarmaktadır. Uygulamada mahkemeler, problemler alanlarda, kural olarak, temyiz mahkemesinin yeniden araştırma yapmak durumunda kalıp kalmadığı sorusunu baz almaktadırlar (yapmak durumunda ise temyizi kabil değil, diğer deyimle hukuki mesele değil). Eğer temyizi istenen mesele; yorum kuralları, fikir yürütme esasları, genel hayat tecrübeleri, bilimsel veriler veya izahdan vareste hadiseler dikkate alınmadan bir sonuca bağlanabiliyorsa meselenin temyiz kabiliyetinin bulunmadığı kabul edilmekte yani maddi meselenin sınırları içerisinde yer almaktadır.<sup>12</sup>

Kanununa belirlenen çerçeve dahilinde, kanun yolu denetimi, tarafların tercihine göre, kararın tümünü kapsayabileceği gibi sınırlandırılabilir de. Hem hukuk hem de ceza yargılamasında (md. 557 I, 344 I StPO) bir

9 Bazen istinafin “ikinci bir ilk derece” açtığı ifade edilir.-istinaf yolunun temel soruları hakkında Bccht, JuS 3990, 829, 1000; jUs 1991, 59, 134; ayrıca karşılaştır C.-D. Schumann, hukuk davalarında istinaf, 4. Baskı (1990).

10 İstisnai olarak hatta nihai karar/-ların (bölümleri): madde 9911, madde 72! VI Nr. 1.

11 Sarstedt-Hamm, Ceza Davalarında Temyiz, 5. Baskı (1982), Rdiun. 324ff.; Roxin, Ceza Davaları, 22. Baskı (1991), madde 53 D II, III.

12 Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 74 VII 2d.

kararı kısmen kanun yoluna götürmek mümkündür. Ancak “itiraz edilen”<sup>13</sup> kısmın ayırık olarak değerlendirmeye ve hakkında karar vermeye elverişli olması gerekmektedir. Bu durum, hukuk davalarında, kendi talebinin mahsubunun istenmesi ve kendi talebi (alacağı) karşılanmadan ifayı reddetmesi, hallerinde söz konusudur, mesela. Yine iddia ve savunma vasıtalarının her biri yargılama konusunun hukuki-maddi olarak bağımsız bölümlerini oluştururlar. Ceza davalarında birden çok failin fiilleri, bir failin birden fazla fiili, hakeza birbiri ile ilişkileri<sup>14</sup> bakımından suç ve ceza konuları yargılamanın bağımsızlaştırılabilir bölümlerindedir. İtiraz edilen kısımların sınırlandırılması esas olarak, kanun yolu başvuruları ve başvuruda gösterilen gerekçelerin kavramsal nitelendirilmesine bağlıdır (örneğin md. 519 III Nr. 2, 554 III). Ancak ayrıntıda çoğu şey belirsiz ve tartışmalıdır.<sup>15</sup>

### 3. Kasasyon ve Reformasyon

Geçerli olarak yapılan ve sonuna kadar sürdürülen kanun yolu davası zorunlu olarak iki farklı karar tarzı ile karşı karşıyadır: Kısmen de olsa kasasyon eden, kaldıran, (iudicium rescindens) hal) ve reforme eden, değiştiren (iudicium rescissorium) hal. Kasasyon ve reformasyonun birbiri ile irtibatlandırılış tarz ve biçimi ile alt ve üst mahkeme arasındaki yetki paylaşımı, temelde farklı türlerde kanun yolu sistemlerini ortaya çıkarmaktadır. 1877’den beri devam eden Alman hukukunun kanun yolu sistemi, düşünülebilecek versiyonlardan sadece bir tanesidir.

**Tam kasasyon sistemi**, geçerli başvuru halinde, üst mahkemeye hatalı ya da hukuka uygun olmayan kararı, sadece bozma ve ortadan kaldırma hakkı veren bir sistemdir. Bu sistemde üst mahkeme yalın kasasyon divanı olarak kendini göstermektedir. Hukuki uyumsuzluğun her yönden değerlendirilmesi ve karara bağlanması tamamen alt mahkemelerin işidir. Kasasyondan sonra da dava tamamen ve istisnasız onların yetki alanına geri döner ve orada kasasyon kararına bağlı (olma mecburiyeti) olmaksızın tamamen yeniden görülür. Kasasyon davasının konusu ile (alt) mahkeme kararı arasında hiçbir bağlantı yoktur. Kasasyon mahkemesinin olumlu yönde kararı etkilemesi ancak aynı davada kanun yoluna birden çok defa geçerli olarak başvurulması halinde mümkün

13 İtiraz ve etmek“ fiilinin birlikte kullanıldığı yerlerde, „itiraz kanun yolu“ değil, tüm kanun yolları bağlamında, kararı kanun yoluna götürme, kararı yanlış bulma kastedilmektedir.

14 Roxin (yukarıdaki 11. Dipnot), madde 51 B III.

15 Müller-Rabe, NJW 1990, 283 ff.

olabilir. 1790'dan beri köklü bir geleneğe sahip olan Fransız Yüksek Mahkemesi, "*cour de cassation*", bu kanun yolu sisteminin öncüsüdür.<sup>15</sup>

Tarihi temelleri olan doktriner bir görüş Alman hukuk sistemi içerisindeki kanun yollarını dahi kasasyon artı takip eden reformasyon şeklinde anlamaktadır.<sup>16</sup> Bu sistem, (alt mahkeme) kararı(nı) değiştiren karar verilmeden evvel, öncelikle kasasyonla alt mahkeme kararının ortadan kaldırılması esprisine dayanmaktadır. Alt derecenin kararını kasasyona taşıyan kanun yolu başvurusu, reformasyonla karşılaştırıldığında, kendi başına bir yargılama amacı olarak algılanmalıdır. Buna göre, kanun yolları öncelikle, usulü vasıtalar olarak, istinaf ve temyiz; genel ve özel dava şartları bulunan, alt derecedekinden farklı ve bağımsız dava konusu olan, kurucu davalardır. Dava konusu ise taraf talebi üzerine belli bir mahkeme kararının kaldırılmasıdır. Bu sisteme göre, itiraz edilen karar kaldırıldıktan, yani başvuru başarılı olduktan sonra, kanun yolu mahkemesinin baştaki (alt mahkemenin) dava konusu hakkında karar verme yetkisi doğmaktadır. Eğer kanun yolu denetimi bir üst derece mahkeme tarafından yapılıyorsa, bu ilke orada evleviyetle geçerlidir. Verilmiş, tefhim edilmiş bir mahkeme kararına müdahale edilmesi bu kanun yolu sisteminde belirleyici unsur olduğundan, itiraz edilenin kesinleşmiş ya da kesinleşmemiş bir karar olması, hükmüm kesinleşmesinin durdurulup durdurulmadığı, kararın, veren mahkemece mi (iudex a quo) üst mahkemece mi (iudex ad quem) kaldırıldığıнын bir önemi yoktur. Bu anlamda, kanun yolları (Rechtsmittel) bir karara itiraz etmeye ve ortadan kaldırmaya yarayan tüm "usulü vasıtalar"dır (Rechtsbehelfe): Yargılamanın iadesi (md. 578-591 ZPO, 3359—373 a StPO), gıyapta verilen karara itiraz hakkı (md. 338), istinaf, temyiz ve itiraz<sup>17</sup>.

Kanun yollarına dair hakim görüşten ayrılan bu teori, en azından bakışımızı kanuni sistematığın özellik arz eden hususlarına yoğunlaştırmaktadır. Böylelikle bir kere tefhim edilmiş olan mahkeme kararının özgün bir değerinin olduğunun, bunun da sadece bir devlet işi olmasından ötürü değil, aksine ciddiye alınması gereken bir mesai performansının sonucunu olarak ortaya çıkmasından kaynaklandığının altı çizilmektedir. Buna karşılık, kanun yolları hakkındaki mevcut yasal

15) Sonnenberger-Schurinbergtr, Fransız Hukukuna Giriş, 2. Baskı (1986), S. 172f., 183f.

16) Gilles, Hukuk Mahkemeleri Usulünde Kanun Yolu, 1972

17) Karşılaştırmalı Gilles' in kitabına ilişkin müzakereler; Beilenuimn, ZJP 88 (1975), 365ff.; Arms, AcP 173 (1973), 473; Lindather, FamRZ 1973, 279; Ritter,}-/. 1975, 360; Habscheid, NJW 1974, 635.



sistem, ilk derecenin kararını sıfıra indirgeme, ilk derece yargılamasını da bağlayıcılığı olmayan, üst mahkeme tarafından daha sonra verilecek „asıl“ karar için bir ön alıştırma seviyesine düşürme tehlikesini içinde barındırıyor<sup>18</sup>.

Kanun yolu sisteminin temel konsepti, reformasyon yolu ile kasasyon olarak tanımlanabilir. <sup>19</sup> Davada ileri sürülen uyuşmazlık konusunun, reforme eder şekilde yeniden ele alınması ya da incelenmesine devam edilmesi, kanun yolu davasının üzerinde o derece etkili ki (kanun yolu davasının) kendi uyuşmazlık konusu bile bulunmuyor. Kanun yolu başvuruları (md. 519 III Nr. 1, 554 III Nr. 1), yeni bir dava açmaya yönelik olmayıp, aksine davanın devamın isteyen taleplerdir. Son tahlilde üst derecenin sonucu ile ilk dereceninkinin karşılaştırılması ve ilk derece kararının kaderi hakkında bir kanaate varılması gerektiğinden, ilk derecenin kararı ancak (üst) derecenin yeniden incelemesinin sonunda tekrar devreye giriyor. Hüküm ise şu şekilde formüle ediliyor:

„Davacının ... Eyalet Mahkemesinin ... tarihli kararına karşı yaptığı istinaf başvurusu reddedilmiştir.“

Ya da

„Davalının istinaf istemi üzerine ...Eyalet Mahkemesinin ... tarihli kararı kaldırılmıştır“.

Hükümde bunu, esasa, masraflara ve geçici icra edilebilirliğe dair kararlar izler.

1877 tarihli kanun yolu sistemi, geleneksel bir kaprisin sonucu olarak değil, daha ziyade bir zorunluluk olarak kesinleşme kriterine bağlıdır. Kanun yolları kesinleşmeyi engeller, işin doğası gereği durdurucu (suspensif) etkileri vardır. Kesinleşme bu zamana kadar, diğer birçok Avrupa hukuk sisteminde halen olduğu gibi, belirleyici bir kriterdir. İlk derece kararını marjinalleştirilmesi nedeniyle, “reformasyon yoluyla kasasyon” sürecinde başvuru ile birlikte yetki de üst mahkemeye geçmektedir. Bu durum yukarı taşıma (devolutif) etkisini de kanun yollarının tabi karakteri haline getirmektedir. Basit itiraz yukarıda „iç kontrol- dış kontrol“ başlığı altında açıklanan yukarı taşıma ilkesinin tanımına uymadığı gibi, süresiz bir kanun yolu olarak durdurma etkisi de yoktur. ZPO başka yerlerde de kanun yolu sisteminin önemli bir unsuru

---

18 Weitzel, DuR 1975. 353 ff.; Gilles, in: dm. (Hrsg.). Humancjusoz.»77. S. 154. 166.

19 Bctlermann, ZP 88 (1975). 369ff.. 386.

olarak „itiraz etme“<sup>20</sup> talebine tamamen duyarsız kalamamıştır. Bu nedenle zaman zaman, yargılamanın halen sürüyor olması açısından bakıldığında, mevcut kanun yollarının, „itiraz etme“<sup>21</sup> prensibinin unsurlarını da içinde barındıran, çift tabiatlılığından bahsedilir.<sup>22</sup>

Daha önceki olağanüstü kanun yolları, 1877 tarihinde kendilerine özgü „usulü vasıtalara“ dönüştüler. („Yargılamanın iadesi“ md. 578ff. ZPO, 359ff. StPO). Mevcut haliyle itiraz büyük oranda yeniden kurgulanmıştır.<sup>23</sup> İtiraz, basit yani süresiz ve acele itiraz yani süreli itiraz şeklinde ortaya çıkmıştır ( md. 567, 577 II 1). Acele itiraz kanunda zikredildiği hallerde mümkündür. „İleri“ itiraz („weitere“ Beschwerde) itiraz mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraza denmektedir (§§ 568 II, 568a). Eğer ilk itiraz „acele itiraz“ idiye, bu („ileri“ itiraz) da acele itirazdır. İtiraz kanun yolu, öğrenme davalarından ziyade, itirazdan başka kanun yolu da öngörülme, icra davalarında<sup>24</sup> ve FGG25 davalarında, önem kazanmaktadır.

#### IV. Başvuru Koşulları

Kanun yolu başvurusunun başarısı, kanunda öngörülen koşullara uygun olmasına ve „itiraz edilen“<sup>26</sup> sebebin haklı gerekçelere dayan(dırıl)masına bağlıdır. İtiraz edilen sebeplerin incelemesine geçilmeden önce, davada olduğu gibi, başvurunun kanuni koşulları taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.<sup>27</sup> Kanun yolu koşulları ile hedeflenen kanun yolu davasını birbirinden ayırmak gerekir. Başvuru koşullarından farklı olarak, kanun yolu davası onun haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığı ile ilgilidir. Genel olarak dava şartları ve özel olarak da kanun yolu koşulları mevcutsa başvuru geçerlidir. Aşağıda inceleyeceğimiz kısım sonuncu yani tamamı res’en dikkate alınması gereken kanun yolu koşullarıdır.

##### 1. Kanun yolunun öngörülmüş olması

Öncelikle kanun yolu caiz olmalıdır. Kanun yolunun caiz olması demek, „itiraz edilen“<sup>28</sup> karar karşı o kanun yolunun öngörülmüş olması demektir

<sup>20</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>21</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>22</sup> So Arens, AcP,173 (1973), 474.

<sup>23</sup> Zu ihr Lüke, JuS 1979, 863 ff.

<sup>24</sup> Madde 704 ff, madde 793; kısmen Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu düzenlemelerine atıfta bulunan Rekabet, Uzlaşma ve Cebri Arttırma Usulleri.

<sup>25</sup> FGG madde18ff.; karşılaştır Luke, JuS 1979. 866.

<sup>26</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>27</sup> Jauernig. in: Festschr. f. Schiedermaier, 1976. S. 289; ders. (yukarıdaki 8. Dipnot), §33 V 4..

<sup>28</sup> Bkz. Dipnot 13.

(§§ 519b, 554a I, 574 Satz 1). İstinaf, AG ve LG'nin ilk derece olarak (md. 511) verdikleri son kararlarına ve yasal olarak son kararlarla eşdeğer tutulmuş bazı ara kararlara karşı öngörülmüştür (örneğin md. 280 II, 304 II). İstinaf ayrıca md. 513 II, 345 gereği gıyapta verilen ikinci karara karşı da öngörülmüştür.

Temyiz OLG'nin istinaf derecesi olarak verdiği son kararlara karşı öngörülmüştür (md. 545-547, 621 d). Burada bazı ara kararlar son kararlara denktir. Şunu da belirtmek gerekir ki kanunun izne tabi temyiz ile kıymete bağlı olmayan (md. 547, 621 d II) ve dahi kıymete dayalı temyizi (md. 546 I) çok karmaşık bir şekilde OLG iznine tabi temyiz (md. 546. 621 dl) ile BGH'ce gerçekleştirilen kabule şayanlık incelemesini (md. 554b) de kapsayacak şekilde genişletmesi ayrıca kıymete bağlı temyizi BGH'nin kabule şayanlık incelemesinin yanında OLG'nin iznine de bağlamasından beri, temyize ilişkin bazı unsurlar oldukça tartışmalıdır.<sup>29</sup>

Bu geniş alana ilişkin sadece şu kadarını belirtmekte fayda var: BGH değeri yeniden tespit edip 60 000 DM üzerine çıkarmak suretiyle temyiz hakkı tanıyabileceğinden, malvarlığına ilişkin meselelerde OLG tarafından belirlenen kıymetten bağımsız olarak ilgilisinin temyiz (hakkı) vardır, md. 546 II 2, 554 II.<sup>30</sup> Buna karşın malvarlığına dair olmayan uyuşmazlıklarda temyiz hakkı, sadece, OLG'nin kararında, meselenin ilke bazındaki önemi ya da içtihat birliğinin korunması nedeniyle, açıkça izin vermesi halinde vardır.<sup>31</sup> Bu denklemde BGH, OLG'nin verdiği temyiz izni ile bağlıdır (§ 546 I 3). Değerin ( ki bu durum BGH'nin değeri yükseltmesinden sonra da ortaya çıkmış olabilir) 60 000 DM üzerinde ise ve md. 554 b'ye göre yapılan kabule şayanlık incelemesi çerçevesinde, kanun yolu başvurusunun sonuç itibarıyla başarılı olma şansı mevcutsa, „ilke bazında önem“ eksikliği neden ile başvuru reddedilemez çünkü bu BGH'nin kendi iş yükünü kanuna aykırı olarak kendisini tespit etmesine yol açabilecektir.<sup>32</sup> Anayasa tarafından takdir hakkının kısıtlandığı bu gibi durumlarda esasen gerçekte bir “kabule bağlı temyiz”in (Annahmrevision) varlığından bahsedilemez. İş yargı dalında sadece “izne bağlı temyiz” (Zulassungsrevision) mevcuttur (md. 72,72a ArbGG). LG ve iş mahkemelerinin ilk derece kararlarına karşı

---

29 Prütting, NJW 1980, 361 (365); Jauring (yukarıdaki 8. Dipnot) madde 74 II.

30 Lassig, NJW 1976, 271 (.Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 74 II 2.

31 BGH, NJW 1980, 785.

32 BVerfGE54. 277 (293); 55. 206.

md. 566a ZPO, md. 76 ArbGG gereği istinaf yerine temyiz mümkündür. Ancak bu atlama temyiz (Sprungrevision), eğer sadece ilke bazında önemli olma ihtimali olan hukuki meselelerde ihtilaf söz konusu ise bir anlam ifade eder.

İtiraz ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde (özellikle md. 71 II, 91 a II, 99 II, 135 III, 387 III), ve duruşma gerektirmeyen, hüküm niteliğinde olmayan, dava ile ilgili bir talebin reddedilmesine dair kararlara, karşı mümkündür (md. 567 I). OLG kararlarına karşı kural olarak itiraz öngörülmemiştir (md. 567 III). Eğer “hukuk uzmanı” (Rechtspfleger) karar vermişse, öncelikle “hatırlatma” yoluna başvurulmalıdır (md. 11 RPfIG). İçtihatlar, itirazı, en nihayet bu haliyle öngörülmemiş olan ya da ait oldukları dava icabı kanunda öngörülmemiş kararlar için de kabul etmiştir.<sup>33</sup>

## 2. Şekil ve Süre

Kanun yolu başvurusu kural olarak bir dilekçe ile mahkemeye yapılır (örneğin md. 518, 553, 569). Hukuk yargılamasında başvuru, istinaf ve temyizde, kanun yolu mahkemesine,<sup>34</sup> itirazda ise her halükarda kararı veren mahkemeye (iudex a quo) yapılır. Kanun yolu başvuru dilekçesinin, kanun yolu mahkemesinde avukatlık yapmasına izin verilmiş, bir avukat tarafından imzalanması zorunludur. Uygulamada telgraf, faks ve elektronik posta yoluyla yapılan başvurularda kabul edilmektedir.<sup>35</sup>

Basit itiraz dışındaki tüm kanun yolları süreye bağlıdır. İstinaf ve temyiz başvurusu, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, ancak en geç tefhimden itibaren beş ay içinde yapılmalıdır (md. 516, 552 ZPO, 661, 72 V ArbGG). Acele itiraz iki haftalık kesin bir süre içinde yapılmalıdır (md. 577 II).

İstinaf ve temyiz başvuruları mutlaka gerekçeli olmak zorundadır (md. 519, 554). İtirazda gerekçe zorunluluğu sadece bazı özel durumlar için öngörülmüştür (örneğin md. 621 e, 629a II). Gerekçe başvuru dilekçesi ile birlikte de verilebilir. Ancak uygulamada gerekçe, genellikle, ayrı bir şekilde kanun yolu başvuru tarihinden sonraki bir ay içinde verilmektedir. Gerekçe süresi kesin bir süre olmamasına rağmen md. 233 eski hale getirme imkanı tanımaktadır. Gerekçe yazısının da bir kanun

33 BGHZ 34, 251; BGH. NJW 1964, 1418.

34 iudex a quo daki ceza davalarında. CMK madde 314 I. madde 341 I.

35 BGH, NJW 1983, 1498

yolu mahkemesi avukatı tarafından imzalanmış olması gerekmektedir. İstinaf ve temyiz gerekçesinin zorunlu bir muhtevası vardır (md. 519 III, 554 III). İstinaf başvuru sahibi<sup>36</sup> kararın hangi noktalarına itiraz ettiğini, kararda hangi kısımların değiştirilmesini talep ettiğini açıklamak durumundadır. Bu istinaf talepleri<sup>37</sup> yeniden görülecek davanın ve verilecek kararın çerçevesini belirlemektedir (md. 525, 536). Bunun yanında istinaf sebepleri açıkça ve tek tek sırlanmalıdır. Yani hangi olayların yanlış tespit edildiğinin ve alt mahkemenin hangi hukuki görüşlerinin yanlıcı görüldüğünün açıklanması gerekmektedir. Kararın ya da esas alınan bilirkişi raporunun yanlış olduğuna dair genel iddialar gerekçe olarak yeterli değildir.<sup>38</sup> Md. 519 III Nr. 2'nin lafzına rağmen ("tek tek sırlanan sebepler...") tartışmalı olan sadece bir noktada yeterli bir gerekçe ortaya konmuşsa, bugün artık istinaf tümüyle geçerli kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Birden fazla talep sozkonusu ise, her talep için (en az) noktasal olarak bir gerekçe ortaya konmalıdır. Detayda, istinaf gerekçesinin içeriğinin, derece mahkemesinin başvuru sebeplerinin haklı olup olmadığına dair incelemesini, hangi ölçütlere göre hangi oranda etkileyeceği, md. 519 III 2 ile md. 537, 525 arasındaki sürtüşmeli etkileşim nedeniyle tartışmalıdır.<sup>40</sup> Taraf yeni olaylar ve deliller ileri sürmek istiyorsa, bunlar gerekçede mutlaka ve net olarak gösterilmelidir. İlgili taraf bunu yapmamışsa, bunları daha sonra ileri sürmesinin engellenmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir (md. 527 I, 296 I). Temyiz başvuru sahibi de kararı, hangi noktalarda temyiz ettiğini ve kararın hangi kısımlarının kaldırılmasını istediğini açıklamak zorundadır. Kıymete dayalı temyiz gerekçesi, meselenin neden „ilke bazında önem“e haiz olduğunu ortaya koymalıdır.<sup>41</sup> İhlal edildiği iddia edilen hukuk normu belirtilmelidir (md. 559 II de dikkate alınmalı!). Usul kuralları ihlal edilmiş ise, usul ihlali iddiasını gerekçelendiren olaylar açıklanmalıdır. Burada md. 278 gereği (taraf) açıklamalarına (savunmasına) yeterince imkan verilmemesi, md. 139'a göre mahkemece haklarının yeterince izah edilmemesi, taleplerin göz ardı edilmesi, delillerin yanlış değerlendirilmesi gibi hususlar söz konusu olabilir.

<sup>36</sup> Kanun yolu h.M. ye göre dava olmamasına rağmen, istinaf ve temyiz davacısı, veya davalısı bizzat kanunda kullanılmıştır.

<sup>37</sup> Örnek: itiraz edilen hükmü iptal etmek ve davayı iptal ve reddetmek; ya da: ilk derece hükmünü tadil ederek davalıyı ..... DM ödemeye mahkum etmek. W Hinw. Baur, ZPR, 6. Baskı, 1989). Rdnr.219.

<sup>38</sup> BGH, NJW 1981. 1620f.; Sthumann (yukarıdaki 9. Dipnot). madde 11 I.

<sup>39</sup> Müller-Rabe, NJW 1990, 284; BGH, NJW 1984, 177; 1985, 2828

<sup>40</sup> Müller-Rabe, NJW 1990, 287ff.

<sup>41</sup> BGHZ 66, 276 ya göre ilkeselliğin temyiz gerekçesine bağlanması yeterlidir.

### 3. Hukuki Yarar

Kanun yoluna başvurusuna vize verilip verilmeyeceği hususu, başvuranın buna yararı var mıdır sorusunun cevabına bağlıdır. Çünkü sadece, bir karar nedeniyle menfaatine dokunulanların, dikkate alınmaya değer hukuki koruma ihtiyaçları mevcuttur.

Kanun başvuru koşullarını doğrudan değil de dolaylı olarak (md. 2, 546, 554 b 1) ve başvuru meblağları tespit etmek suretiyle düzenlemiştir. Bu nedenle yararın belirlenmesine ilişkin kriterler konusundan birkaç noktada tartışma vardır.

Maddi ve şekli yarar ayrımı söz konusudur. Başvuru sahibi karar nedeniyle bir şekilde maddi olarak zarar görmüşse, karar onun hukuki durumunu madden haleldar etmiş demektir. “İtiraz edilen”<sup>42</sup> kararın hüküm kısmı, başvuranın, kararı veren derecedeki talebinden aleyhine olarak sapmış ise, başvuran karardan şekli olarak (formel) olumsuz etkilenmiş demektir. Önceki derecedeki davacının, dava nedeniyle, şekli olarak zarar görmüş (yararının zedelenmiş) olması şarttır. Mesela, talebinden daha azına hükmedilmesi, ancak ek bir talep ile sonuca ulaşması veya tümü talep edildiği halde, davalının parti parti ödemesine hükmedilmesi gibi.<sup>43</sup> Son örnekteki ihtimal de gösteriyor ki yararın olup olmadığı her zaman son kararın içeriğine dayanmak zorunda değildir. Sadece kararın gerekçesi tek başına yararın ihlalini oluşturmaz. Ancak kararın hüküm fıkrası yoruma muhtaç ise, tam anlaşılmıyorsa, gerekçe de anlam bakımından yararın ihlaline esas alınabilir.

Davalı için her halükarda yeterli olan şekli yararın yanı sıra, maddi yararın hangi oranda yeterli olacağı tartışmalıdır. Özellikle içtihatlar büyük oranda (davalı için de) maddi yararı yeterli görmektedir, yargılama esnasında davalı talebi kabul etmiş (md. 307) olsa dahi.<sup>44</sup> Aslında burada davalı korunmaya muhtaç görünmemektedir. Bu durumda ancak davalının hiçbir talep ileri sürmemiş olması halinde, kanun yolu başvurusu tek başına maddi yarara dayandırılabilir. Bu yasak değildir (md. 331, 333) ve sınırlı taraf serbestisi nedeniyle davalıya karşı gıyabında karar verilemeyen boşanma davasında (md. 612 IV) dahi usul ekonomisine katkısı nedeniyle yadırganmamaktadır. Boşanma davalarında karardan olumsuz etkilenmeyen yani şekli olarak yararı

---

<sup>42</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>43</sup> BGHZ48, 357, BGH, NJW 1982. 1048.

<sup>44</sup> BGH NJW, 1955, 54.5. Rspr.

zedelenmeyen davacı dahi, üst derecede boşanma davasından vazgeçmek için,<sup>45</sup> (evliliğin devamı için) kanun yoluna başvurulabilir.

Mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, itiraz hariç,<sup>46</sup> kanun yolu başvurusu net olarak belirlenmiş, parasal sınırlara bağlanmıştır (md. 511 a, 546). Burada kıymete bağlı temyiz için esas alınan yarar sınırı ile istinaf ve dava masrafları için belirlenen başvuru sınırı ayırımından bahsedilebilir. Bu sınır ile kastedilen, kanun yolu başvurusunda bir önceki derecenin kararının değiştirilmesine yönelik somut taleptir. Yararın değeri, başvuru dilekçesinden bağımsız olarak, kanun yolu davacısının önceki derecenin kararı ile oluşan zararına göre belirlenir. Bu nedenle “itiraz edilen”<sup>47</sup> miktar yarar değerinin (görülen zararın) altında olabilir, örneğin kanun yoluna başvuran talebinin bir kısmını takip etmekten vazgeçerse.

## **V. Kanun Yolu Davası**

Kanun yolu mahkemesi öncelikle başvuru şartlarının mevcut olup olmadığını inceler (md. 519b I, 554a I 1). Bu inceleme duruşmasız yapılabilir. Bu durumda gerekli şartları taşımayan başvuru (dosya üzerinden verilen) kararla reddedilir. Sair hallerde duruşma için gün belirlenir. Başvurunun geçersiz olduğu duruşmalı inceleme esnasında ortaya çıkarsa, burada verilecek bir kararla başvuru esastan reddedilir. Başvurunun reddedildiği aşamalara göre buna karşı kanun yolları da farklı farklı olur.<sup>48</sup>

Kanun yolu davası, kanunda farklı özel düzenlemeler (md. 511 vd. veya 544 vd.) olmadığı sürece, ilk yargılaması için geçerli olan kurallara göre yürütülür. Farklı düzenlemeler de öngörülmüştür (md. 523, 557). Kanun yolu yargılamasının ilk derecedeki kurallara tabi olması, prensipte tüm taraf işlemlerinin (örneğin talebin değişmesi, karşı dava) ve karar türleri (örneğin kısmi kararlar), istinaf davasında da geçerli olması demektir. Bu dava ilk derecenin devamı niteliğinde olduğundan, her iki derecenin, duruşmaları, isticvaplari ve delilleri birlikte geçerlidir. Yeni talepler ve istinaf gerekçesi daha belirleyici olmak kaydıyla, kural olarak ilk derecenin taraf pozisyonları geçerliliğini korur. İstinaf davalısı (sadece) başvurunun esastan reddini ya da (istemin) kısmen reddini talep edebilir.

---

45 J auernig (yukarıdaki 8. Dipnot). madde 91 II 17; BGH, NJW-RR 1987, 387.

46 Ters istisna: madde 567 II

47 Bkz. Dipnot 13.

48 Meyer, JZ 1961,414.

İlk derecenin kararının kendi lehine (düzeltmesini) iyileştirilmesini istiyorsa katılma yoluyla istinaf (md. 521) başvurusu yapmak zorundadır. İstinaf mahkemesi ilk derecenin kararları ve değerlendirmeleri ile bağlı değildir. Ancak ilk derecenin kararındaki tespitlerin, orada taraflarca ileri sürülenlerin (md. 314) delili olduğu unutulmamalıdır. İstinaf mahkemesi bir tanık ifadesini farklı değerlendirmek, tanıklardan birinin ifadesinin inandırıcılığına farklı bir nazarla bakmak istiyorsa, bu tanığın ifadesini yeniden almak zorundadır.<sup>49</sup>

Alman hukukunda, istinaf davası taraflarına önceleri sınırsız olarak tanınan yeni olay ve delil ileri sürme hakkı, zamanla zorlaştırılmış ve sınırlandırılmıştır. Yeni vakıa ileri sürülmesinin gecikme nedeniyle engellenmesi bugün, md. 523, 527, 528 aracılığıyla geniş bir çerçevede mümkündür.<sup>50</sup>

Temyiz davasının konusu da temyiz davacısının talepleri ile belirlenmektedir (md. 554 III Ziff. 1, 559). İncelemenin sadece hukuki meselenin değerlendirilmesi ile sınırlı olması nedeniyle, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi mümkün değildir (md. 561). Tam da bu nedenle yeni taleplerin ileri sürülmesi ve kural olarak davanın değiştirilmesi de caiz değildir. *BGH*, temyiz mahkemesi olarak, istinaf mahkemelerinin maddi meseledeki tespitleri ile bağlıdır (md. 561 II). Yeni vakıaların dikkate alınmamasının istisnaları olarak; “itiraz edilen”<sup>51</sup> bir usul kuralına (örneğin md. 55f Nr. 2 i.V. ve md. 554 III Nr. 3b), re’sen gözetilmesi gereken bazı dava şartlarına (bkz. md. 549 II) ve içtihatlarla göre, muhtemel yargılamanın iadesi sebebine (örneğin md. 580 Nr. 3) ilişkin vakıaların ileri sürülmesi mümkündür.<sup>52</sup>

***BGH* bu incelemede** ileri sürülen temyiz sebepleri ile bağlı değildir (md. 559 ), aksine konuyu hukuki yönü itibariyle tamamen incelemek durumundadır. Dolayısıyla sınırlamalar re’sen gözetilmesi gereken usul hataları için geçerli değildir (md. 549 II, 559 ). İnceleme kapsamı maddi hukuk yönüyle de, temyiz kabiliyeti olan yani temyiz davasında incelenebilir hukuk normu ihlali (md. 549 I, 550) kavramı ve “itiraz edilen”<sup>53</sup> kararın (bu) hukuk ihlaline dayanması mecburiyeti (md. 549 I, 551) ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Hukuk normu ile md. 561’in temyiz

<sup>49</sup> *BGH*, NJW 1982, 1053.

<sup>51</sup> Karşılaştır Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot). madde 73 V.

<sup>52</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>53</sup> Konuya dair karşılaştır Gottwald, *olgular mercii* olarak temyiz mercii. 1975.

<sup>54</sup> Bkz. Dipnot 13.



mahkemesi için bağlayıcı maddi meseleye ilişkin tespitlerin aksi olarak md. 549, 550'de öngörülenler kastedilmektedir. Kanunlar ve yönetmelikler, örf-adet kuralları, tüzel kişilerin tüzükleri<sup>54</sup> (sözleşme) genel kurallar(ı) içinde yer alan tipik şartlar hukuk normlarıdır<sup>55</sup>. Böyle bir hukuk normu, sadece Federal Hukuk içinde ise ya da bir OLG'nin yetki çevresinin dışına taşan bir geçerlilik alanına sahip ise temyiz kabiliyeti vardır.<sup>56</sup> ZPO sadece böyle durumlarda içtihatların birleştirilmesine ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda ZPO'ya göre yabancı hukukun da temyiz temyizi mümkün değildir<sup>57</sup>. Her hukuk normunu temyiz edilebilir gören md. 73 I ArbGG farklılık gösteriyor. Alt mahkemenin temyiz kabiliyeti olmayan kanunların varlığına ve içeriğine ilişkin görüşü temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır (md. 562). Temyiz de davanın devamı çerçevesinde inceleme yaptığından, temyiz mahkemesi, alt derecenin kararını tefhiminden sonra meydana gelen yasal değişiklikleri dikkate almak durumundadır. Aynı şey temyiz kabiliyeti olmayan normlar için de geçerlidir.

Bir hukuk normu hiç uygulanmamış veya yanlış uygulanmış ise hukuk ihlal edilmiş olur (md. 550). Bu bağlamda, normun her türlü yanlış anlamlandırılması, kanunun tanımında yer alan unsurların yanlış yorumlanması, olaya yanlış kanun maddesinin tatbiki, sayılabilir. Hukuk normu olmamasına rağmen olayların değerlendirmesine hizmet eden tecrübe kuralları (örng. dilin yaygın kullanım tarzı) ve genel düşünme kuralları buraya girer. Bunlar da aynen yorum kurallarına aykırılık gibi temyiz kabiliyetine haizdirler.<sup>58</sup> Kanun yolunun davanın devamı olması ilkesi gereğince, ilk yargılaması sona erdiğinde henüz mevcut olmayan kanunun uygulanmaması da bu kapsamdadır.

Eğer ihlal kararın verilme sebebini oluşturuyorsa, itiraz edilen karar kanunun ihlali üzerine kurulmuş demektir. Maddi hukukun ihlali hallerinde ihlalin davanın sonucuna belirlediği kolayca görülebilir. Usul kurallarının ihlalinde durum farklıdır. Kanun bu nedenle madde 551'de ağır usul ihlallerini mutlak temyiz sebebi olarak açıklamıştır. Bunların var olması halinde, illiyet bağının varlığı aksi iddia edilmeyecek şekilde kabul edilmektedir. Madde 551'in dışında usul ihlallerinde genel görüşe göre, kararın onların üzerine kurulmuş olabilirliği yeterlidir. Önceki

54 BGHZ 21,304.

55 BGHZ 8, 55; BGH, NJW 1970, 321.

56 BnyObLG'nin varlığından dolayı Bayern'deki hususiyetler, karşılaştırmalı hukukun 6. Dipnot.

57 Fakat aynı zamanda BGHZ 40, 200; 49, 387; Kermaeus, ZPZ 99 (1986) 166 ff. ile karşılaştır.

58 RGZ 156, 133; BGHZ 9, 276 ff.

derecenin sonucu (kararı) başka hukuki nedenlerden ötürü doğru ve korunması (onanması) gerekiyorsa, karar bir hukuk ihlaline dayanıyor olsa dahi temyiz (başvurusu) geçersizdir (md. 563).

## VI. Kanun Yolu Mahkemesi Kararı

Koşulları taşımayan başvurular dosya üzerinden ya da duruşmalı inceleme sonucunda reddedilir. Geçerli nedenlere dayanmayan istinaf veya temyiz başvuruları (duruşmada verilen bir kararla) reddedilir. Kabul edilen başvurular, ne talebin ötesine geçilebilir ne de “itiraz edilen”<sup>59</sup> karar başvuru sahibinin aleyhine değiştirilebilir (md. 536, 559 I). İstinaf mahkemesi, başvuru gerekçelerini tamamen ya da kısmen haklı bulursa, ilk derece kararını kaldırarak, kendisi esas hakkında bir karar verir.<sup>60</sup> Md. 538, 539’de sayılan durumlarda kararın kaldırılarak dosyanın ilk dereceye geri gönderilmesi mümkündür, bu istinaf mahkemesinin takdirindedir ancak uygulamada bu yol çok nadir kullanılmaktadır. İstinaf kararının yazılması konusunda md. 313’le karşılaştırıldığında md. 543 kolaylıklar öngörmüştür.

Kararda birbiri ile çelişen sonuçlar bulunması halinde temyiz sebebi vardır ve karar kaldırılmalıdır (md. 546). Davlar, genellikle yeterli araştırma yapılmadığı için BGH tarafından OLG’ye (bozularak) geri gönderilmektedir (md. 565 I). Bu durumda OLG önceki istinaf davasına devam eder.<sup>61</sup> İstinaf mahkemesi BGH’ca dava hakkında yapılan hukuki değerlendirme ile bağlıdır (md. 565 II ZPO, 72 V ArbGG),<sup>62</sup> ancak maddi meselede serbesttir. İstisnaen de olsa mesele başkaca araştırmaya mahal bırakmadan karar verilecek kıvamda gelmiş ise BGH davayı nihai olarak karara bağlar (md. 565 III).

## VII. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Katılma Yolu ile Kanun Yolu Başvurusu

Uygulama ve öğreti, başvuru sahibinin menfaatlerinin, o ana kadar elde ettiği konumunun, kanun yolu başvurusu ile kötüleştirilemeyeceği hususunun hukukun koruması altında olduğunda tamamen hemfikirdirler. Kanun yolu sürecini çok katı bir şekilde davanın devamı prensibine bağlayan karşı görüşün, “hukuk devleti ilkeleri” ile bağdaştırılmayacağını

---

<sup>59</sup> Bkz. Dipnot 13.

<sup>60</sup> Baur’ da hüküm metni örnekleri ( yukarıdaki 33. Dipnot), Rdnr. 220.

<sup>61</sup> RGZ 158, 196.

<sup>62</sup> Bağlayıcılığın etki sahası hakkında; BGH, NJW 1970, 754; Tiedtke, JZ 1978, 626.- BGHZ (GmS) 60, 396 ff. Temyiz Mahkemesinin bağlayıcılığı meselesi hakkında

söylemek, en azından medeni yargılama açısından abartılı görünmektedir.<sup>63</sup> “İtiraz edilen” ve incelenecek olan sadece kararın, kanun yolu davacısı açısından, haksız kısmıdır. Dolayısıyla onun için tek risk sadece başvurusunun başarısız olması ihtimalidir. Talebin kararda (sadece) kısmen karşılandığı durumda, kararın tamamen yanlış olduğu ortaya çıksa dahi, karar başvuran aleyhine değiştirilemez.

Davanın devamı prensibinin yumuşak karnı sayılabilecek bu çelişkili durum zaman zaman aşağıdaki şekilde okunması gereken madde 536’ya bağlanmaktadır: “... sadece başvuranın istediği kadar değiştirilmelidir.” Paralel bir düzenleme olan madde. 308’in anlamının ötesine geçen bu okuma tarzı, aleyhe değiştirme (reformatio in peius) yasağını zaten gerekli kılmaktadır. Sadece „tarafaların“ taleplerinden sözeden madde 559 da bunu göstermektedir. Hâkim görüşe göre de, kanun yolu davasında, esasen sadece davacı (başvurun) etkin talepler ileri sürmektedir. Önceki derecede kısmen başarılı olmuş olan kanun yolu davacısına karşı kanun yolu davalısı sadece başvurunun reddini talep edebilir, davanın reddini talep edemez. Bu yönüyle kanun yolu davası başvuruya bağlı olarak tek taraflı belirlenen bir davadır. Kanun yolu yargısında davalı ve davacı ilk derecede olduğu gibi bir ilişki içinde değildirler.

Kanun yolu davacısı aleyhe değiştirme yasağını ancak katılma yoluyla kanun yolu başvurusu yapmak suretiyle aşabilir (md. 521-522a, 556, 577a). Bu başvuru ile o, kanun yolu davacısı konumunu kazanmaz (karşı davadaki gibi olmaz) ancak kanun ona böylelikle kanun yolu davacısı aleyhine değişiklik yapılmasını konusunda tam talep yetkisi vermektedir. Dava lehine sonuçlanmış olan davacı istinafta davasını genişletmek istiyorsa katılma yoluyla istinaf başvurusu yapmak zorundadır. Yararı bulunmamasına rağmen bu imkân ona verilmiştir. Kavram olarak öyle anlaşılmasına rağmen, ağırlıklı görüşe göre katılma (katılma yolu ile istinaf, temyiz ve itiraz) aslında bir kanun yolu olmayıp, aksine özgün bir usulü vasıtasıdır.<sup>64</sup> Bu yola, öngörülen başvuru süresi geçtikten sonra da, başvurudan vazgeçilmiş olsa da kanun yolu davası süresince her zaman başvurulabilir (md. 521 I) ve hakim görüşe göre katılmak suretiyle başvuranın yararının bulunması da aranmaz.<sup>65</sup> Bu biraz tuhaf görünen düzenlemenin amacı, bir kere geçerli bir şekilde yapılmış bir başvuru ile

<sup>63</sup> So Areas, ZPR, 4. Baskı (1988), Rdnr. 389

<sup>64</sup> Baskın literatür anlayışı ve içtihat, a. A. z.B. Kla-maris, ek istinaf kanun yolu, 1975; Prutting, 95, 502 f..

<sup>65</sup> Jauernig (yukarıdaki 8. Dipnot), madde 72 VI; BGH, NJW 1980, 702.

kanun yolu süreci başladıktan sonra, kendisinin de (zamanında) kanun yoluna başvurabilme imkanının bulunmasından bağımsız olarak, diğer taraf da her yönüyle tam bir savunma imkanının tanınmasıdır. İkinci başvuru (karşı başvuru) dilekçesi katılma başvurusu olarak tanımlanmamış olsa da, o şekilde anlaşılmasa da, kanun onun katılma yolu ile başvuru olarak işlem görmesini öngörmüştür. İstinaf başvurusunun geri alınması veya geçersizlik nedeni ile reddedilmesi ihtimaline karşılık, madde 522 II başvuru süresi içinde verilen katılma dilekçesini bağımsız bir kanun yolu başvurusu olarak kabul ediyor ve ilk başvurunun akıbetinden (vazgeçme v.s.) ayrı olarak devam etmesini öngörüyor. Buna karşılık başvuru süresi geçtikten sonra yapılan katılma başvurusu, ilk başvurunun durumuna (akıbetine) bağlıdır. Katılma yolu ile başvuru, BGH'nın temyiz başvurusunu (ilk başvuruyu) davanın esaslı öneme haiz olmaması nedeniyle, reddetmesi halinde de etkisini yitirir (md. 556 II 4,554b).

### **VIII. Başvurudan Vazgeçilmesi ve Başvurunun Geri Alınması**

Davadan vazgeçildiği (md. 306) gibi kanun yolundan da vazgeçilebilir (md. 514, 566). Vazgeçmenin sonucu olarak vazgeçen bu başvuru hakkını kesin olarak kaybeder.<sup>66</sup> Kanun sadece kararın açıklanmasından sonraki vazgeçmeden bahsetmektedir. Bu hem mahkemeye karşı yapılan hem de karşı tarafa yapılan (vazgeçme) açıklamalarını kapsar. Her iki taraf da vazgeçerse karar kesinleşir. Taraflar arasında, haricen, kararın açıklanmasından hemen öncesine kadar, kanun yolundan vazgeçme anlaşması yapılabilir. Anlaşmaya rağmen yapılan başvuru, karşı taraf def'i yolu ile buna karşı çıkarsa, geçersiz olarak reddedilmelidir. Her ne tarzda olursa olsun haricen yapılan vazgeçme anlaşmaları kararın kesinleşmesini sağlamaz. Vazgeçme ve geri alma arasındaki fark kesin (nihai) olup olmama şeklinde kendini göstermektedir (md. 515, 566). Geri alma somut olarak yapılan bir başvurunun geri çekilmesi olup, süresi içerisinde başvuru her zaman yeniden yapılabilir.

### **IX. Yanlış Formatta Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları**

Hukuk devleti ilkelerine göre, yanlış formatta verilmiş bir kararın ilgisi, bu karara karşı kendini savunmak için var olan imkanları kısıtlanamaz. Duruşmalı verilmesi gereken bir karar dosya üzerinden verilmişse, yüzüze verilmesi gereken bir karar yokluğunda verilmişse, en çok gözetilme prensibi geçerli olur: Bu durumda ilgili, dilerse mahkemenin verdiği formatta kararlar için öngörülen kanun yolunu, dilerse de,

<sup>66</sup> Karşılaştır Rimmelsspracher, JuS 1988, 953 ff.

mahkeme kararını doğru formatta vermiş olsaydı geçerli olabilecek olan kanun yolunu tercih edebilir.<sup>67</sup> Doğru formatta verilecek karara karşı bir kanun yolu öngörülmemişse, fiilen verilmiş olan karara karşı da bir kanun yolu söz konusu değildir.<sup>68</sup>

\*\*\*

---

67 BGH, NJW 1978, 1112.

68 BGHZ 46, 113f.



# HUKUK DEVLETİ\*

Lord BINGHAM\*\*

Çeviren: Halil ALTINDAĞ\*\*\*

Altıncı Sir David Williams Konuşmasını yapmak benim için büyük bir onurdur. Sir David'in akademik saygınlığı kıyas kabul etmeyecek ölçüde yüksek olduğundan, bu aynı zamanda hayli zorlu bir uğraştır. Ancak onun –akademisyen, rektör, aile reisi, kamu görevlisi ve Galler'in sadık bir evladı olarak- geniş kapsamlı başarıları, konuşmacıya, Sir David'in temas etmediği alanlara girişmeye gerek bırakmaksızın, geniş bir konu yelpazesi sunmaktadır. Konuşmanın konusu olarak Hukuk Devleti'ni belirlerken – ki bir konuşma için hayli geniş bir konu- en büyük arzum, Sir David'i bu konu hakkındaki saygıdeğer görüşlerini, ayrıntılarıyla, bizimle paylaşmaya teşvik etmektir.

2005 tarihli Anayasal Reform Yasası'nın birinci maddesinde, bu yasanın “mevcut anayasal hukuk devleti ilkesini” ve “*Lord Chancellor*’ın bu ilkeye ilişkin mevcut anayasal rolünü” olumsuz yönde etkilemeyeceği öngörülmüştür. *Attorney General*'in önerisi olan bu düzenleme<sup>1</sup>, modern çağda hukuk devletine yüklenen önemi göstermektedir<sup>2</sup>; bu önem, yasanın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre *Lord Chancellor*'ın yargının bağımsızlığını koruyacağına ve hukuk devletine saygı göstereceğine dair edeceği yeminde de kendisini göstermektedir. Ancak yasa mevcut anayasal hukuk devleti ilkesini ve *Lord Chancellor*'ın bu ilkeye ilişkin mevcut anayasal rolünü tanımlamamaktadır.

41

---

\* Lord Bingham, “The Rule of Law”, **Cambridge Law Journal**, 66(1), Mart 2007, s. 67-85. Çeviri Cambridge Law Journal'dan izin alınarak yapılmıştır. Makale Prof. Dr. Mehmet Tefik Özcan tarafından yürütülen “Modern Toplum ve Hukuk Devleti” doktora dersinde çevrilmiş ve bizzat kendisi tarafından kontrol edilmiştir.

\*\* Altıncı Sir David Williams Konuşması, Cambridge, 16 Kasım 2006.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.- halilaltindag9@gmail.com

<sup>1</sup> Lord Goldsmith QC, “Government and The Rule of Law in the Modern Age”, 22 Şubat 2006'da yapılan konuşma, s. 1.

<sup>2</sup> Bu madde tasarının ilk halinde yer almıyordu. Lord Richard QC'nin başkanlığındaki Lordlar Kamarası Komitesi'nin önerisi üzerine, Lordlar Kamarasındaki Üçüncü Görüşmede eklenmiştir: HL Hansard 20 Eylül 2004.

Mevcut anayasal ilkenin anlamının yasal bir tanım yapmaya yer bırakmayacak ölçüde açık ve anlaşılır olduğu düşünülmüş olabilir ve yargıçların, kararlarında hukuk devleti ilkesine her zaman yer verdikleri doğrudur.<sup>3</sup> Ancak yargıçlar, bu ilkeyi hangi anlamda kullandıklarını açıklamamakta ve saygın yazarlar, ilkenin anlam ve değerine gölge düşürmektedir. Bundan hareketle Joseph Raz, hukuk devleti ilkesini herhangi bir politik sistemin olumlu yönlerinin simgesel tanımı olarak kullanma eğilimini yorumlamıştır.<sup>4</sup> John Finnis hukuk devletini, “bir hukuk sisteminin hukuken düzgün işlediği olgusal durumun genel adı” olarak tarif etmiştir.<sup>5</sup> Judith Shklar kavramın, ideolojik istismar ve aşırı kullanım nedeniyle anlamsızlaştığını ifade etmiştir: “Anlaşılan o ki, hukuk devleti Anglo-Amerikan politikacıların kamusal söylemlerini süsleyen retorik ifadelerden yalnızca biridir. Dolayısıyla bu yönetici sınıfı gevezeliği üzerine herhangi bir düşünsel çaba harcamanın gereği yoktur.”<sup>6</sup> Jeremy Waldron, *Bush v. Gore*<sup>7</sup> davasına ilişkin değerlendirmesinde - ki her iki tarafın da hukuk devleti ilkesine başvurduğu bir davadır- bu ifadenin kullanılmasının “haklı olan biziz”<sup>8</sup> demenin dışında bir anlam ifade etmediği yönündeki yaygın görüşü kabul etmiştir. Brian Tamanaha hukuk devletini, pek çok kavrayış farklılıklarına neden olan anlaşılması son derece zor bir kavram ve herkesin benimsediği fakat ne olduğu konusunda farklı kanılara sahip olduğu anlamıyla “iyi” kavramının bir benzeri olarak tarif etmiştir.<sup>9</sup> 2005 tarihli Kanunu hazırlayanların bu eleştirel yaklaşımlardan haberdar olup olmadıklarını bilmiyorum. Ancak Dicey’nin ilk olarak 1885<sup>10</sup> yılında ileri sürdüğü ve bugüne kadar önemli tartışmalara yol açan hukuk devleti

<sup>3</sup> Pek çok örnek verilebilir: örnek olarak bkz, R. v. Horseferry Road Magistrates’ Court, Ex p Bennett [1994] 1 A.C. 42 s. 62 ve s. 64’te (Lord Griffiths), s. 67’de (Lord Bridge), s. 75, 76 ve 77’de (Lord Lowry); A. v. Secretary of State for Home Department [2005] 2 A.C. 68, [2004] UKHL 56, paragraf [42] (Lord Bingham), [74] (Lord Nicholls).

<sup>4</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality** Oxford, 1979, s. 210.

<sup>5</sup> John Finnis, **Natural Law and Natural Rights** Oxford, 1980, s. 270.

<sup>6</sup> Judith Shklar, “Political Theory and The Rule of Law”, **The Rule of Law: Ideal and Ideology**, Ed. A. Hotchinson ve P. Monahan, Toronto, 1987, s. 1.

<sup>7</sup> 531 US 98 (2000).

<sup>8</sup> Jeremy Waldron, “Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, **The Rule of Law and the Separation of Powers**, Ed. R. Bellamy, Aldershot, 2005, s. 119.

<sup>9</sup> Brian Tamanaha, **On the Rule of Law**, Cambridge, 2004, s. 3. Ancak herkes hukuk devletinin taraftarı değildir. Tarihçi Thompson’ın, hukuk devletinin mutlak ve beşeri bir iyi olduğu yönündeki görüşü herkesçe kabul edilmemiştir (**Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act**, New York 1975, s. 266), bkz. Morton Horwitz, “The Rule of Law: An Unqualified Human Good?”, **Yale Law Journal**, sayı 86, 1977, 561; **The Transformation of American Law: 1870-1960**, New York, 1992.

<sup>10</sup> A.V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of Constitution**, Londra, 1885, II. Bölüm.



yorumundan büyük ihtimalle haberdarları. Dolayısıyla mevcut anayasal ilkenin, tanım yapma gereğini bertaraf edecek ölçüde açık olduğunun düşünüldüğü kanaatinde değilim.

2005 tarihli Kanunu hazırlayanların, yasal düzenlemeye dahil edilmeye uygun, açık, öz ve tam bir tanım yapma zorluğunu görerek, tanım yapma görevini mahkemelere bırakmayı tercih etmeleri daha olası görünmektedir.<sup>11</sup> Eğer böyleyse, bu kabul edilebilir bir yaklaşımdır; zira kavramın anlamı zaman içinde bir takım değişikliklere uğramıştır ve şüphesiz değişmeye devam edecektir. Ancak hukuk devletinin mevcut anayasal ilke olarak kabulünün ve ilkeye ilişkin *Lord Chancellor*'ın mevcut rolünün yasal olarak kabulünün önemli bir sonucu vardır: Yargıçlar, karar verirken, hukuk devleti ilkesini, anlamsız laf kalabalığı veya hukuk bir klişe olarak görerek reddetme imkanına –bu yönde bir eğilimleri olsa dahi- sahip olamayacaklardır. Yargıçlar bir yasayı –eğer mümkünse- mevcut anayasal ilkeyi ihlal etmeyecek şekilde yorumlamak zorundadır<sup>12</sup> ve *Lord Chancellor*'ın bu ilke karşısındaki tutumu, kural olarak, yargı denetimine tabi olacaktır. Bu nedenle, mevcut anayasal hukuk devleti ilkesinin bugün bu ülkede ne anlama geldiğini tanımlama girişimi yersiz değildir; ancak bu konuda ileri sürülen görüşlerin, gelecekte somut bir olayda ortaya konacak aksi yönde argümanlar karşısında zayıflayabileceği veya çürütülebileceği –özellikle yargıçlarca- kabul edilmelidir.

Kanaatimce, mevcut anayasal ilkenin özü, bir ülkedeki özel ya da kamusal her kişinin veya kuruluşun, aleni ve geleceğe dönük olarak yürürlüğe konulan ve mahkemelerde aleni bir şekilde uygulanan kurallarla bağlı olması ve bu kurallardan faydalanma hakkına sahip olmasıdır. Ancak genel bir ilke olarak doğru olsa bile, bu tarifi istisnasız ve sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanabileceği kanaatinde değilim. Örneğin, bazı usuller vardır ki, ancak gizli olarak yürütülmeleri durumunda adalet tesis edilebilir. Ancak, kanaatimce, her istisna sıkı bir değerlendirmeyi ve açık bir gerekçelendirmeyi gerektirmektedir. Kanaatimce bu tarif, şüphesiz Dicey'nin sayesinde, 1690'da John Locke

<sup>11</sup> Lordlar Kamarasında (HL Hansard 7 Eylül 2004, column 742,743) Lord Kingsland, bu maddenin ( kısmen farklı önceki bir versiyonunun) yargılama konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Kanaatimce bu görüş kabul edilebilir değildir. Hukuken yargılamayacak anayasal bir ilkenin, kanaatimce pek bir değeri yoktur.

<sup>12</sup> Bkz. R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Pierson [1998] A.C. 539, 575, per Lord Browne-Wilkinson; R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 A.C. 115, 131, per Lord Hoffman.

tarafından ileri sürülen “ Hukukun bittiği yerde tiranlık başlar.”<sup>13</sup> temel hakikatini ve Thomas Paine tarafından dile getirilen ünlü “Amerika’da hukuk kraldır. Monarşilerde kral hukuk olduğuna göre, özgür ülkelerde de hukukun dışında kral olmamalıdır.”<sup>14</sup> sözünü yansıtmaktadır. Ancak, kanaatimce, mevcut ilkenin kapsamı, ilkenin alt ilkelere ayrılarak değerlendirilmesi yapılmaksızın yeterince anlaşılabilir. Aşağıda kısaca ele alacağım, bu tipte sekiz alt ilke belirledim. Ne yazık ki bu ilkelerin içinde şaşırtıcı pek az şey var. Şüphesiz daha hünerli olanlar, tamamlayıcı ve daha nitelikli alt ilkelere ileri sürebileceği gibi, bunları daha az sayıda ilke ile de ifade edebilirler.

İlk alt ilke hukukun, mümkün olduğunca açık, anlaşılır, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmasıdır. Bu ilkenin anlamı gayet açıktır: Eğer herkes hukukla bağlı ise, herkes hukukun ne olduğunu –bu tavsiye almayı gerektirirse bile- aşırı bir zorlukla karşılaşmadan öğrenebilmelidir ve verilen cevap bir davaya dayanak oluşturacak ölçüde açık olmalıdır. İngiltere’de bu hususun vurgulandığı yargı kararları mevcuttur<sup>15</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konuyu çok açık bir şekilde şöyle ifade etmiştir:

44 “Hukuk yeterince erişilebilir olmalı; vatandaş, belli bir olaya uygulanabilecek hukuk kurallarını öğrenebilecek durumda olmalıdır... bir norm, vatandaşa davranışlarını düzenleyebilecek ölçüde kesinlik içerecek şekilde formüle edilmedikçe “hukuk” olarak değerlendirilemez. Kişi –gerekliyse uzman yardımıyla- somut olayda makul bir dereceye kadar, eyleminin sonuçlarını öğrenebilecek durumda olmalıdır.”<sup>16</sup>

Bu husus gayet açıktır; ancak, kanaatimce, önemsiz değildir. Devletimizin daimi bir özelliği olan yoğun yasama faaliyeti göz önünde bulundurulduğunda -2004 yılında 3500 sayfa birincil mevzuat ve 2003 yılında 9000 sayfa ikincil mevzuat- mevcut yasalar, internetin varlığına rağmen, ulaşılabilirlik hususunda ciddi sorunlara yol açmaktadır. Bu sorun, tüm teknik ustalığına rağmen, ağırlıklı olarak çapraz referanslara ve birleştirmelere dayanan İngiliz yasa yapma geleneğiyle daha da büyümektedir.

<sup>13</sup> John Locke, **Second Treatise of Government** (1690), Bölüm XVII, s. 202, Cambridge, 1998, s. 400.

<sup>14</sup> Thomas Paine, **Common Sense**, Londra, 1994, s. 279.

<sup>15</sup> Black-Clawson International Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG [1975] A.C. 591, 638; Fothergill v. Monarch Airlines Ltd [1981] A.C. 251, 279.

<sup>16</sup> Sunday Times v. United Kingdom (1979) 2 E.H.R.R. 245, 271, par. 49.

Ancak tek sorumlu olarak yasa koyucuyu göstermek doğru değildir. Günümüz ortak hukuk yargı kararlarının uzunluğu, karmaşıklığı ve gereksiz söz kullanımı, özellikle yüksek yargıda, kendi problemlerini doğurmaktadır. Bu problemler, Lordlar Kamarası'nın tek bir görüş beyan etmesi durumunda, en azından teoride, azaltılabilir, ki bu çözüm önerisi merhum Lord Brightman tarafından zaman zaman savunulmuş ve *R. (Jackson) v. Attorney General*<sup>17</sup> davasında Lordlar Kamarasının ayrıntılı görüşlerine istinaden, ölümünden kısa bir süre önce bana yöneltilmiştir. Bu görüş, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Başkanı Roberts'in *American College of Trial Lawyers*'da yaptığı konuşmada<sup>18</sup> da yer alan ciddi bir argümandır, ancak Lord Reid'in 1971 yılında *Society of Public Teachers of Law*'da yapmış olduğu konuşmasında<sup>19</sup> ileri sürdüğü gerekçelerin pek çoğuna istinaden, benim genel olarak kabul ettiğim bir görüş değildir. Lord Reid'in ileri sürdüğü, her bir *Privy Council* kararının niteliğinin, hukuku geliştirme açısından, genel olarak, Lordlar Kamarasının çeşitli görüşlerine bağlı olduğu görüşüne katılıyorum. Birbiriyle uyuşan dört kısa görüşle desteklenen kısa ve özlü tek bir karar yorum problemleri doğurabilir, ancak bu problemler diğer üyelerin karara katılma gerekçelerini kısaca özetlemeleri durumunda en azından azaltılabilir. Ayrıca beş veya daha fazla sayıda kişiden oluşan bir komite hukuku şekillendirmede değerli olan mesleki ve yargısal tecrübeleri uygulamaya dökülebilir.

Ancak üç önemli hususa dikkat çekmek istiyorum. İlk olarak, görüşler ne kadar çeşitli olursa olsun, yargıçlar açık bir çoğunluk oranının varlığını temin etme görevinin, buna her zaman riayet edilmese de, farkında olmalıdırlar. Buna riayet edilmezse, hiç kimse, parlamento veya sonraki bir yargı kararı, açık bir kural koyana kadar, hukukun ne olduğunu bilemeyecektir. İkincisi, değerlendirme konusu olan alt ilke, kanaatimce, yargıçların maceracılığını ve aşırı yenileşmeyi önlemektedir.<sup>20</sup> Hukukun yönünü birkaç derece değiştirmek başka bir şey, hukuku yeni bir yöne sokmak bambaşka bir şeydir. İlki, basiretli bir kişinin hesaba katabileceği, öngörülebilir ve tahmin edilebilir bir durum iken; diğeri böyle değildir. Bu nedenle aşırıya varan yargısal aktivizmin hukuk

<sup>17</sup> [2005] UKHL 56; [2006] 1 A.C. 262.

<sup>18</sup> Grosvenor House, Londra, 15 Eylül 2006'da.

<sup>19</sup> Lord Reid, "the Judge as Law-Maker", *Journal of the Society of Public Teachers of Law (NS)*, 1972, s. 28-29.

<sup>20</sup> Hukukun meşru gelişimi ile yerleşik ilkelerden kabul edilemez bir biçimde ayrılma arasındaki ayrım, şüphesiz, keskin fikir ayrılıklarına yol açabilir. Bkz, örneğin, *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* [1999] 2 A.C. 349.

devletin sonu olabileceğini ifade eden Avustralya Yüksek Mahkemesi Yargıcı Heydon'a hak vermek mümkündür.<sup>21</sup> Ancak üçüncüsü ve daha önemlisi, tüm bu hususlar ceza hukuku alanında daha da önemli hale gelmektedir. Ceza hukuku alanında son zamanlarda yapılan yasalar ciddi özümleme problemleri doğurmaktadır. Yapılan yasaların tümü kolay anlaşılır nitelikte değildir.<sup>22</sup> İster bir yasadan isterse bir yargı kararından kaynaklansın, hukuk, bir yargıcın bir jüriye veya vasıfsız bir kâtibin meslekten olmayan yargıçlar kuruluna aşırı bir zorlukla karşılaşmaksızın açıklayabileceği şekilde düzenlenmelidir. Yargıçlar yeni suç tipleri yaratamazlar veya daha önce cezalandırılmayan davranışları cezalandırılabilir kılacak ölçüde mevcut suç tiplerini genişletemezler<sup>23</sup>, zira bu, yapıldığı anda suç olmayan bir davranışın cezalandırılmayacağı yönündeki temel ilkenin ihlali anlamına gelir.<sup>24</sup>

İkinci alt ilke, hukuki hak ve sorumluluk meselelerinin takdir yetkisinin kullanımı yoluyla değil, hukukun uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulmasıdır. Çağdaş yorumcuların pek çoğu, Dicey'nin takdir yetkisi kullanımına yönelik muhalif tutumunu paylaşmamaktadır. Örneğin göç konusunda yargıçlar, göçmen yasalarında yer alan kriterleri karşılamayan, ancak kişisel durumları ve geçmişleri anlayışlı bir değerlendirmeyi gerektiren başvurularda giriş izni veya oturma izni verme konusunda takdir yetkisini kullanırken Dışişleri Bakanlığını düzenli olarak davet etmektedir. Ancak Dicey'nin yaklaşımının esası geçerliliğini korumaktadır. Takdir yetkisi ne kadar geniş ve esnek kavramlarla ifade edilirse, -ister bir kamu görevlisine isterse bir yargıca tanınmış olsun- öznelliğin ve dolayısıyla hukuk devletinin antitezi olarak keyfiyetin alanı o ölçüde genişler.<sup>25</sup> Bu alt ilke takdir yetkisinin dar biçimde tanımlanmasını ve kullanımının makul gerekçelere dayanmasını gerektirmektedir. Bunlar, hukukumuzun, kanaatimce, hemen hemen her zaman riayet ettiği kriterlerdir; zira takdir yetkisi iki muhtemel karar veya

<sup>21</sup> J.D. Heygon, "Judicial Activism and the Death of the Rule of Law", **Quadrant**, Ocak-Şubat 2003.

<sup>22</sup> 2003 tarihli The Criminal Justice Act önemli bir örnektir. R. v. Lanf [2005] EWCA Crim. 2864, [2006] 1 W.L.R. 2509, para. [16] ve [153]'te Rose L.J. Yasanın getirdiği düzenlemeleri dolambaçlı ve şaşırtıcı derecede karmaşık olarak değerlendirmiştir. R. (Crown Prosecution Service) v. South East Surrey Youth Court [2005] EWHC 2929 (Admin), [2006] 1 W.L.R. 2543, para. [14]'te ise, Yasanın getirdiği düzenlemeleri "fazlasıyla muğlâk" bulmuştur.

<sup>23</sup> R. v. Withers [1975] A.C. 842, 854, 860, 863, 867, 877; R. v. Rimmington [2005] UKHL 63, [2006] 1 A.C. 459, para. [33].

<sup>24</sup> Bu ilke Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesince korunmaktadır.

<sup>25</sup> "Anayasal hakkın korunmasını yargısal takdir yetkisinin alanına dahil etmek, özgürlüğün temellerini yıkmak demektir": Scott v. Scott [1913] A.C. 417, 477, per Lord Shaw of Dunfermline.

usul arasında bir tercih yapılması anlamı taşır ve bu tercih alanı genellikle çok sınırlıdır.

Her şeyden önce, ister kamu görevlisi isterse yargıç olsun, bir karar vericinin esas alacağı maddi olaylara ilişkin takdir yetkisi söz konusu değildir. Maddi olayların değerlendirilmesi elbette gereklidir ve bu değerlendirme kanıtların karar vericinin zihninde yarattığı izlenime dayanır. Yapılan değerlendirme doğru veya yanlış olabilir; ancak nasıl ki bir tarihinin, eldeki veriler Kral John'un 1215 Haziranında Runnymede'de Magna Carta'yı kabul ettiğini göstermesine rağmen, aksini iddia etme yönünde bir takdir yetkisi yoksa, kanıtlar karar vericiyi bir sonuca götürüyorsa, karar vericinin başka bir sonuca ulaşma yönünde bir takdir yetkisi yoktur. Benzer şekilde takdir yetkisi olarak adlandırılan yetkilerin pek çoğu, yapılmasının ardından izlenecek yolu belirleyen ve seçenek imkânı bırakmayan bir ön değerlendirme yapılmasına bağlıdır. Yargısal takdir yetkilerinin en az sınırlanmış olanı –yani yargılama giderlerine ilişkin takdir yetkisi- bile ilkeler ve teamül ışığında kullanılır.<sup>26</sup> İkisi yargısal ve biri idari olmak üzere üç örneği ele alacağım.

Bilindiği üzere ihtiyati tedbir kararı verilmesi takdiri bir karardır. Ancak, eğer bir hakkın açıkça ihlal edildiği gösterilmişse ve mağdura yönelik tazminatın telafi edemeyeceği nitelikte açık zarar riski varsa ve hukuku ihlal eden tarafın durumu düzeltmeye yönelik bir girişimi yoksa, dava yargıcının başka bir seçeneği yoktur. Genellikle takdir yetkisi yalnızca bir yönde kullanılır. Bir ikinci ve benzer bir örnek 1984 tarihli Polis ve Cezai Delil Yasasının 78/1. maddesinde yer almaktadır:

“Her davada mahkeme, iddia makamının sunduğu delilleri, eğer -delilin elde edildiği koşullar dahil olmak üzere- tüm koşulları göz önünde bulundurarak, delilin kabul edilmesinin yargılamanın hakkaniyetini zedeleyeceği kanaatine varırsa, kabul etmeyebilir.”

“kabul etmeyebilir” ifadesinin kullanılması, yargıca takdir yetkisi tanındığına işaret eder. Ancak ilgili fıkra, kanaatimce, yapılmasında güçlüklerle karşılaşılabilen fakat neticeyi belirleyecek bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Eğer yasal koşulların yerine getirilmesi gerektiğine karar verilmişse, yargıç sunulan delili kabul etmemelidir. Eğer koşullara

<sup>26</sup> Ceza verirken, bazı davalarda verilecek cezanın türü konusunda alternatifler vardır, ancak pek çok davada, alternatifler yalnızca cezanın miktarına ilişkindir ve bu alternatifler bazen zannedildiğinden daha sınırlı olmaktadır.

riayet edilmişse, ilgili fıkra yargıca delili reddetme yetkisi vermemektedir. Üçüncü örneğim için tekrar göç alanına döneceğim. Eğer bir memur, göçmen yasalarında yer alan kriterleri karşılamayan veya durumu özel bir muamele gösterilmesini gerektiren istisnai durumlar taşımayan bir kişiye giriş veya oturma izni verirse, bu karar makul gerekçelendirilmeden yoksun olur ve takdir yetkisinin kullanımı olarak değerlendirilemez. Esasen, idari veya yargısal olsun, sınırsız takdir yetkisi diye bir şey yoktur; zira bu hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Üçüncü alt ilke, nesnel farklılıkların farklı muameleyi haklı göstermesi istisnası dışında, ülkenin hukukunun herkese eşit şekilde uygulanmasıdır. Bu ilkenin herhangi bir itirazla karşılaşacağı kanaatinde değilim. Çocuklar, mahkûmlar, akıl hastaları gibi bazı kategorilere, bu kategorilerin özel durumlarına dayanarak özel bir takım düzenlemeler yapılabilirken, (Warrington L.J.'in örneğini kabul edersek)<sup>27</sup> doğrudan kızıl saçlılara yönelik bir düzenleme yapılması hukuk devleti ile bağdaşmaz. Daha çarpıcı bir örnek, Rochester Piskoposu aşçısı Richard Rose'u yargılama yapmaksızın, vatana ihanetten mahkûm eden VIII. Henry'nin 22. yasaının 9. bölümüdür (statute 22 Henry 8 cap 9). İlgili olayda, Rose piskoposun mutfağında yemeğe zehir koymuş ve yasa, kendisinin rahiplik statüsünden yararlanmaksızın, ölüme mahkum edilmesini emretmiştir. Diğer zehirleyiciler de benzer şekilde cezalandırılmış, fakat yasa esas olarak Rose'u hedef almıştır. Yakın zamana kadar bizim hukukumuz Katoliklere, Anglikan Kilisesi Karşıtlarına, Yahudilere ve cinsiyetlerinin farklı muameleyi haklı kılan herhangi bir özelliğiyle ilgili olmaksızın kadınlara yalnızca telorans göstermemekle kalmıyor, bunun yanında rasyonel olmayan kısıtlılıklar getiriyordu.

Bu alt ilkeye yalnızca eski bir ilgi olarak yaklaşılabılır. Ancak bu ülkede veya başka yerlerde, vatandaş olmayanlara yönelik tutumun gösterdiği üzere, bu doğru bir yaklaşım olmaz. Bu ülkede ikamet hakkı olmayan yabancıların durumu, ikamet hakkı olan vatandaştan, ilkinin sınır dışı edilmeye tabi olması, fakat ikincisinin olmayışı noktasında farklılaşır. Bu önemli bir ayrımdır ve bu ayrıma ilişkin farklılaşma itiraz edilemez ve kaçınılmazdır. Ancak bu durum, bu ayrımla ilgisiz farklılaşmaları haklı çıkarmaz. Lord Scarman'ın *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Khawaja* davasında ifade ettiği gibi:

<sup>27</sup> Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66, 91.

“Habeas corpus güvencesinin genellikle İngiliz vatandaşlarına mahsus olduğu ifade edilir. Peki ilke sadece İngilizlere mi özgüdür? Yalnız şu kadarını söyleyeyim ki, içtihat bu soruya güçlü bir hayır cevabı vermiştir. Yargı yetkisine dahil olan herkes hukukumuzun güvencelerinden eşit şekilde yararlanırlar. İngiliz vatandaşı olanla olmayan arasında bir ayrım yoktur. İngiliz hukukuna tabi olan herkes bu güvenceden yararlanır. Bu ilke en azından *Sommersett Case (1772) 20 St Tr 1* kararında Lord Mansfield’in kölelere özgürlüklerini vermesinden bu yana hukukumuzda yer almaktadır. Dolayısıyla özgürlüğü ihlal edilenlere hukukumuzun tanıdığı yargısal güvenceyi, yabancılara ve ikamet izni olmayanlara tanımamanın bir gerekçesi olamaz.”<sup>28</sup>

Oldukça açık bir mesaj! Ancak bu, Parlamentoyu, 2001 tarihli Anti-terörizm, Suç ve Güvenlik Yasasının 4. bölümünde, uluslararası terörizm şüphelisi yabancıların, aynı tehlikeyi taşıyan ve yargıçlarca niteliksel olarak yargılanan vatandaşlardan farklı olarak, yargılama ve suç isnadı olmaksızın süresiz gözaltına tabi kılınmasına izin veren bir düzenleme getirmekten alıkoymamıştır.<sup>29</sup> Amerika Birleşik Devletlerinin bu konudaki sicili bizden daha kötü durumdadır. Bir Amerikalı akademisyenin ifade ettiği gibi:

“Esas itibarıyla medeni özgürlüklere müdahale eden, devletin her önemli güvenlik girişimi – konuşmayı yasaklama, etnik ayırlama, suça yataklık isnadı, ceza muhakemesinin güvencelerinden kaçınmak için idari tedbirlerin kullanımı ve önleyici tutuklama dahil- yabancıları hedef alan bir tedbirden kaynaklanmaktadır.”<sup>30</sup>

Kanaatimce, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi yargıcı Justice Jackson’ın ifadelerinde büyük bir haklılık payı var:

“Şehirlerin, eyaletlerin ve Federal Hükümetin kamu gücünü kendi halkı arasında, düzenlemenin amacı ile ilgili bir takım makul farklılaştırmalar dışında, ayrım yapmayacak şekilde kullanması gereğini faydalı bir kuram olarak görüyorum. Bu eşitlik yalnızca soyut adalet değildir. Anayasayı hazırlayanlar, keyfî ve ölçüsüz bir hükümete karşı, kamu görevlilerinin

<sup>28</sup> [1984] A.C. 74, 111, 112.

<sup>29</sup> Bkz. A. v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, [2005] 2 A.C. 68. Hükümet İngiliz vatandaşlarının benzer şekilde gözaltına alınmasının “ağır bir tedbir” olacağı ve “bunun hukuken gerekçelendirilemeyeceği” kanaatindedir. Parlatonun bir karma komitesi, “Hükümet’in yabancıların özgürlüğünün korunmasının vatandaşlarınkinden daha az ehemmiyetli olduğu kanaatinde olduğunu gözlemlemiştir.”, *Ibid*, para. [64]-[65].

<sup>30</sup> David Cole, *Enemy Aliens*, New York, 2003, s. 85. Bu kitapta yazar, vatandaş olmayanlara yönelik ayrımcılığı ayrıntıları ile ele almıştır.



bir azınlığa uygulayabileceği hukuk ilkelerinin genel olarak uygulanmasını gerekli kılmaktan daha etkin bir güvence olmadığı farkındaydı. Tersinden ifade edilirse, kamu görevlilerine yasaları uygulayacakları azınlığı seçme ve böylece geniş kitlelerin etkilenmesi durumunda karşılaşacakları siyasal yaptırımdan kaçınma imkânı vermekten daha fazla keyfiyete yol açan bir şey yoktur. Mahkemeler yasaların adil olmasını temin etmek için, yasaların eşit şekilde uygulanmasını sağlamaktan daha iyi bir tedbir alamazlar.”<sup>31</sup>

Aradan geçen 60 yılın ardından bunun yalnızca faydalı bir kuram olmadığını, aynı zamanda hukuk devletinin önemli bir ayağı olduğunu söyleyebiliriz.

Dördüncü alt ilke, hukukun temel insan haklarına yeterli güvence sağlamasıdır. Bu ilke herkesçe hukuk devletinin bir parçası olarak kabul edilmeyebilir. Dicey, yukarıda ifade edildiği gibi, hukuk devleti kuramına maddi bir anlam yüklememiştir.<sup>32</sup> Raz’a göre:

“İnsan haklarının reddine, yaygın yoksulluğa, ırk ayrımına, cinsiyet eşitsizliğine, ırk temelli zulme dayanan, demokratik olmayan bir hukuk sistemi, kural olarak, hukuk devleti gereklerine, gelişmiş Batı demokrasilerinin hukuk sisteminden daha fazla uygunluk gösterebilir. Bu ölçüsüz derecede kötü bir hukuk sistemi olacaktır, ancak bir hususta başarı gösterecektir: hukuk devletine uygunluk... Hukuk, ... hukuk devletinin ihlal etmeden, köleliği tesis edebilir.”<sup>33</sup>

Öte yandan, Geoffrey Marshall’ın ifade ettiği gibi, Dicey’nin, bugün medeni özgürlükler olarak adlandırılan konuyu ele aldığı *Introduction to the Law of the Constitution*<sup>34</sup> kitabının 5 ila 12. bölümü, kitabın Hukuk Devleti başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır ve Marshall’ın gözlemlediği gibi, “okuyucu Dicey’nin medeni özgürlükleri İngiliz hukuk devleti kuramının bir parçası kılma amacında olduğu yanılığısına düşebilir.”<sup>35</sup> 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin önsözünde “insanın zorbalık ve baskıya karşı son çare olarak başkaldırmak zorunda kalmaması için, insan haklarının hukukun

<sup>31</sup> Railway Express Agency Inc. V. New York 336 US 106, 112, 113 (1949).

<sup>32</sup> Paul Craig, “Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework”, **Public Law**, 1997, s. 467,473, 474.

<sup>33</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, **The Authority of Law**, Oxford, 1979, s. 211, 221.

<sup>34</sup> A.V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**.

<sup>35</sup> Geoffrey Marshall, “The Constitution: Its Theory and Interpretation”, **The British Constitution in the Twentieth Century**, Ed. Vernon Bogdanor, Oxford, 2003, s. 58.



egemenliğiyle korunmasının önemli olduğu” ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin esinlendiği hukuk devleti kavramına atıf yapmaktadır.<sup>36</sup> Avrupa Komisyonu, sürekli olarak, demokratikleşme, hukuk devleti, insan haklarına saygı ve iyi yönetişimi ayrılmaz şekilde birbirine bağlı kavramlar olarak görmektedir.<sup>37</sup>

Bu nedenle, Profesör Raz’ın görüşünün mantıksal tutarlılığını kabul etmekle birlikte, bu görüşe katılmıyorum. Halkının bir bölümünü baskı altında tutan veya eziyet eden bir devlet, zulme uğrayan azınlığın toplama kamplarına gönderilmesi veya kız çocuklarının dağ eteklerine terk edilmesi gibi uygulamaları, usulüne uygun olarak çıkarılmış ayrıntılı yasalara tabi tutsa ve bu yasalara uygunluğu gözetmiş olsa bile, kanaatimce, hukuk devletine saygılı bir devlet olarak görülemez. Aksi bir kabul, kanaatimce, 2005 tarihli Yasanın 1. maddesinde tasdik edilen mevcut anayasal ilkenin içinin boşaltılması ve son bölümde açıklayacağım, hukuk devletini ayakta tutan temel özün ihlali anlamına gelir. Ancak bu hususta bir takım açmazlar var, zira hukuk devletinin, örneğin, diğer ülkelerdeki veya uluslararası insan hakları belgelerindeki haklar bildirilerince korunan özgürlük alanının tümüne ya da yakın zamanda kabul edilen 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasındaki veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen (işkence yasağı, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi) haklar listesine cevap vermediği hususunda Profesör Jowell’a katılıyorum.<sup>38</sup> Medeni ülkelerde genel olarak kabul edilen bir insan hakları standardı yoktur. 18 yaşından önce suç işleyenlere ölüm cezası verilmesini yasaklayan 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesini<sup>39</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nin imzalamamasından ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 16 yaşında cinayet işleyen bir kişiye ölüm cezası verilmesini onaylayan kararından<sup>40</sup> rahatsızlık duyabiliriz, ancak uluslararası sözleşmelere taraf olma ulusal bir tercih meselesidir ve farklı ülkeler ölüm cezasının etkinliği konusunda farklı yaklaşımlara sahiptir. Bir devlet, bazı devletlerin yaptığı gibi<sup>41</sup>, bir

<sup>36</sup> Engel v. The Netherlands (No 1) (1976) 1 E.H.R.R. 647, 672, para. [69]. Ayrıca bkz. Golder v. United Kingdom (1975) 1 E.H.R.R. 524, 589, para. [34].

<sup>37</sup> Bkz., örneğin, Commission Communication to the Council of Parliament, 12 Mart 1998, COM (98) 146.

<sup>38</sup> Jeffrey Jowell, “The Rule of Law Today”, **The Changing Constitution**, 5. bs., Ed. Jeffrey Jowell ve Dawn Oliver, Oxford, 2004, s. 23.

<sup>39</sup> Madde 37(a).

<sup>40</sup> Stanford v. Kentucky 492 US 361 (1989).

<sup>41</sup> Matthew c. State of Trinidad and Tobago [2004] UKPC 33, [2005] 1 A.C. 433, para. [36].

cezanın anayasalarının çerçevesi içinde zalimane ve olağandışı bir muamele veya ceza olduğunu kabul etme veya bu cezanın anayasal anlamda hukuki olduğunu iddia etme konusunda özgürdür. Kabul etmem gerekir ki, bu alt ilkenin içeriği hususunda bir belirsizlik söz konusudur, zira temel insan haklarının sınırı konusunda bir kesinlik yoktur. Ancak belli bir ülkede sınırların nerede çizileceği konusunda bir standart olacaktır ve son çarede (bu ülkedeki yasalara tabi olarak) mahkemeler bu sınırları belirleyecektir. Hukuk devleti bir toplumda kabul gören temel insan haklarına hukuki korumayı sunmak zorundadır.

Beşinci alt ilke, tarafların kendi aralarında çözüme kavuşturamadıkları medeni uyuşmazlıkları, fahiş masraflar veya aşırı gecikmeler olmaksızın çözmeye yönelik usullerin var olmasıdır. Bu ilke, herkesin hukukla bağlı olması ve son çare olarak mahkemeye başvurarak hak ve sorumluluklarını belirleme yönünde hukukun faydalarından yararlanması ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, usulüne uygun olarak başvuru ve usulüne uygun olarak yürütülen, hukuk devletine fevkalade katkılar sağlayacak olan tahkim veya daha enformel uyuşmazlık çözüm yollarına karşı bir ilke değildir; ancak ne kadar gerçek dışı ve esastan yoksun olursa olsun her iddia ve savunmanın hukukun tüm güvencelerinden yararlanacağını ifade eden bir ilke de değildir. Bu ilkenin anlamı, iç hukukumuzca korunan<sup>42</sup> ve kanaatimce hukuk devleti ilkesinin kapsamında da yer alan, mahkemelere herhangi bir engel olmaksızın başvuru yapma hakkını temel bir hak olarak tanımaktır. Eğer bu kabul edilirse, cevaplanması gereken soru, mali durumu iyi olmayan bir kişinin hakkını mahkemede nasıl koruyacağı olmalıdır. Özgür ve bağımsız hukukçuların varlığının, hukuki mütalaa almanın ve temsilin bir bedeli olduğunu varsayarsak; hukuki hizmetler, daha fazla mesleki zaman alması sebebiyle, kaçınılmaz olarak pahalıdır. Ritz Hotel hakkında yapılan istihzayı kimse göz ardı edemez.

Yıllarca bu problem, savaş sonrası Attlee hükümetinin 1948 tarihinde kurduğu cesur, iyi planlanmış ve kısmen pek bilinmeyen Adli Yardım programı yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. Göze çarpan kusurlarına rağmen, program adli yardımı mali durumu iyi olmayanların erişimine sunmuştur. Ancak, bildiğimiz gibi, programın masrafları katlanarak artmış ve bu durum programda kısıntıya gidilmesine neden olmuştur. Şarta bağlı ücretlerin, çeşitli hayır amaçlı programların ve basit

<sup>42</sup> Raymond v. Honey [1983] 1 A.C. 1, 12-13; R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] Q.B. 198, 210; R. v. Lord Chancellor, Ex p Witham [1998] Q.B. 575, 585-586.

anlaşmazlık usullerinin bu kısıntı nedeniyle oluşan boşluğu kapatıp kapatmadığını bilmiyorum. Belki kapatmış olabilirler ve halen mali durumu iyi olmayanlara adli yardım sunulmaktadır. Ancak cezai adli yardım fonlarını sömüren uygulayıcılar hakkındaki sansasyonel iddiaların ve daha genel olarak, avukatlara yönelik güvensizliğin ve avukat ücretlerinin, sosyal adaletin önemli bir güvencesini (adli yardım programını) ortadan kaldırayabileceği kaygısını taşıyorum.

Hukuk devleti taraftarlarını ilgilendirmesi gereken bir başka husus, arka planda gizlenmektedir. Art arda gelen İngiliz hükümetleri yargıç maaşları dışında, mahkemelerin kendisini finanse edebilecek durumda olmasını ve mahkemelerin işletme giderlerinin dava taraflarından alınacak ücretlerle karşılanmasını savunmaktadırlar. Yargıçlar mahkemelere başvuranların mahkeme giderlerine katkıda bulunmaları fikrini kabul etmekle birlikte, kanaatimce, mahkeme giderlerini karşılamayı liberal demokratik bir devletin temel işlevlerinden biri olarak görerek, mahkeme giderlerinin tümüyle dava taraflarınca karşılanmasını asla kabul etmemektedirler.<sup>43</sup> Tehlike, bir kez daha, adli yardımdan yararlanma masraflarının, adli yardıma ihtiyaç duyanların bu yardımdan yararlandırılmaması sonucunu doğurmasıdır. Hukuk devleti adli yardımın düşük maliyetli bir hizmet olmasını gerektirir. Adli yardımın aşırı gecikme olmaksızın ulaşılabilir olması gerekir.

Altıncı alt ilke, pek çoklarınca, haklı olarak, hukuk devleti ilkesinin özü olarak görülmektedir. Buna göre, bakanlar ve her düzeyde kamu görevlileri, kendilerine verilen yetkileri makul bir biçimde ve iyi niyetli olarak, yetkinin verilme amacına uygun ve yetkinin sınırlarını aşmadan kullanılmalıdır. Bu alt ilke yargısal denetimin yerleşik ve bilinen gerekçelerini yansıtmaktadır.<sup>44</sup> Bu ilke birinci derecede önemlidir. Bir demokrasinin vatandaşlarının, kendilerini temsil eden kurumlara, usulüne uygun ve uygulandığı herkesi bağlayan yasalar yapma gücü vermesi ve bu yasaları uygulamaya koymanın yürütmeye, o günün hükümetine, düşmesi nedeniyle, yürütme, genel olarak, bu yasaların gösterdiği

<sup>43</sup> Yargıçlar bu konuda yalnız değiller. Bkz. Michael Beloff QC "Paying Judges: Why, Who, Whom, How Much?", **Denning Law Journal**, 2006, s. 21; Shimon Shetreet, **Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary**, Dordrecht, 1994, s. 143. Bu yazarlar yargıç maaşları konusu ele almaktadır. Ancak ulaştıkları sonuç, "hukuk sisteminin hayati bir hizmet sunması" nedeniyle, yargıç maaşlarının devletçe ödenmesi gereğidir.

<sup>44</sup> Bkz. Jeffrey Jowell, "The Rule of Law Today", **The Changing Constitution**, Ed. Jowell and Oliver, (yukarıda dipnot 38), s. 20-21. Dicey ve bir grup yazar, Bay Blunkett'in, "Yargısal denetim modern bir icattır. Maddi olarak 1980'lerin başından beri uygulanmaktadır." dediğini öğrendikleride çok şaşırıldılar, David Blunkett, **The Blunkett Tapes**, London, 2006, s. 607.

çerçevenin dışında hareket etme yetkisine sahip değildir (“genel olarak” ifadesini denetlenemeyen ayrıcalıklı yetkilerin kalıntılarını ifade etmek için kullanıyorum). Mahkemelerin tarihsel rolü, şüphesiz, yürütme gücünün aşırılıklarını kontrol etmektir. Bu rol, son yıllarda, yönetimin artan karmaşıklığı ve kamunun (geniş anlamda) devletin tasarruflarına karşı koyma iradesinin artması nedeniyle genişlemiştir. Bizim anayasal düzenimizde bile, kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bu rolü tam bir şekilde yerine getirmesini temin etmede son derece önemlidir.

İngiliz Hükümeti, kuruluşları vasıtasıyla, sık sık dava tarafı olmaktadır. Genellikle davaları kazanmakla birlikte, her durumda sonuç bu yönde olmamaktadır. Davanın kaybedilmesi durumunda hem her dava tarafı gibi iddialarının doğruluğuna olan inancından ve hem de kamu yararını en iyi şekilde kendisinin belirleyebileceği inancından dolayı memnuniyetsizlik göstermektedir. Geçmişte teamül şu şekildeydi: yargısal karar ne kadar önemli olursa olsun, bakanlar, karar aleyhine temyize başvurma haklarını kullanarak ya da son çare olarak, kararı ortadan kaldırmak için geçmişe etkili yasa çıkararak<sup>45</sup> halk arasındaki itibarının zedelenmesinden kaçınırlardı. Bu teamül son zamanlarda aşınmıştır<sup>46</sup>; zira eğer bakanlar, yargıçlarca tepki gösterirlerse yargıçlar da bakanlara benzer eleştiriler getirmektedir ve kanaatimce hukuk devleti, devletin iki erki arasındaki bu çekişmeden zarar görmektedir. Basının bir bölümü, yargı ve yürütme arasındaki açık bir savaştan bahsetmektedir. Bunun doğru bir değerlendirme olduğu kanaatinde değildir. Ancak iki erk arasında kaçınılmaz ve kanaatimce tamamen olağan bir gerilim vardır. Dünyada yargının tüm kararlarının yürütme lehine olduğu ülkeler vardır ancak buralar kimsenin yaşamak istemeyeceği yerlerdir. Bu gerilim olağan dönemlerde bile kendini gösterir. Ancak ulusal güvenliğe tehdit algılarının olduğu dönemlerde hükümetler, anlaşılabilir bir biçimde, kamuyu korumak amacıyla, yetkilerinin sınırlarını zorladığından, bu gerilim daha şiddetlidir ve böyle

<sup>45</sup> 1965 tarihli Savaş Zararı Yasası'nda Parlamento, Lordlar Kamarası'nın *Burmah Oil Co Ltd v. Lord Advocate* [1965] A.C.75'teki kararını iptal etmiştir.

<sup>46</sup> Bu konuda en bilinen örnek, uçak kaçırma suçlaması sebebiyle sınırdışı edilen bir grup Afgan'ın oturma izni talebinin İçişleri Bakanlığı'nca reddi kararını Sullivan J.'in iptal ettiği karardır: *R. (on the application of S) v. Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 1111 (Admin). Yargıç bakanlığın kararının yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelen açık bir hakkaniyetsizlik olarak değerlendirmiştir. Başbakan karara ilişkin yorumunda ( BBC 10 Mayıs 2006): Bizim sınır dışı kararı vermemiz bir suistimal değildir, bu kararı veremeyecek durumda olmamız sağduyunun suistimalidir.” demiştir. The Court of Appeal Bakanlığın temyiz talebini reddetmiş ve yargıcin kararını “kusursuz bir karar” olarak değerlendirmiştir, [2006] EWCA Civ 1157 para. [50].

durumlarda yargıçların görevi, eğer hukuk devleti gözetilecekse, hükümetin yetki sınırlarını aşmamalarını temin etmektir. Burada ciddi kaygılar doğmaktadır, zira tarih göstermiştir ki, hükümetler kriz anlarında aşırı tepki gösterme eğilimindedir ve mahkemeler bir şekilde etkisiz kalmaktadır.<sup>47</sup> Hem ülkemizde hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme kararları her iki ülkenin de gurur duyacağı şekilde olmamıştır.<sup>48</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Justice William Brennan'ın 1987 yılında dile getirdiği uyarılar halen geçerliliğini korumaktadır:

“Ulusal güvenliğe tehdit algısının var olduğu zamanlarda veya savaş anlarında, Amerika Birleşik Devletleri'nde medeni özgürlüklerin uğradığı haksız muamele göz önünde bulundurulduğunda, gurur duyulacak pek fazla bir şeyin olmadığı, ancak utanılacak pek çok şeyin bulunduğu görülür. Bu kriz anlarının sona ermesinin ardından Amerika Birleşik Devletleri pişmanlık duyarak, medeni özgürlüklerin askıya alınmasının gereksiz olduğunu fark etmiştir. Ancak yeni bir kriz ortaya çıktığında aynı hatanın yapılmasının önlenemeyeceği görülmüştür.”<sup>49</sup>

Yedinci ve sondan bir önceki alt ilke, devletçe yürütülen karar alma usullerinin adil olmasıdır. Bu hukuk devletinin temel bir gereğidir. Açık yargılama lehine ileri sürülen argümanlar aşına olunan konulardır; bunlar, Avrupa'da, adaletin açık ve şüpheye yer bırakmayacak ölçüde tesis edilmesi gerektiği şekilde ifade edilirken<sup>50</sup>; Amerika'da “demokrasilerin kapalı kapılar ardında sona erdiği”<sup>51</sup> görüşü ile özetlenir.

Tüm kararların salt yargısal nitelikte olmadığı göz önünde bulundurulduğunda<sup>52</sup>, bu alt ilkenin olağan medeni yargılama usulüne uygulanması genel olarak bir sorun doğurmaz. Avustralya Baş

<sup>47</sup> Bkz. Tom Bingham, “Personal Freedom and Dilemma of Democracies”, *I.C.L.Q.*, sayı 52, 2003, s. 841.

<sup>48</sup> Bu ülkede R. v. Halliday [1916] 1 K.B. 738, [1917] A.C. 260 ve Liversidge v. Andersen [1942] A.C. 2006 kararı; Amerika Birleşik Devletleri'de ise, Korematsu v. United States 323 US 214 (1944) kararı örnek gösterilebilir. Bu son kararı Scalia J. Dred Scott'taki ile eşdeğer tutmuştur. Bkz. David Cole, *Enemy of Aliens*, New York, 2003, s. 99 ve 261, dn. 42.

<sup>49</sup> William J. Brennan Jr., “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”, *Israel Yearbook of Human Rights*, 1988.

<sup>50</sup> R. v. Sussex Justices, Ex. p McCarthy [1924] 1 K.B. 256,259.

<sup>51</sup> Detroit Free Press v. Ashcroft 303 F 3d 681, 683 (6. Cir. 2002).

<sup>52</sup> Bkz., örneğin, R. (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2003] 2 A.C. 295; Runa Begum v. Tower Hamlets London Borough Council [2003] UKHL 5, [2003] 2 A.C. 430.

Yargıcı'nın ifade ettiği gibi, “ Hukuk devleti hukukçuların yönetimi demek değildir.”<sup>53</sup>

Bir kişi yaptığı veya yapmadığı söylenen veya düşünülen bir şey sonucunda, aleyhine bir sonuçla karşılaşır, bu ister resmi suç isnadı (iddianame) bağlamında olsun; isterse, örneğin, sınır dışı etme, önleyici tutuklama, şartlı salıverme talebinin reddi veya şartlı salıvermenin bozulması bağlamında olsun, sorun doğma olasılığı artar. Bu gibi durumlarda hakkaniyet neyi gerektirir? Her şeyden önce, kararlar, her ne şekilde tanımlanmış olursa olsun, bağımsız ve tarafsız yargıçlarca verilmelidir: Yargıçlar, dışsal bir etki ve baskı altında kalmaksızın, davanın hukuki ve maddi yönü üzerine karar vermekte özgür olma bakımında bağımsız; her türlü tarafgir bağlılıktan ve kişisel menfaatten azade ve mümkün olduğu ölçüde açık fikirli olmaları bakımından tarafsızdırlar. Bunun yanında, bir takım çekirdek ilkeler kabul edilmelidir: Bir kişiye savunma hakkı tanınmadan aleyhine karar verilmemesi gerekir; bir sorumlulukla karşılaşması veya cezaya uğraması muhtemel kişiye, ne ile suçlandı, hangi ithamlarda bulunduğu bildirilmelidir; suç isnadında bulunan taraf, kendisi aleyhine veya karşı taraf lehine olabilecek hususları yeterince açıklamalıdır; bir kişinin menfaati avukat yardımı olmadan yeterince korunamıyorsa ve ilgili kişinin maddi durumu yoksa kendisine adli yardım sağlanmalıdır; suçlanan taraf, aleyhine ileri sürülen iddialara cevap vermek için yeterli imkâna sahip olmalıdır; suçluluğu kanıtlanana kadar, suç işlediği iddia edilen kişinin masum olduğu varsayılmalıdır.

Münhasıran ceza hukuku alanında, bu ilkelerin özellikle iki tanesi soru işaretleri doğurmaktadır. İlk soru işareti aleniyet ile ilgili olarak doğmaktadır, zira savcı kamu yararı gerekçesiyle sahip olduğu bilgileri savunma makamına açıklamak istemeyebilir. Böyle bir sorun doğduğunda, dava yargıcının titiz bir değerlendirme yapması gerekir. Ancak mevcut hukuki durumda, ilgili bilgilerin açıklanmasının, savunma makamına hiçbir şekilde faydası olmayacaksa, bunların açıklanmasına gerek yoktur; eğer açıklamama savunma makamına önemli derecede zarar verici ise, savcı hem bunları açıklamalı hem de soruşturmayı bırakmalıdır.<sup>54</sup> Bir başka soru işareti, ispat yükünü sanığa yükleyecek biçimde tanımlanmış suçlara ilişkin olarak doğmaktadır. Bunlar

<sup>53</sup> Murray Gleeson, “Courts and the Rule of Law”, Melbourne University’de verilen konferans, 7 Kasım 2001, <http://www.hcourt.gov.au/speeches/dj/dj-ruleoflaw.htm>.

<sup>54</sup> R. v. H [2004] UKHL 3, [2004] 2 A.C. 134.

kendiliğinden bir sorun doğurmamaktadır, ancak eğer sanığın üzerine bırakılan ispat yükü, sanık masum olsa bile, uygulamada altında kalkamayacağı bir yük ise, bu durumda sorun doğabilir.<sup>55</sup> Bu çözümlerin, ideal olmamakla birlikte, hukuk devletini ihlal ettiği kanısında değilim.

Parlamentonun, bir kararın gerekçesi olarak hâkime sunulan dosyanın tüm içeriğinin davanın karşı tarafına veya onun yetkili temsilcisine açıklanmamasını düzenlediği, ceza hukuku alanı dışında kalan ve sayısı gittikçe artan dava kategorilerinde durum daha da problemlidir. Ne ile itham edildiğinin ilgisine açıklanmasına ve dolayısıyla bunu çürütmesine olanak vermeyen her usul ciddi kaygı doğurmaktadır. Ancak bu kategoriler bir takım çok hassas bilgilerin açıklanmasının yaratacağı kaçınılmaz tehlikeye ilişkindir ve Parlamento, genel kuraldan ayrılmanın ancak gerekli durumlarla sınırlı olmasını şart koşmuş ve bunun sınırlarını belirlemiştir.<sup>57</sup> Açık yasal düzenleme yokluğunda, şartlı tahliye komisyonunca benzer bir usule başvurulması, Lordlar Kamarasında görüş ayrılığına yol açmıştır. Çoğunluk uygulamayı haklı bulurken, -benim de dahil olduğum- azınlık, karara kesinlikle karşı çıkmıştır.<sup>58</sup> Mesele öylece duruyor. Muhtemelen herkes bunun zor bir alan olduğu konusunda hemfikirdir.

Sekizinci ve son alt ilkeye göre, mevcut hukuk devleti ilkesi, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine, bu ister bir anlaşmadan ister devletlerarası teamülden kaynaklansın, bağlı kalmasını gerektirir. Bu ilkenin herhangi bir itirazla karşılaşacağı kanaatinde değilim. 1990 Eylülünde Irak'ın Kuveyt'i işgalinin ardından Kongrenin birleşik oturumuna hitaben Başkan Bush, yeni bir dünya düzeninin doğmakta olduğunu ifade etmiştir: hukuk devletinin orman kanunlarının yerini aldığı bir dünya, ulusların adalet ve özgürlüğün tesisi için ortak sorumluluklarını kabul ettikleri bir dünya, güçlünün zayıfın hakkına saygı gösterdiği bir dünya. Amerika ve dünya hukuk devletinin tarafında olmalıdır ve biz bu tarafta olacağız.”<sup>59</sup> Başkan Bush, 2002'de yaptığı ulusa seslenişte uluslararası meselelerden bahsederken aynı görüşleri dile getirmiştir: “Fakat Amerika insan onurunun gereklerinden, hukuk

<sup>55</sup> *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions*, Attorney General's Reference (No 4 of 2002) [2004] UKHL 43, [2005] 1 A.C. 264.

<sup>56</sup> *Bkz. R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738, para. [26]-[30].

<sup>57</sup> Kararda tartışılan örneği konuyla ilgisi olmadığı için buraya almıyorum. *Bkz. R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738, para [29].

<sup>58</sup> *R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738.

<sup>59</sup> Başkanın Kongrenin birleşik oturumundaki konuşması, *New York Times*, 12 Eylül 1990, A 20'de.



devletinden, devletin gücüne getirilen sınırlamalardan, kadına saygıdan, ifade özgürlüğünden, özel mülkiyetten, kanun karşısında eşitlikten, din özgürlüğünden asla ödün vermeyecektir.” Bugünün İngiliz devlet adamları da kanaatimce bu görüşe iştirak edeceklerdir.

Ancak yaklaşım her zaman bu şekilde olmamıştır. 1914’te savaşın patlak vermesi üzerine Alman Başbakanı, Parlamentoya şöyle hitap etmiştir:

“Baylar, bir zaruret halinin içindeyiz ve zaruret hali hukuk tanımaz. Birliklerimiz Lüksemburg’u işgal etti ve muhtemelen Belçika topraklarındalar. Yaptığımız uluslararası hukuka aykırı. Ancak askeri amacımıza ulaştıktan sonra, yaptığımız yanlış düzeltmek için çaba göstereceğiz.”<sup>60</sup>

Başbakan Asquith, İngiltere’nin, hukukiliği tartışmalı olan, Almanya kuşatmasının savunurken hukuki kaygılardan uzaktı:

“İnsanlığın ve hukukun tüm sınırlarını açıkça reddeden bir düşmanla mücadele ederken, mücadelemizin hukuki hassasiyetler ağına takılmasına göz yumamazdık.”<sup>61</sup>

58 Açık sebeplerden dolayı, 2003’te İngiltere’nin Irak işgaline katılmasının uluslararası hukukun ve sekizinci alt ilke ışığında hukuk devletinin ihlali olup olmadığı konusuna temas etmeyeceğim. Ancak 2003’te izlenen usulle, 1956’da Süveyş işgalinde izlenen usul arasında aydınlatıcı bir karşılaştırma yapılabilir ve bu karşılaştırma 1956’dan 2003’bu ülkede hukuk devletinin iyiye doğru gittiğini ve gücünün zayıf ezdiği düzeninse gerilediğini gösterecektir. İlk olarak, 1956’da Başbakan olan Sir Anthony Eden, hukuki değerlendirmelere en fazla ikincil derecede önem atfediyordu. Eden, Asquith’i anımsatan bir şekilde, şunları ifade etmiştir:

“Mısır menşeli bir şirketi Mısır Hükümetinin devletleştirme hakkı gibi önemsiz meselelerle uğraşmamalıyız.”<sup>62</sup>

Krizin sonraki safhasında Başbakan, Dışişleri Bakanlığı’nın seçkin bir *Legal Advisor olan* ve İngiltere’nin tutumunun hukuka aykırı olduğunu şiddetle savunan Sir Gerald Fitzmaurice’in gelişmelerden haberdar

<sup>60</sup> G. P. Gooch, **Germany**, New York, 1925, s. 112-113’ten alınmıştır. Ayrıca bkz. Patrick Devlin, **Too Proud to Fight**, Oxford, 1974, s. 142.

<sup>61</sup> HC Hansard, 1 Mart 1915, col. 600.

<sup>62</sup> Geoffrey Marston, “Armed Intervention in the 1956 Suez canal Crisis: The Legal Advice tendered to British Government”, **I.C.L.Q.**, sayı 37, 1988, s. 773, 777’den alınmıştır.



edilmemesi talimatını vermiştir. Başbakan, “Fitz danışacağım son kişidir.” demiş ve şunları eklemiştir: “Hukukçular yaptığımız her şeyin karşısında. Rica ederim onları bu meselenin dışında tutun. Bu siyasi bir mesele.”<sup>63</sup> Bildiğimiz kadarıyla, benzer ifadeler Başbakan Blair tarafından asla dile getirilmemiştir.

İkinci olarak, 1956’da ve 2003’te Hükümete hukuki görüş sunma *Law Officers*’ın görevi olmasına rağmen, 1956’da Mısır’a verilen ultimatodan önce kendilerine hiçbir surette danışılmamıştır.<sup>64</sup> Aksine Hükümet, Profesör Waldrock’un bir makalesindeki muğlak bir dipnota, Waldrock’un görüşünü almaksızın dayanan *Lord Chancellor*’un tavsiyelerine itimat etmiştir.<sup>65</sup> Bilindiği kadarıyla, 2003’te *Lord Chancellor* savaşın hukukiliğine ilişkin hukuki bir görüş beyan etmemiş, ancak *Attorney General* savaşın arifesinde kamuya yönelik kısa bir açıklama yapmış, yaklaşık iki yıl sonra, konu hakkındaki detaylı görüşü kamuya açıklanmıştır. Kanaatimce burada müşteri gizliliği kurallarının, diğer şartların da varlığı halinde, bir *law officer*’ın savaşın hukukiliği hakkındaki görüşüne uygulanıp uygulanamayacağı sorusu sorulabilir. Kanaatimce devletten ziyade savaşa katılacak ve belki de hayatını kaybedecek olan insanların müşteri olarak görülmesi yanlış olmaz. Eğer –örneğin- bir askeri hastanede meydana gelen bir kazanın veya bir savaş aracının neden olduğu zararlar için kusuru olduğu gerekçesiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılıyorsa, müşteri gizliliği kurallarının uygulanmaması için bir neden göremiyorum. Eğer bunun aksi kabul edilirse, devletin davalı olarak pozisyonu ciddi ölçüde ve adaletsiz bir biçimde zayıflayacaktır. Egemenliğin mutlak kullanımı olan ve tüm halkı ilgilendiren savaşın hukukiliği hakkındaki bir görüş, kanaatimce, bu kapsamda değerlendirilemez. *Attorney General*’ın Meclis’te doğrudan sorgulamaya tabi olmayan bir sıfat taşıması durumunda, bu görüşün tam olarak açıklanması, kanaatimce, daha da önem kazanmaktadır. Ancak bu kabul edilen bir görüş değildir ve biliyoruz ki, 2003’te *Attorney General*’ın görüşü, planlanan eylemi destekler nitelikteydi.

<sup>63</sup> Marston, *Ibid*, s. 798.

<sup>64</sup> Marston, *Ibid*, s. 804.

<sup>65</sup> C. H. M. Waldrock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *Hague Rec*, sayı 81, 1952, s. 451, 497, 503. Ayrıca bkz. Marston, *Ibid*, s. 792-793, 796. Eğer Waldrock’a danışılıyorsa, makalesinin bu şekilde yorumlanmasını kabul etmezdi, Marston, *Ibid*, s. 806.

Üçüncü olarak ve görece taze olan Nüremberg anılarına rağmen, 1956'da generallerin, işgalin hukuki olduğuna ilişkin herhangi bir güvence istediği görülmemektedir. 2003'te ise, iyi bilindiği üzere, bu güvence istenmiştir.

Dördüncü ayırım içlerinde en çarpıcı olanıdır. 1956'da, planlanan müdahalenin hukukiliğine ilişkin resmi olarak danışılmamasına rağmen, *Law Officers*, yapılan planları öğrenmiş ve bunların hukuken kabul edilemez olduğunu açıkça ifade etmişlerdir.<sup>66</sup> Ancak buna rağmen Hükümetin eylemini desteklemişlerdir. *Attorney General* Sir Reginald Manningham-Buller QC, 7 Kasım 1956'da Başbakana yazısında, "hukuki olarak savunmasam bile, Hükümetin eylemini destekledim ve desteklemeye devam edeceğim."<sup>67</sup> demiştir. Ertesi gün yapılan bir toplantının ardından, kendi adına ve *Solicitor General* Sir Harry Hylton-Foster QC adına, Başbakan'a şunları yazmıştır: "Yapılanları desteklememe ve bunu açıkça ifade etmeme rağmen, bunun hukuki görüşümüz olduğu yönünde Hükümet tarafından yapılan açıklamaya katılmıyoruz."<sup>68</sup> Sir Harry ise Başbakan'a şunları yazmıştır: "Hukuki değerlendirmelerin beni çok fazla etkilemesine izin vermekle hata yaptım."<sup>69</sup> Şüphesiz bugün bile büyük demokratik devletlerin, şüpheli durumlarda kuvvet kullanımını gerekçelendirmek için hukuk hilelerine başvurmadığını ileri sürmek saflık olur. Ancak büyük zorluk anları istisna tutulursa, böyle bir devletin açıkça hukuka aykırı kabul edeceği bir yol izleyebileceğine veya bu hükümete görüş bildiren üst düzey hukukçuların hukuki gerekçe bulamayacakları bir eylemi açıkça destekleyebileceklerine inanmıyorum. Aksine bir tutum, mevcut anayasal hukuk devleti ilkesine saygı göstermemek anlamı taşır.

Hukuk devletinin demokrasi olmadan var olup olamayacağı konusunda pek çok tartışma yapılmıştır. Bazıları bunun mümkün olabileceğini iddia etmiştir.<sup>70</sup> Ancak kanaatimce hukuk devleti devletle birey arasında, yönetilenle yöneten arasında, her iki tarafın özgürlük ve gücünden feragat ettiği zımnî fakat temel bir sözleşmeye dayanır. Toplum içinde yaşayan birey, zımnî olarak, Havva yaratılmadan önce Cennet'te Adem'in sahip olduğu sınırsız özgürlüğe sahip olamayacağını kabul eder ve usulüne uygun olarak yapılan yasaların sağladığı avantajlar karşılığında bu yasaların getirdiği sınırlamaları kabul eder. Devlet ise kendi payına,

<sup>66</sup> Marston, *Ibid*, s. 803-805.

<sup>67</sup> Marston, *Ibid*, s. 810.

<sup>68</sup> *Ibid*.

<sup>69</sup> Marston, *Ibid*, 811.

<sup>70</sup> Tamanaha, *On The Rule of Law*, s. 37.

ülkesinde veya sınırları dışında, gücünün yettiği her şeyi yapamayacağını, sadece yasaların verdiği yetkiyi kullanabileceğini kabul eder. Bu sonuç, eğer doğru ise, hangi sıfatla olursa olsun, mesleki yaşamlarını hukukun hizmetine adanmış bizlere umut vericidir. Zira bu, bizlerin buyurgan kurallar yığınının bekçisi olmadığımızı, fakat diğerleri ile birlikte<sup>71</sup>, içinde yaşadığımız topluma hayat veren ve onu aydınlatan adeta kutsal bir ateşin muhafızları olduğumuzu gösterir.<sup>72</sup>

\*\*\*

---

<sup>71</sup> Hukuk devletini koruma sorumluluğunun mahkemeler kadar Parlamento'ya da ait olduğu konusunda Lord Goldsmith son derece haklı. Bkz. yukarıdaki dn. 1, s. 10-19.

<sup>72</sup> Yardımcılarım Richard Moules ve Matthew Slater'e, bu konuşmanın hazırlanmasında sundukları yardımlardan dolayı teşekkür ediyorum ve Diana Procter'a her zaman ki gibi minnettarım.



# LİZBON ANTLAŞMASI'NDAN SONRA AVRUPA BİRLİĞİ'NİN YARGISAL KORUNMA SİSTEMİ – İLERİYE DOĞRU BİR ADIM MI?

Dr. Alexander THIELE\*

Çeviren: Dr. Ahmet M. GÜNEŞ\*\*

Avrupa Birliği'nin yargısal korunma sistemine ilişkin reform, ne başarısızlıkla neticelenen Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması'nın ne de bunu takip eden Lizbon Reform Antlaşması'nın<sup>1</sup> müzakerelerinde hususi nitelikteki can alıcı bir nokta olarak ele alınmıştır.<sup>2</sup> Bu nedenle, 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nın Birliğin eski yargısal korunma sistemini büyük ölçüde aynen alması pek de şaşırtıcı olmamıştır.<sup>3</sup> Buna rağmen, bu alanda birçok değişiklik de göze

---

\* Dr. Alexander Thiele, Göttingen Üniversitesi bünyesinde bulunan Genel Devlet Teorisi ve Siyasi Bilimler Enstitüsü'nde (Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften) akademik danışman ve doçent olup, aynı zamanda Saarland Üniversitesi ve Hamburg Helmut Schmidt Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Tercümesini yaptığımız bu makale, 2010 yılında "Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?" başlığıyla Zeitschrift Europarecht (EuR) adlı dergide (s. 30-51) yayınlanmıştır.

\*\* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-guneslaw@hotmail.com

1 İrlanda'daki ilk referandumun başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından Lizbon Antlaşması'nın da aynı şekilde yürürlük kazanamayacağına ilişkin olarak ciddi endişeler ortaya çıkmıştır. İrlanda'daki bu referandumdan "hayır" sonucunun çıkmasının muhtemel nedenleri konusunda bkz. D. Vignes, Lorsequ'on essaye de faire le point...sur le référendum de l'Irlande – Quelques raisons pour comprendre qu'ils aient dit non, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne 2008, s. 413 vd. İrlandalıların 2.10.2009 tarihindeki ikinci referandumda antlaşmayı kabul etmelerinin ardından, Çek Cumhuriyeti ve Polonya da antlaşmayı onaylamıştır. Lizbon Antlaşması bu nedenle ancak 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir.

2 Ayrıca bkz. U. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 1/2009), s. 71; M. Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DÖV 2009, s. 61.

3 Lizbon Antlaşması konusunda genel olarak bkz. J. P. Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag, EuR 2008, s. 143 vd.; P. Craig, The treaty of Lisbon. Process, architecture and substance, ELR 2008, s. 137 vd.; M. Dougan, The treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts, CMLRev 2008, s. 617 vd.; N. Moussis, Le traité de Lisbonne: une constitution sans en avoir le titre, Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne 2008, s. 161 vd.; A. Hofmann/W. Wessels, Der Vertrag von Lissabon – eine tragfähige und abschließende Antwort auf konstitutionelle Grundfragen?, integration 2008, s. 3 vd.; P.-C. Müller-Graff, Der Vertrag von Lissabon auf der Systemspur des Europäischen Primärrechts, Integration 2008, s. 123 vd.; T. Oppermann, Die Europäische Union von Lissabon, DVBl 2008, s. 473 vd. Daha ayrıntılı olarak ayrıca bkz. Schwarze/Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009,

çarpmaktadır; bu değişikliklerden en önemlileri bu çalışmamızda ele alınıp bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.<sup>4</sup>

## A. Kurumsal Değişiklikler

### I. Mercilere İlişkin Değişiklikler

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) 220. maddesi uyarınca daha önce Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) ve İlk Derece Mahkemesi kendilerine tanınan yetki çerçevesinde antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakla görevlendirilmiş idi.<sup>5</sup> Bunun dışında 225a maddesi, Avrupa Konseyi'ne belli kategorideki davalar için yetkili olmak üzere Uzmanlaşmış Yargı Daireleri kurma yetkisi tanımakta idi. Bu düzenlemeye dayanılarak Uzmanlaşmış Yargı Daireleri kapsamında şimdiye kadar Avrupa Birliği Kamu Çalışanları Mahkemesi'nin kurulduğu düşünüldüğünde,<sup>6</sup> Avrupa Birliği'nin yargısal korunma sisteminin üç boyutlu olduğunu ifade edebiliriz.

Lizbon Antlaşması'nın buna karşılık gelen düzenlemesi, Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 19. maddesinde yer almaktadır. ABA'ya bu hükmün dahil edilmesinin nedenini daha önce mevcut olan sütunlu yapının Lizbon Antlaşması ile (şeklen)<sup>7</sup> çözülmesinde aramak gerekir. Tüm organlar artık ABA'nın Başlık III'ünde yer almaktadır, bu nedenle Adalet Divanı'na ilişkin temel düzenlemelere de (görev tanımlamaları, terkip) burada yer verilmiştir. Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı hükümler ise, büyük ölçüde daha önceki Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın yerini alan Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma'da (ABÇUİA) bulunmaktadır.

ABA'nın 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD),<sup>8</sup> Divan, Genel Mahkeme ve Uzman Mahkemeler'i

---

2009; Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung*, 2008; Weidenfeld (Hrsg.), *Lissabon in der Analyse*, 2008. A. Thiele, *Europarecht* 2010.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bir analiz için bkz. C. Last, *Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union*, 2008.

<sup>5</sup> Adalet Divanı'nın işlevleri konusunda teferruatlı olarak bkz. A. Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2003, § 4.

<sup>6</sup> Bkz. W. Hakenberg, *Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit*, *EuZW* 2006, s. 391 vd.

<sup>7</sup> Bilhassa Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası, Lizbon Antlaşması'ndan sonra da özellikle yargısal korunma alanında özel statüsünü muhafaza etmiştir (karş. ABÇUİA md. 275). Ayrıca bkz. R. Streinz, *Europarecht*, 2008, N. 63 a.

<sup>8</sup> Lizbon Antlaşması uyarınca Adalet Divanı da artık bütün Birliğin bir organıdır.

kapsamaktadır. Bir çatı organ olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı, daha önce olduğu gibi antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakta yükümlüdür. Daha önceki Uzmanlaşmış Yargı Daireleri ise, artık daha doğru bir ifade ile Uzman Mahkemeler olarak adlandırılmaktadır.<sup>9</sup> Ancak, burada esasa ilişkin bir değişiklikten söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte ABA'nın 19. maddesi ile, ne Genel Mahkemeler'in ne de Uzman Mahkemeler'in Avrupa Birliğinin bağımsız organları olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu mahkemeler, daha ziyade Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bir parçası olarak görülmelidir.<sup>10</sup> Bunlar arasında, - daha önceki sistem bakımından kabul edildiği üzere- organ içi bir ilişki söz konusu olup, organlar arası bir ilişkiden bahsetmek mümkün değildir.<sup>11</sup> Sonuç olarak, daha önce mevcut olan merciler bakımından Lizbon Antlaşması'nın bir değişiklik öngörmediğini ifade etmeliyiz.<sup>12</sup>

Daha önce, Uzmanlaşmış Yargı Daireleri'nin kurulabilmesi için Konsey'in oybirliği ile alınmış bir karara ihtiyaç var idi, Avrupa Parlamentosu ve ATAD'ın ise yalnızca görüşü alınır idi (karş. ATA md. 225a). Ancak bundan böyle bu tür kararların alınması sürecinde, Avrupa Parlamentosu'nun önemi artacaktır. Uzman Mahkemeler'in kurulması, ABÇUİA'nın 257. maddesi uyarınca tüzükler aracılığıyla gerçekleşecektir. Bu tüzüklerin kabulü ise, büyük ölçüde daha önceki ortak karar alma usulü ile özdeş olan olağan yasama usulü<sup>13</sup> çerçevesinde vuku bulacaktır (ABÇUİA md. 294). Avrupa Parlamentosu böylelikle, artık oybirliği ile değil aksine oyçokluğu ile karar alacak olan Konsey ile aynı seviyede yer almaktadır. Adalet Divanı, bu tür bir mahkemenin kurulmasını tek başına talep edebilir ve bu tarz bir talebin söz konusu olması halinde Komisyon'un en azından görüşü alınacaktır. Bu alanda oyçokluğu ilkesinin getirilmesi ile bu tarz birçok mahkemenin kurulması yönünde umutlar yeşermiştir. Diğer taraftan, ancak bu şekilde Adalet Divanı'nın ve Genel Mahkeme'nin sürekli artan iş yükünün hafifletilmesi mümkündür, ki Avrupa Birliği Kamu Çalışanları Mahkemesi bu bağlamda olumlu bir örnektir. Birliğin yargısal korunma sistemi, bu halde uzun vadeli olarak ancak üç boyutlu bir biçimde var olabilir.

---

<sup>9</sup> Bkz. *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (81); *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61.

<sup>10</sup> *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61.

<sup>11</sup> *A. Thiele*, *Europäisches Prozessrecht*, 2007, § 2 N. 1; *M. Pechstein*, *EU-/EG- Prozessrecht*, 2007, N. 120.

<sup>12</sup> Aynı şekilde dahili yetki paylaşımına da dokunulmamıştır. Bu bakımdan Adalet Divanı, ulusal mahkemelerin tüm önkarar talepleri konusunda yetkili olmaya devam etmektedir.

<sup>13</sup> Karş. ABÇUİA md. 289.

## II. Terkibe İlişkin Değişiklikler

Adalet Divanı, ABA'nın 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca her üye devlet başına bir üye düşecek şekilde 27 üyeden oluşmaktadır. ABÇUİA'nın 252. maddesinin 1. fıkrası ise, Adalet Divanı'na daha önce olduğu gibi sekiz savcının yardımcı olacağını öngörmektedir. Ancak, bu sayının Adalet Divanı'nın istemi üzerine Konsey'in oybirliği ile vereceği bir karar ile artırılması olanaklıdır (ABÇUİA md. 252, f. 1, c. 2). Antlaşmaya eklenen 38. Nolu Protokol'de ise, Adalet Divanı'nın talep etmesi üzerine Konsey'in üç tane savcının daha alınarak savcı sayısının artırılmasına ilişkin bir karar alacağı ifade edilmiştir.<sup>14</sup> 38. Nolu Protokol bu durumda, Polonya'nın daimi bir savcıya sahip olacağını öngörmektedir,<sup>15</sup> ki büyüklüğü itibariyle Polonya açısından bu tür bir düzenleme yerindedir.<sup>16</sup> Diğer mevkiler ise daha önce olduğu gibi rotasyon sistemine tabidir.

İlk Derece Mahkemesi'nin terkihi açısından ise, Nice Antlaşması ile getirilen hukuki düzenlemeler haricinde bir değişikliğe yer verilmediği görülür. İsmi Genel Mahkeme olarak değiştirilen İlk Derece Mahkemesi, eskiden olduğu gibi her üye devletten gelen en az bir hakimden oluşacaktır, ki *Everling* bu düzenlemeyi “üst sınırı olmayan skala” olarak nitelemektedir.<sup>17</sup> Genel Mahkeme'de eskiden olduğu gibi savcılar bulunmamaktadır.

Buna karşın, ABÇUİA'nın 255. maddesinde yer verilen Hakim Denetim Komitesi'nin<sup>18</sup> yeni olduğunu belirtmek gerekir. Bu komitenin görevi, hakim ve savcılarının henüz atanmadan önce görevlerini yerine getirmeye uygunluğu konusunda görüş bildirmektir. Bu komite, biri Avrupa Parlamentosu tarafından önerilen, Adalet Divanı'nın ve Genel Mahkeme'nin eski hakimleri ve herkes tarafından bilinen hukukçular arasından seçilen yedi kişiden oluşur.<sup>19</sup> Bununla birlikte hakim ve

<sup>14</sup> Bu durumun, söz konusu olup olmayacağı veya ne zaman söz konusu olacağı hususu belirsizdir. Bu konuda ayrıca bkz. *W. Hakenberg/C. Schilhan*, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit – Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZFRV 2008, s. 104 (107 vd.).

<sup>15</sup> Polonya'nın yanı sıra Almanya, Fransa, İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık daimi bir savcıya sahiptir.

<sup>16</sup> Aynı şekilde *M. Dougan*, (dn. 3), s. 617 (673).

<sup>17</sup> *U. Everling*, Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregelungen, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, s. 369.

<sup>18</sup> Benzer bir Komite, Avrupa Birliği Kamu Çalışanları Mahkemesi'nde de vardır. Bu konuda bkz. *W. Hakenberg/C. Schilhan*, (dn. 14), s. 104 (107 vd.).

<sup>19</sup> *T. Oppermann*, Die Europäische Union von Lissabon, DVBl 2008, s. 473 (479), yazar bu bağlamda “yedi bilgeden” müteşekkil bir komiteden söz etmektedir.



savcılarının nihai atamaları, -daha önce olduğu gibi- üye devletlerin hükümetlerinin karşılıklı antlaşmaları ile gerçekleşmektedir. Komite tarafından bildirilen görüşün üye devletler bakımından bir bağlayıcılığı söz konusu değildir.<sup>20</sup> Komitenin önerilen adaylar açısından belli bir kalite denetimini mümkün kılması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, önerilen adayların mesleki elverişliliği bakımından şüana kadar bir şüphenin hasıl olmadığını ifade etmek gerekir. Daha ziyade belli devletler, kendi menfaatlerinden dolayı daima saygın ve güzide hakimleri Lüksembourg'a göndermeye dikkat etmiştir. Bu nedenle, hakimlerin atanması bakımından asıl sorunun bunların mesleki elverişliliğinin değil, daha ziyade şeffaf olmayan ulusal seçim usullerinin olduğuna vurgu yapmak gerekir. Her ne kadar ulusal seçim usulü Avrupa Birliği yargısının işlevselliği ve değeri üzerinde zorunlu olarak ciddi bir etkiye sahip ise de, Lizbon Antlaşması bu konuda (maalesef) herhangi bir hükme yer vermemektedir. Hakimlerin demokratik meşruiyeti bakımından birçok ülkede hukuki düzenlemelerin yokluğu nedeniyle ciddi bazı açıklar mevcuttur.<sup>21</sup> Almanya'da da hakimlerin ulusal seçimi büyük ölçüde kapalı kapılar ardında ve parti politikalarının tesiri altında gerçekleşmekte, ki bu durum çok saygın hakimlerin bile bir görev süresinin ardından çoğu kez değiştirilmesine neden olmaktadır. Göreve ilişkin karar, kamuoyunda genellikle bu karar verildikten sonra öğrenilmektedir. Bu bağlamda, şeffaf ve formalize edilmiş seçim usulünün geliştirilmesi bakımından burada acil bir ulusal eylem ihtiyacı söz konusudur. Öte yandan Lizbon Antlaşması'na eşlik eden yasa tasarılarının birinde, Hakim Seçimi Kanunu'nun (*Richterwahlgesetz*, ç.n.) değiştirilmesi öngörülmüş idi.<sup>22</sup> Yeni Hakim Seçimi Kanunu'nun 1. maddesinin 3. fıkrası, Adalet Divanı ve Genel Mahkeme'nin hakimlerinin Hakim Seçim Kurulu'nun muvafakati<sup>23</sup> ile Federal Hükümet tarafından atanacağını öngörmektedir; bunun dışında hem Adalet Bakanı'nın hem de Hakim Seçim Kurulu üyelerinin öneri hakkı vardır. Bu durumda, bu düzenleme doğru yolda ilerlemektedir,<sup>24</sup> ancak bu düzenlemenin yeterli olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Ulusal seçim usulü, Adalet Divanı hakimlerinin sahip olduğu özel önem nedeniyle daha ziyade Alman Anayasa Mahkemesi'nin

---

<sup>20</sup> Ayrıca bkz. *M. Dougan*, (dn. 3), s. 617 (672).

<sup>21</sup> Daha ayrıntılı olarak bkz. *A. Thiele*, (dn. 11), § 2 N. 37 vd.

<sup>22</sup> Bkz. Federal Meclis ve Federal Konsey'in Avrupa Birliği Konularındaki Haklarının Genişletilmesi ve Güçlendirilmesine İlişkin Yasa Taslağı md. 2, f. 4, Drucksache 16/8489.

<sup>23</sup> Muvafakat, genel olarak komitenin basit çoğunluğunu gerektiren onayı anlamına gelmektedir.

<sup>24</sup> Aynı görüşte *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61 (62).

hakimlerinin seçim usulü esas alınarak yeniden düzenlenmelidir.<sup>25</sup> Birçok cihetten açıklar barındıran ulusal seçim usulünün gereklilik arz eden şeffaflığı bakımından ABÇUİA'nın 255. maddesinde öngörülen komitenin yetersiz olduğu aşıkardır. Bu komitenin amaca uygunluğu da şüphelidir,<sup>26</sup> zira komitenin bir adayın uygunluğunu fiilen reddetmesi muhtemel görünmemektedir.

## B. Dava Türleri Kapsamındaki Değişiklikler

Aşağıdaki açıklamalar ile Lizbon Antlaşması'nın yalnızca önemli değişiklikleri ele alınacaktır. Bu açıklamalar, ihlal davası (I), iptal davası (II) ve ikincilik denetimine yönelik yeni bir davanın öngörülmesine (III) ilişkindir.

### I. İhlal Davası, ABÇUİA md. 258

Lizbon Antlaşması, ATA'nın 226 ve 227. maddelerinde yer alan düzenlemeleri herhangi bir değişiklik yapmadan aynen almıştır. Bu nedenle ihlal davasının temel özellikleri aynen muhafaza edilmiştir. Bu durum pek de şaşırtıcı olmamıştır, zira ATA'nın 226. maddesinde düzenlenen dava türü değerini ispatlamıştır (Buna mukabil, 227. maddede öngörülen dava türüne uygulamada rastlamak hemen hemen hiç mümkün değildir).<sup>27</sup>

Ancak, Lizbon Antlaşması ile davalı üye devlete karşı öngörülen yaptırım rejimi kısmen sertleştirilmiştir. Daha evvel Komisyon ATA'nın 228. maddesi uyarınca, ilk davadan kaynaklanan yükümlülüklerini hakkıyla yerine getirmeyen üye devlete karşı ikinci bir ihlal davası ikame etme imkanına sahip idi. ATA'nın 228. maddesi'nin öngördüğü özel yaptırım, ihmalcı üye devletin bu ikinci davada götürü bir tutar ya da para

---

<sup>25</sup> Bu seçim usulü, Alman Anayasa Mahkemesi'nin SPD tarafından önerilen müstakbel başkanı Horst Dreier'in atanması bağlamında yakın zamanda tekrardan medyanın ilgisini cezbetmiştir. Her ne kadar CDU tarafından bu atanmaya karşın ileri sürülen argümanlar kuşkuyla görünmekte ise de, her halükarda nitelikli çoğunluk gereksinimi nedeniyle adaylara ilişkin olarak kamusal bir tartışmanın vuku bulduğunu ifade etmek gerekir, zira her iki kitle partisi de atanmaya şeklen katılmaktadır.

<sup>26</sup> Kuşkuyla bir bakış için ayrıca *A. Arnall*, *The European Union and its Court of Justice*, 2006, s. 24. Buna karşın iyimser olarak *J. P. Terhechte*, (dn. 3), s. 143 (165). Ayrıca bkz. *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (83).

<sup>27</sup> *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, *Europarecht*, 2009, N. 425; *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, 2009, § 14 N. 24; *O. Dörr/C. Lenz*, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2006, N. 59; *M. Pechstein*, (dn. 11), N. 310.

cezası ödemesi idi.<sup>28</sup> Bu temel hükümler, ABÇUAI'nın 260. maddesinde Lizbon Antlaşması tarafından bütünüyle benimsenmiştir. Bunun yanı sıra ABÇUIA'nın yeni 260. maddesinin 3. fıkrası, yönergelerin ulusal hukuka hatalı aktarılması durumu için artık ilk dava kapsamında mali bir yaptırım ile cezalandırılmayı öngörmektedir. Bu yeni düzenlemeye göre Komisyon, ilgili devletin yönergeyi iç hukuka aktarmaya yönelik tedbirlerini bildirme yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile ABÇUIA'nın 258. maddesi çerçevesinde açacağı bir davada üye devlet tarafından ödenecek götürü tutar ya da para cezasını belirleyebilir. Adalet Divanı, bu halde miktarda -ABÇUIA'da öngörülen diğer durumlardan farklı olarak-<sup>29</sup> Komisyon'un önerisi ile bağlıdır, bu nedenle hiçbir zaman bu miktarın üstüne çıkılmamalıdır. Bu yeni düzenleme ile, yönergeleri ulusal hukuka zamanında aktarmak konusunda üye devletler üzerindeki baskının artırılması amaçlanmıştır. Ancak, ABÇUIA'nın 260. maddesinin 3. fıkrasının formülasyonunun yönergelerin iç hukuka aktarılmasına ilişkin bu bildirim üzerindeki konsantrasyonu ile biraz talihsiz olduğunu belirtmek gerekir.<sup>30</sup> Bu düzenleme yalnızca şu şekilde anlaşılabilir: Bu düzenleme, üye devletlerin iç hukuka aktarıma yönelik hiçbir tedbir almadığı -yani üye devletlerin hareketsiz kaldığı- ve bu nedenle Komisyon'a kaçınılmaz olarak hiçbir şeyi bildiremediği halleri de kapsamaktadır.<sup>31</sup> Diğer taraftan, ABÇUIA'nın 260. maddesinin lafzının yönergenin iç hukuka eksiksiz ve vaktinde aktarılmakla birlikte yalnızca bildirim yapılmadığı durumlar için de bir doğrudan yaptırımı onayladığı şeklindeki görüş mantıklı görünmemektedir. Komisyon, bu hallerde ABÇUIA'nın 260. maddesinin 3. fıkrasını uygulamaktan her halükarda sakınmalıdır. Bunun haricinde, üye devletin bildirim yaptığı ancak Komisyon'un üye devletçe başvuru tedbirlerin yetersiz veya hatalı olduğu kanısında olduğu durumlarda, bu düzenlemenin ne ölçüde uygulama alanı bulabileceği hususu tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır. İç hukuka doğru aktarım konusunun genellikle karmaşık hukuki meselelere bağlı olması nedeniyle, bir doğrudan yaptırımın en azından eylemde bulunmuş bir devlete karşı uygulanması makul görünmemektedir. Bu düzenlemenin lafzı da, ABÇUIA'nın 260.

---

<sup>28</sup> T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, (dn. 27), § 14 N. 33; M. Pechstein, (dn. 11), N. 302; O. Dörr/C. Lenz, (dn. 27), N. 78. Bilhassa para cezasının hesaplanması konusunda ayrıntılı olarak A. Thiele, (dn. 11), § 5 N. 47 vd.

<sup>29</sup> A. Thiele, (dn. 11), § 5 N. 57 vd.

<sup>30</sup> Aynı şekilde eleştirel U. Everling, (dn. 2), s. 71 (82).

<sup>31</sup> Aynı yönde W. Hakenberg/C. Schilhan, (dn. 14), s. 104 (109); M. Dougan, (dn. 3), s. 617 (673).

maddesinin 3. fıkrasının bu durumlar için (ancak açıkça hatalı aktarımlar istisna olmak üzere) uygulanamaması yönünde ibareler içermektedir.

Her ne kadar bu tür aktarım ihlallerine uygulamada sıkça rastlamak mümkün ise de,<sup>32</sup> yaptırma ilişkin bu sertliğin gerçekten gerekli olduğu hususu tartışmalı görünmektedir. Zira Adalet Divanı, kısa bir süre önce Nice Sözleşmesi uyarınca götürü bir tutar ödeme cezasına çarptırılmanın ilk ve ikinci karar arasında da söz konusu olabileceğine hükmetmiştir.<sup>33</sup> Komisyon, yaptırımın miktarının tespitine ilişkin kararında da bu durumlarda bu tarz bir götürü tutarın talep edilebileceğini belirtmiştir.<sup>34</sup> Bu nedenle üye devletler, ihlali ikinci kararın verilmesinden önce ortadan kaldırmış olsalar bile mali yaptırımlarla karşı karşıya gelebileceklerini hesaba katmalıdır. Memnuniyet verici nitelikteki bu içtihat sayesinde, artık ilk ve ikinci karar arasındaki zaman için etkili bir yaptırım sistemi vardır. Bu husus evvela, ihmalkar üye devletin gecikmiş aktarım ile zaten muhtemel olarak doğrudan etki veya devletin sorumluluğu gibi yaptırımlara maruz kalacağına dikkat çeken görüş bakımından da doğrulanmaktadır. Bu nedenle burada gerçek eylem gereksinimi söz konusu olmamış ve -görüldüğü kadarıyla- doktrinde (veya uygulamada) birileri tarafından bu tür bir gereksinim dile getirilmemiştir. Buna mukabil gerçek bir reform gereksiniminin söz konusu olduğu alanda -yani bireysel yargısal korunma konusunda-, gerekli reformlar gerçekleştirilmemiştir.<sup>35</sup>

Buna karşın bu yeni yaptırım usulünün yönergelerin iç hukuka geç aktarımının nedeninin genellikle iç yetki çatışmaları olan federal yapıya sahip üye devletlerdeki ihlaller bakımından orantısız olarak görülüp görülmeyeceği hususu, ki *Karpenstein/Karpenstein* bunun orantısız olacağı görüşündedir, tartışmalı görünmektedir.<sup>36</sup> Zira federal devletlerde yönergelerin iç hukuka hiç aktarılmamış veya eksik olarak aktarılmış olmasının nedenlerinin merkezi devletlere göre farklılık arz etmesi mümkün ise de, bu durum değişik üye devletlerin iç yapılarının esas alınarak farklılıkların öngörülmesini hiçbir şekilde haklı kılmaz. Bu tür içsel farklılıkların, Avrupa Birliği düzeyinde etkili olmamaya devam

---

<sup>32</sup> M. Burgi, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 6 N. 3. Ayrıca bkz. T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, (dn. 27), § 14 N. 25.

<sup>33</sup> Bkz. EuGH, Rs. C-304/02, Slg. 2005, I-6263 (*Kommission/Frankreich*).

<sup>34</sup> SEK (2005) 1658. ayrıca bkz. M. Pauling, Es wird teuer – Neuer Bußgeldkatalog der Kommission zur Anwendung des Art. 228 EG liegt vor, EuZW 2006, s. 492 vd.

<sup>35</sup> Ayrıca özel davacıların açtığı iptal davası konusundaki açıklamalara bakınız.

<sup>36</sup> P. Karpenstein/U. Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, Art. 228 EGV, N. 67.

etmesi ve ihlal davalarında evleviyetle bir mazeret nedeni olarak ileri sürülememesi gerekmektedir.

## II. İptal Davası

### 1. Ayrıcalıklı Davacıların Açtığı İptal Davası, ABÇUİA md. 263, f. 2

ATA'nın 230. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen davacılar aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan davacılara göre iki bakımdan ayrıcalıklı konumda idiler: ATA'nın 230. maddesinin 2. fıkrasında yer alan davacılar, kendileri bakımından bağlayıcı nitelikte dışsal bir hukuki etki doğuran hukuken var olan tüm tasarruflara karşı dava açabilmekte idiler ve bunun için hususi bir dava yetkisini ispatlamaları gerekmemekte idi.<sup>37</sup> Bu bağlamda, bu iptal davasının Alman hukukunda yer alan soyut norm denetimi davasına birçok açıdan benzediğini belirtmek mümkündür.<sup>38</sup> Lizbon Antlaşması ise, bu konuda yalnızca küçük değişiklikler öngörmüştür, ATA'nın 230. maddesinin 2. fıkrası ABÇUİA'nın 263. maddesi ile herhangi bir değişiklik yapılmadan korunmuş ve ATA'nın 230. maddesinin 1. fıkrası bakımından yalnızca küçük çaplı değişiklikler gerçekleştirilmiştir -bu değişiklikler arasında Avrupa Konseyi'nin<sup>39</sup> ve Birliğin diğer kurum ve birimlerinin üçüncü kişilere karşı hukuki etkiye sahip tasarruflarının dava konusu kapsamına alınması da yer almaktadır.

Aynı şekilde, ayrıcalıklı davacıların kapsamı bakımından da bir değişiklik öngörülmemiştir. Böylelikle, Avrupa Konseyi de ayrıcalıklı davacılar kapsamında yer almamaktadır. Avrupa Konseyi'nin bu gruba dahil edilmemesi ilk bakışta her ne kadar pek de şaşırtıcı olmasa da, Avrupa Konseyi'nin Birliğin "baş organı" olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu tarz bir genişleme ise, gerçekte Birliğin kurumsal konsepsiyonuna aykırılık teşkil edecek idi: Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'ne gerekli tepileri veren ve genel siyasi hedeflerini belirleyen yüksek bir politika organıdır. Bu nedenle, Avrupa Konseyi yasama niteliğindeki faaliyetlerde de bulunmamaktadır (karş. ABA md. 15, f. 1,

---

<sup>37</sup> R. Streinz, (dn. 7), N. 590; C. Last, (dn. 4), S. 152. Bu kapsamdaki tasarruflar konusunda daha ayrıntılı olarak bkz. M. Pechstein, (dn. 11), N. 345 vd.

<sup>38</sup> M. Burgi, (dn. 32), N. 16; A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein, (dn. 27), N. 443; O. Dörr/C. Lenz, (dn. 27), N. 80.

<sup>39</sup> Avrupa Konseyi'nin sütünsal yapısının (şeklen) çözülmesinden ötürü Birliğin "normal" organlarının arasına girmesi nedeniyle, bu genişlemenin zorunlu olarak gerekli olduğunu belirtmek gerekir. Ancak Avrupa Konseyi'nin görev alanının hemen hemen hiç değişmemesi nedeniyle, Avrupa Konseyi'ne karşı çok da davanın açılmayacağı beklenmektedir. Bu bağlamda, Başkanlık Konseyi'nin temel organ olmaya devam ettiğini belirtebiliriz. Ayrıca bkz. W. Hakenberg/C. Schilhan, (dn. 14), s. 104 (108). Lizbon Antlaşması uyarınca organlar konusunda genel olarak A. Thiele, (dn. 11), § 4.

c. 2). Buna karşın, günlük işler için -ve böylece Avrupa Birliği'nin tasarruflarına karşı muhtemel davalar için de- Konsey yetkilidir. Konsey, kural olarak devlet ve hükümet başkanlarından değil, üye devletlerin (talimatlarla bağlı) hükümet temsilcilerinden oluşmaktadır. Gerçekten dava açmak istemesi halinde Avrupa Konseyi'nin her zaman Konsey'e başvurması mümkündür.

## 2. Ayrıcalıklı Olmayan Davacıların Açtığı İptal Davası

### a) ABCŪIA md. 263, f. 3 Uyarınca Davacılar

Eskiden ATA'nın 230. maddesinin 3. fıkrası uyarınca dava açmaya yalnızca Avrupa Sayıştay ve Avrupa Merkez Bankası yetkili idi. Bu kurumlar, ayrıcalıklı davacılar gibi dışsal etkiye sahip hukuken var olan tüm tasarruflara karşı dava açabilirdi, ancak bu davanın kendi haklarının korunmasını amaçlaması gerekmekte idi. Bu nedenle burada, Alman Federal Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen organ uyumsuzluk usulü ile bazı benzerliklerin bulunduğunu ifade etmek mümkündür.<sup>40</sup> Diğer bir husus, Lizbon Antlaşması'nın "düşük ayrıcalıklı" davacılar grubuna Bölgeler Komitesi'ni de dahil etmiş olmasıdır.<sup>41</sup> Bölgeler Komitesi, yasama usulü çerçevesinde birçok (kısmen zorunlu) görüş bildirme hakkı ile donatılmıştır. Doktrinde kısmen Nice Sözleşmesi bakımından da Bölgeler Komitesi'nin bu hakların korunması amacıyla ATA'nın 230. maddesinin 3. fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle davaya katılma imkanına sahip olduğu ileri sürülmüş idi.<sup>42</sup> Ancak doktrindeki baskın görüş, Bölgeler Komitesi'nin antlaşmalarda gerçekleştirilen birçok değişiklikle de ATA'nın 230. maddesinin 3. fıkrasına alınmaması nedeniyle ilk görüşü haklı olarak reddetmekte idi.<sup>43</sup> Bölgeler Komitesi'nin açıkça zikredilmesi ile bu sorun Lizbon Antlaşması kapsamında çözülmüştür. Buna karşın, kardeş kurum niteliğinde olan Ekonomik ve Sosyal Komite'ye bu düzenlemede yer verilmemesi biraz şaşırtıcıdır. Ekonomik ve Sosyal Komite de, aynı şekilde (kısmen zorunlu) görüş bildirme hakkı ile donatılmıştır.

---

<sup>40</sup> *M. Burgi*, (dn. 32), N. 16; *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, (dn. 11), N. 443.

<sup>41</sup> Bu konuda teferruatlı olarak *A. Thiele*, Ausschuss der Regionen, in: Härtel, Handbuch des Föderalismus, 2010.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. *O. Dörr/C. Lenz*, (dn. 27), N. 83.

<sup>43</sup> *M. Burgi*, (dn. 32), N. 20; *A. Thiele*, (dn. 11), § 7 N. 7. Karşıt görüş *O. Dörr/C. Lenz*, (dn. 27), N. 83. Buna karşın kararsız *M. Pechstein*, (dn. 11), N. 334 vd.

Sadece Bölgeler Komitesi'nin bu düzenlemeye eklenmesinin nedenleri konusunda yalnızca spekülasyon yapılması mümkündür. Gerek Anayasa Anlaşması gerekse Reform Antlaşması'na ilişkin müzakerelerde ikincillik ilkesinin sıkı bir biçimde göz önünde bulundurulmasına yönelik özel bir ihtimam gösterilmiş idi. Bu nedenle, örneğin ulusal parlamentoların Avrupa Birliği yasama sürecindeki konumu da güçlendirilmiş idi. Bu bakımdan, Bölgeler Komitesi'ne dava hakkının tanınmasının üye devletleri ve bunların bölgelerini daha sıkı bir biçimde dikkate alan Avrupa Birliği'nin yeni yaklaşımının bir ifadesi olduğunu ve Ekonomik ve Sosyal Komite'nin burada azıcık unutulduğunu ileri süren görüş akla yatkın gelmektedir.

Bölgeler Komitesi ile Ekonomik ve Sosyal Komite arasında öngörülen bu farklılık, pek de amaca uygun görünmemekte, Ekonomik ve Sosyal Komite'nin öneminin zorunlu olarak zayıflamasına neden olmakta ve böylece eşit haklara sahip bu danışma kurumları arasında bir hiyerarşinin doğmasına neden olmaktadır. ABÇUİA'nın 263. maddesinin 3. fıkrasının Ekonomik ve Sosyal Komite üzerinde kıyas yoluyla uygulanması ise, bu düzenlemenin lafzı nedeniyle mümkün değildir.

İkincillik ve Ölçülülük İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin 2. Nolu Protokol'ün 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Bölgeler Komitesi ayrıca, Birliğin kabulü için komitenin görüşünün alınmasının zorunlu olduğu tasarruflarını iptal davası çerçevesinde ikincillik ilkesi ile uygunluk açısından denetleme imkanına sahiptir.<sup>44</sup> Bu ilave düzenleme, ABÇUİA'nın 263. maddesinin 3. fıkrası ile birlikte ilk bakışta gereksiz görünebilir. Gerçekte ise bu düzenleme komitenin dava hakkını hakikaten genişletmektedir, zira ikincillik ilkesinin bir ihlali Bölgeler Komitesi'nin haklarının bir ihlali ile aynı anlama gelmemektedir. Bölgeler Komitesi, bu alanda böylelikle hatta ayrıcalıklı davacılar grubuna girmektedir, bu durum ikincillik ilkesinin arz ettiği özel önem dolayısıyla memnuniyet vericidir.

#### **b) ABÇUİA md. 263, f. 4 Uyarınca Ayrıcalıklı Olmayan Davacılar**

Yaklaşık altmış yıllık geçmişinde Roma Antlaşmaları'nın henüz değiştirilmeyen hükmü niteliğinde olan ATA'nın 230. maddesinin 4. fıkrası, nihayet Birliğin yargısal korunma sistemine ilişkin en tartışmalı düzenlemelerinden birini oluşturmaktaydı. Birliğin sürekli genişleyen

---

<sup>44</sup> Bu durumda Adalet Divanı tarafından tam olarak neyin denetleneceği konusunda bkz. aşağıda III.



yetkileri bakımından ve Birlik vatandaşlarının buna daima artan ölçüde eşlik eden ilgileri bakımından bu netice pek de şaşırtıcı değildir.. Bu bağlamda bilhassa, makbul dava konularının katalogu ve ayrıcalıklı olmayan davacıların dava yetkisi konuları tartışmalı idi.<sup>45</sup> Lizbon Antlaşması, her iki alanda da değişikliklere yer vermiş, ancak bu değişiklikler asıl sorunu çözmek bir yana bu sorunu ele bile almamıştır.

### aa) Makbul Dava Konuları

Özel davacıların (*yani gerçek veya tüzel kişi olan davacıların, ç.n.*) makbul dava konuları meselesi, gerek doktrin<sup>46</sup> gerekse uygulamada daima tartışmalara konu olmuştur. ATA'nın 230. maddesinin 4. fıkrasının lafzı nedeniyle, özel davacıların kararlara ve “görünür tüzüklere”<sup>47</sup> karşı dava açabileceği açık idi. Bununla birlikte, (gerçek) tüzüklere ve yönergelere karşı da dava açılıp açılmayacağı ve açılacaksa bunun hangi koşullar altında mümkün olduğu hususu genellikle tartışmalı idi.<sup>48</sup> Bu tür bir dava olanağını başlangıçta sert bir biçimde reddetmesinin ardından Adalet Divanı, sonraki zamanlarda doğrudan ve dolaylı ilgililik şartı ile en azından yönergelerin uygun dava konusu olduğuna hükmetmiştir.<sup>49</sup> İlk Derece Mahkemesi de, bazı kararlarında yönergelere yönelik özel davaları kabul etmiştir.<sup>50</sup> Netice olarak altmış yıllık entegrasyona rağmen bu alanda çok ciddi hukuki belirsizlik mevcut idi.

Lizbon Antlaşması ile öngörülen yeni düzenleme uyarınca, özel davacılar artık kendilerine yönelmiş veya kendilerini doğrudan ve şahsi olarak ilgilendiren tasarruflara karşı dava açabilecektir. ABÇUİA'nın 263. maddesinin 4. fıkrası böylece karar gibi hususi bir tasarrufu değil aksine genel olarak ABÇUİA'nın 263. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tasarruf kavramına atıfta bulunmaktadır.<sup>51</sup> Böylelikle, özel davacıların ABÇUİA'nın 288. maddesinde yer alan klasik tüm tasarruf biçimlerine<sup>52</sup>

<sup>45</sup> Daha ayrıntılı olarak *A. Thiele*, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006; ayrıca *C. Last*, (dn. 4).

<sup>46</sup> Bkz. *M. Burgi*, (dn. 32), N. 36 vd.; *M. Pechstein*, (dn. 11), N. 362 vd.; *E. Schulte*, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s. 36 vd.

<sup>47</sup> Bu kavram konusunda *A. Thiele*, (dn. 45), s. 120 vd.

<sup>48</sup> *E. Schulte*, (dn. 46), s. 36 vd.; *A. Thiele*, (dn. 45), s. 91 vd.; 119 vd.; 150 vd.; *M. Pechstein*, (dn. 11), N. 370 vd.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-309/89, Slg. 1994, I-1853 (*Codorniú/Rat*). Ayrıca bkz. *E. Schulte*, (dn. 46), s. 86 vd.

<sup>50</sup> EuG, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335 N. 68 vd. (UEAPME/Rat). Ancak İlk Derece Mahkemesi daha sonra dava yetkisi bakımından karşılanması neredeyse imkansız koşulları talep etmiş ve dava neticede makbüllük bakımından başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

<sup>51</sup> *C. Last*, (dn. 4), s. 150.

<sup>52</sup> Bu konuda genel olarak *J. Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006. Karar konusunda ayrıca bkz. *M. Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen



-yani tüzük, yönerge ve kararlara- karşı dava açabileceği hususu açıklık kazanmıştır. Yalnızca, bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye ve görüşler bu kapsamda yer almamaktadır. Bunun haricinde, tasarruf kavramı genel olarak Birlik organlarının dışsal etkiye sahip tüm tedbirlerini yani atipik tasarruf biçimlerini de kapsamaktadır.<sup>53</sup> Neticede bu yeni düzenleme ile, soyut nitelikteki genel tasarruf biçimlerinin özel davacılar tarafından iptal davasına ne şekilde konu edileceğine ilişkin tartışma sona erdirilmiştir.

Bununla birlikte, buradan hareketle özel davacıların dava olanaklarının bu bağlamda genişleyeceği sonucuna varmak için henüz çok erkendir. Yani davacı, ilgili tasarruf kendisine yönelmediği sürece doğrudan ve şahsi ilgisini yine ispatlamak zorundadır. Ancak, tüzük ve yönergelerin genel-soyut karakterinin özel davacıların bu tasarrufların doğrudan muhatabı olduğu hususunu ortadan kaldıracığını belirtmek gerekir. Bu kapsamda daha önce değinilen tartışma, Lizbon Antlaşması ile sona erdirilmemiş, aksine doğrudan ve şahsi ilgililik ve böylece dava yetkisi kapsamında varlığını sürdürmektedir. Zira Adalet Divanı, daha önceki düzenleme nedeniyle içtihatlarında istisnaen bu tarz özel yani şahsi ilgililik söz konusu olduğu durumlarda tüzüklerin makbul dava konusu olduğunu kabul etmiştir.<sup>54</sup> Tartışmalar bu zamana kadar, genel-soyut düzenlemelerin doğrudan ve şahsi bir ilgililiğinin hangi hallerde kabul edileceği sorusu etrafından yürümüştür. Nihayet yeni düzenleme ile makbul dava konularına ilişkin tartışma anlamsızlaşmıştır ki bu tartışma aslında o zamanlar dava yetkisi çerçevesinde yürütülmeli idi<sup>55</sup>. Dava konularının genişletilmesinin özel davacıların dava olanaklarının genişlemesi sonucunu doğurup doğurmayacağı ise, münhasıran Lizbon Antlaşması'nın özel kişilerin normatif işlemlere karşı dava yetkisinin ispatını da ne ölçüde kolaylaştıracağına bağlıdır.

## bb) Dava Yetkisi

### (1) Genel İlkeler

Özel davacılar, daha önceki sistemde kendilerine yönelik olmayan hukuki tasarruflara ancak bu tasarrufların davacıları doğrudan ve şahsi olarak

---

Gemeinschaftsrechts, 2005. Yönerge bağlamında *K. H. Prokopf*, Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, 2007.

<sup>53</sup> Netice bakımından aynı yönde *C. Last*, (dn. 4), s. 174 vd.

<sup>54</sup> Bu konuda ayrıca *E. Schulte*, (dn. 46), s. 88 vd.

<sup>55</sup> Bu eleştiri için ayrıca *A. Thiele*, (dn. 45), s. 129 vd. Aynı yönde *E. Schulte*, (dn. 46), s. 101. Karşıt görüş *M. Pechstein*, (dn. 11), N. 372.

ilgilendirdiği durumlarda dava açma imkanına sahip idi.<sup>56</sup> Bu durum, -  
tüzük karakterine sahip hukuki tasarruflar haricinde- Lizbon Antlaşması  
ile de değişmemiştir.<sup>57</sup>

Şahsi ilgililiğin ispatı, özel davacılar bakımından bu bağlamda sorunlar  
yaşanmasına neden olan konuların başında gelmekte idi.<sup>58</sup> Adalet Divanı,  
bu kavramın içeriğinin tespitinde 1963 yılından kalma *Plaumann*  
*Formülü*'ne başvurmuştur.<sup>59</sup> Buna göre bir davacı, ancak ilgili kararın  
kendisini belli bazı kişisel özellikleri veya kendisini diğer kişilerden  
ayırarak şartlardan dolayı etkilemesi ve kendisini bu yüzden muhataplar  
gibi individüalize etmesi halinde şahsi ilgiye sahip idi.<sup>60</sup> Bu formül,  
esasen o zamanların itiraz edilebilen tek hukuki tasarrufu olan kararı esas  
almakta idi.<sup>61</sup> Adalet Divanı, davacının ilgili kişiler arasından özel  
durumu nedeniyle açıkça fark edilebilir olmasını da gerekli görmekte idi.  
Adalet Divanı son olarak, istisnaen şahsi ilgililiğin söz konusu olduğu  
hallerde tüzüklerin de elverişli dava konusu olabileceğini kabul etmiş idi.  
Adalet Divanı'nın *Plaumann Formülü*'nü eleştirel bir değerlendirmeye  
tabi tutmamış olması şaşırtıcı görünse de, bu formülün kökeninin henüz  
ne Avrupa temel haklarının var olduğu ne de Birlik hukukunun ulusal  
hukuktan önceliği ilkesinin geliştirdiği bir döneme dayandığı gözden  
kaçırılmamalıdır. Bireysel nitelikteki yargısal korunmayı temin eden bir  
normun yorumunun bu gelişmelerle kendini tümünden muhafaza etmiş  
olması, en azından şaşırtıcı olarak nitelendirilmeli idi. Bu bağlamda  
doktrinde, şahsi ilgililikte itiraz edilen tasarrufun müdahalesinin  
yoğunluğunun (temel haklarda olduğu gibi) dikkate alınması gerektiği ve  
diğer ilgililerle mukayesesinin daha az aranması talep edilmiş idi.<sup>62</sup>  
Ancak Savcı *Jacobs* ve İlk Derece Mahkemesi tarafından da benimsenen  
bu eleştiri, 2002 yılında Adalet Divanı tarafından açıkça reddedilmiştir.  
Adalet Divanı, üstlendiği mahkeme fonksiyonunun hukuka uygunluk  
kontrolü sistemini tek başına değiştirmeye mani olduğu kanısını taşımış  
ve bunun yalnızca “Antlaşmaların Efendileri” olan üye devletler  
tarafından şekli antlaşma değişikliği usulü çerçevesinde yerine getirilmesi

<sup>56</sup> Ayrıntılı olarak *M. Burgi*, (dn. 32), § 6 N. 54 vd.

<sup>57</sup> Tüzük karakterine sahip hukuki tasarruflara ilişkin özel düzenleme için bkz. aşağıda (2).

<sup>58</sup> Aynı yönde *M. Dougan*, (dn. 3), s. 617 (676). Ayrıca EuGH, JZ 2009, s. 1065.

<sup>59</sup> Bu konuda *E. Schulte*, (dn. 46), s. 114 vd.; *O. Dörr/C. Lenz*, (dn. 27), s. 121 vd.; *Pilatas*,  
Individualrechtsschutz durch Nichtigkeitseklage nach EG-Recht, s. 198 vd.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 25/62, Slg. 1963, 211, 238 vd. (*Plaumann & Co./Kommission*).

<sup>61</sup> Tüzüklerin de dava konusu olarak kabul edildiği *Codorniu* kararı ilk defa Mayıs 1994'te  
çıkıştır. Ayrıca bkz. *C. Last*, (dn. 4), s. 150.

<sup>62</sup> *W. Hakenberg/C. Schilhan*, (dn. 14), s. 104 (109).

gerektiğini ifade etmişti. Her ne kadar Adalet Divanı'nın bu açıklamaları gerçekte pek ikna edici olmasa da,<sup>63</sup> şahsi ilgililiğin belirlenmesine ilişkin bu tartışma uygulama bakımından her halükarda sona ermiş idi.<sup>64</sup>

Lizbon Antlaşması'ndan sonra da davacıların bu tür bir şahsi ilgiyi ispatlamaları gerekmektedir. Bu nedenle, özel davacıların konumunun bu şekli antlaşma değişikliği kapsamında da değiştirilmemiş olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, makbul dava konularının genişletilmesinin artık Adalet Divanı'nın argümantasyonuna göre de şahsi ilgililiğin yeni bir yorumuna izin verecek bir yaklaşımı dayattığı gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü dava konularının şeklen genişletilmesi ile, şahsi ilgililik kavramının neden hala sıkı bir biçimde hukuki bir tasarruf olarak kararı esas alması gerektiği hususu aslında dogmatik açıdan gerekçelendirilememektedir.<sup>65</sup> Sınırlama, açıkça o zamanlar yalnızca kararların uygun dava konusu olarak ele alınmış olmasından kaynaklanmakta idi. Ancak artık tüzük veya yönerge gibi soyut-genel hukuki tasarrufların da uygun dava konusu olarak açıkça zikredilmesi nedeniyle, bu argümantasyon çizgisine uygun olarak şahsi ilgililiğin yorumunun da Lizbon Antlaşması ile bir denetime tabi tutulması gerekirdi.

Buna rağmen, Adalet Divanı'nın katı nitelikteki içtihatlarında direneceği tahmin edilebilir. Zira, öncelikle şahsi ilgi kavramı bu kavrama açıkça farklı bir içerik atfedilmeden üye devletlerce tekrardan aynen benimsenmiştir. Adalet Divanı'nın yukarıda kısaca değinilen UPA kararından hemen sonra yalnızca dava konularının şeklen genişletilmesi nedeniyle tümüyle farklı bir hükme kendini mecbur hissetmesi, pek de muhtemel görünmemektedir. Teorik olarak ATA'nın 230. maddesinin 4. fıkrası uyarınca -şahsi ilgililik kabul edilebildiği sürece- tüzükler eskiden de iptal davasına uygun bir konu idi. Diğer taraftan, üye devletler ABA'nın 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Birlik hukuku tarafından düzenlenen alanlarda etkili bir yargısal korunmayı güvence altına alacak gerekli hukuki başvuru yollarını oluşturmak konusunda kendilerini

---

<sup>63</sup> Öncelikle Adalet Divanı'nın *Plaumann* formülünün içtihatların değişimini doğurmadığına ilişkin görüşünün pek de inandırıcı olmadığını ifade etmek gerekir. Yalnızca şahsi ilgililik kavramı birincil hukuk düzeyinde temin edilmemiştir; ancak bu kavramın içeriği içtihat yoluyla elde edilebilir ve bu bağlamda makul hukuk metodu çerçevesinde değiştirilen çerçeve koşullara uydurulabilmeli idi.

<sup>64</sup> Ayrıca *B. W. Wegener*, in: Callies/Ruffert, *Die Verfassung der Europäischen Union*, 2007, Art. I-29, N. 4 vd., ancak bu yazar Adalet Divanı'nın görüşünü benimsemektedir.

<sup>65</sup> Dava konusu edilebilecek hukuki tasarrufların "karara benzerliğinden" ABÇÜİA'nın 263. maddesinin 4. fıkrasında açıkça vazgeçilmiştir. Bkz. *C. Last*, (dn. 4), s. 150.

yükümlü kılan bir hüküm kabul etmişlerdir.<sup>66</sup> Adalet Divanı, bu yükümlülüğü aynı şekilde UPA kararında da vurgulamış ve şahsi ilgiye ilişkin katı içtihadını evvela bu yükümlülüğe dayandırmıştır. ABA'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında ise artık birincil hukuk düzeyinde de, üye devletlerin genel yetkili yargısal korunma alanını bu hallerde oluşturacağı öngörülmüştür. Buna göre mevcut açıkların üye devletlerce bertaraf edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Birliğin Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra da ulusal aktarım işlemlerine gerek kalmadan doğrudan etki yaratan hukuki tasarruflara karşı etkili bir yargısal korunmayı temin etmediğini ifade etmek gerekir.

Birliğin yargısal korunmaya ilişkin tüm sistemi üye devletlere yönelik olarak açıkça öngörülen bu yükümlülükle daha da karmaşık hale gelmiştir, ki bu tür bir durum hukuk devleti ilkeleri ile yükümlülük altına giren bir birlik dahilindeki bireysel yargısal korunma bakımından bilhassa fena görünmektedir. Ciddi bir hukuki belirsizlik varlığını sürdürmektedir ve öngörülen ulusal yargısal korunma tüm üye devletlerde yeterli olsa bile, karmaşıklığı nedeniyle Avrupa yargısal korunma sisteminin modern ve gelecek vaat eden bir sistem olarak nitelenmesi pek de olanaklı değildir. Almanya'da tartışılan ve çözüm olarak sunulan kişilerin bu durumlarda ulusal idari mahkemeler nezdinde (menfi) bir tespit davası açma imkanı, bu bağlamda esas sorunu ıskalamakta ve Avrupa Birliği'nin yargısal korunma sisteminin bu biçim içinde oluşan yapısal açıklarını çözememektedir.<sup>67</sup> "Antlaşmaların Efendileri" olan üye devletler, burada düzeltici olmak ve yargısal korunma alanlarının orantılı bir ayrımını gerçekleştirmek fırsatını kaçırmıştır.

## (2) Lizbon Antlaşması'ndaki Özel Hükümler

Bununla birlikte, tüzük karakterine sahip hukuki tasarruflara yönelik olarak Anayasa Antlaşması'nda öngörülmüş olan basitleştirilmiş dava olanağının bireysel yargısal korunma bakımından açıklar içeren bu durum açısından belli bazı iyileştirmeler vaat ettiğini ifade etmek gerekir. Özel davacılar, şahsi ilgi gereksinimi söz konusu olmadan bu tür hukuki tasarruflara karşı dava açabilirler, ancak bunun için bu tasarrufların ilgili davacıları doğrudan ilgilendirmesi ve herhangi bir yürütme işlemi gerektirmemesi şarttır. Aynı şekilde bu düzenleme de, pek de başarılı

---

<sup>66</sup> Bu konuda ayrıca *B. W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, (dn. 64), Art. 1-29, N. 4 vd.

<sup>67</sup> Ancak bu doğrultuda *B. W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, (dn. 64), Art. 1-29, N. 7 vd.

olmayan formülasyonu nedeniyle birçok sorunu kendisiyle beraber getirmektedir. Öncelikle, tüzük karakterine sahip hukuki tasarruftan ne anlaşılması gerektiği hususu açık değildir.<sup>68</sup> Bu kavrama, Birlik antlaşmalarının herhangi bir yerinde rastlamak olanaklı değildir, bu kavram bilhassa ABÇUİA'nın Birliğin hukuki tasarruflarını zikreden 288. maddesinde yer almamaktadır. Bununla birlikte, bu düzenlemenin Anayasa Antlaşması bağlamında anlam taşıdığını ifade etmek gerekir;<sup>69</sup> zira burada hukuki tasarruflar olarak ilk defa Avrupa (çerçeve) yasaları ve tüzükler arasında ayırım yapılmış idi. Ancak bu ayırım, Lizbon Antlaşması'nın müzakerelerinde gündeme gelmemiştir.<sup>70</sup> Fakat bu ayırma açıkça yer verilmemesi nedeniyle, ABÇUİA'nın 288. maddesi manasında tüm tüzüklerin artık ABÇUİA'nın 263. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen özel düzenlemenin kapsamına girdiği sonucuna varmak mümkün değildir.<sup>71</sup> Hak aramanın bu tarz genişletilmesi, Nice Antlaşması'nın terminolojisine geri dönüşle açıkça bağlanmamalı idi – özel davacılar şahsi ilgilerini pratik olarak yalnızca yönergelerin söz konusu olduğu hallerde ispatlamalı idi.<sup>72</sup> Ancak bu durum, Lizbon Antlaşması'na göre tüzük karakterine sahip tüzüklerin olmadığı şeklinde dilsel açıdan pek de şık olmayan bir netice doğuracaktır. Bu tüzüklerin hangileri olduğu ise belirsizdir. Anayasa Antlaşması ile sıkı bir biçimde bağlantılı olan bu normun hazırlanma süreci dikkate alındığında, yalnızca “daha az önemli” tüzüklerin bu normun kapsamına girdiği sonucuna varmak gerekir.<sup>73</sup> Bu kapsama yalnızca, ABÇUİA'nın 289. maddesinde düzenlenen bir yasama usulü çerçevesinde kabul edilmemiş olan tüzüklerin girdiğinin kabulü gerekir. ABÇUİA'nın 289. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, bu tür bir durumda yasama tasarrufları söz konusu olacaktır. Buna göre özel düzenleme, ABÇUİA'nın 290. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Komisyon'un yasa karakterine sahip olmayan birincil

---

<sup>68</sup> *M. Dougan*, (dn. 3), s. 617 (678 vd.); *C. Last*, (dn. 4), s. 155 vd. Ayrıca *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (74).

<sup>69</sup> Aynı şekilde burada da hangi hukuki tasarrufların kapsandığı açık değildi. Bu konuda *B. W. Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, (dn. 64), Art. I-29, N. 10.

<sup>70</sup> Bu değişikliğin arka planında bazı üye devletlerin bu kamu hukuku terminolojisine yönelik çekinceleri bulunmakta idi. Aynı şekilde *R. Streinz*, *Die „Verfassung“ der Europäischen Union nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und dem Vertrag von Lissabon*, ZG 2008, s. 105 (112).

<sup>71</sup> Bu doğrultuda *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (74).

<sup>72</sup> Bu doğrultuda *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61 (63).

<sup>73</sup> Ayrıca bkz. *D. Ehlers*, *Nichtigkeitsklage*, in: ders./Schoch, *Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, 2009, § 8 N. 41.

nitelikteki yürütme tüzüklerini kapsayacaktır.<sup>74</sup> Buna karşın, Komisyon'un otonom, (yani Komisyon tarafından doğrudan antlaşmada yer alan bir yetkiye dayanılarak kabul edilmiş olan) tüzüklerinin bu tür bir karaktere sahip olduğu kuşkulu görünmektedir. Bu tür tüzüklerin yasama usulü içinde kabul edilmemesi, bu görüşü dayandığı en önemli argümandır.<sup>75</sup>

Hangi hukuki tasarrufun bu özel düzenlemenin kapsamına girdiğini belirleme yetkisi ise, "Antlaşmaların Koruyucusu" konumunda olan Adalet Divanı'na aittir. Bu bağlamda, Lizbon Antlaşması'nın bireysel yargısal korunma alanında bir geçiş süreci boyunca yeni bir hukuki belirsizliğe neden olduğunu belirtmek gerekir.

Hukuki bir tasarrufun tüzük karakteri, tek başına şahsi ilgi gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bunun için ayrıca, söz konusu kişilerin doğrudan ilgili olması ve söz konusu hukuki tasarrufun başka bir yürütme tedbirini gerektirmemesi şarttır. İlk görüntünün aksine bu formülasyonda herhangi bir "lafı uzatımı" söz konusu değildir. Böylelikle hak arama olanağı gerçekte şekli nitelikteki doğrudan ilgililik halleri ile sınırlandırılmıştır.<sup>76</sup> Bu tarz bir ayırımın amaca uygunluğu ise kuşkulu görünmektedir. Bunun sonucu, maddi doğrudanlık halinde ulusal alanın tekrardan yetkili yargısal korunma alanı haline gelmesidir. Ancak, şekli ve maddi doğrudanlık arasındaki farkın neden yetkili yargısal korunma alanının değişmesi neticesini doğurduğu, anlaşılır değildir.

Neticede bu özel düzenleme, yalnızca dilsel açıdan başarısız görünmemekte, aksine sistematik açıdan da çeşitli eleştirilere konu olabilir.<sup>77</sup> Zira, gerekli yargısal korunmanın ulusal düzeyde de temin edilmesine ilişkin olarak ABA'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında üye devletlere yönelik öngörülen yükümlülük kapsamında yer almamalarına rağmen belli bazı hukuki tasarruflar için Avrupa Birliği yargısının kapısı aralanmıştır. Neden sadece bu durumlarda Avrupa Birliği alanında yetkinin söz konusu olduğuna dair bir gerekçe bulmak ise zor görünmektedir. Yeni düzenleme, bu bağlamda klasik sistemin kırılması olarak görülebilir. Tüzük karakterine sahip hukuki tasarrufların

---

<sup>74</sup> Aynı yönde *D. Ehlers*, (dn. 73), § 8 N. 41; *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61 (64). Kararsız *J. Kokott/I. Dervisopoulos/T. Henze*, Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, s. 10 (11).

<sup>75</sup> Karşıt görüşte *D. Ehlers*, (dn. 73), § 8 N. 41.

<sup>76</sup> Şekli ve maddi nitelikteki doğrudan ilgililik için bkz. *A. Thiele*, (dn. 45), s. 225 vd.

<sup>77</sup> Aynı şekilde eleştirel *M. Dougan*, (dn. 3), s. 617 (677 vd.). Olumlu yaklaşan *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (74 vd.).

çoğunlukla daha az önemli bir içeriğe sahip olması, bu tezi doğrulayan olguların başında gelmektedir. Bu bağlamda örneğin ABÇUİA'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında, önemli olmayan belli bazı düzenlemelerin değiştirilmesi veya tamamlanması amacıyla Komisyon'a yasa karakterine sahip olmayan hukuki tasarruflardan genel geçerliliğe sahip olanlarının kabulü yetkisinin verilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Böylelikle ABÇUİA'nın 263. maddesinin 4. fıkrasındaki özel düzenleme, gerçekte yargısal korunma alanlarının makul olmayan bir kesişimini doğurmaktadır: Önemli düzenlemeler söz konusu olduğunda, yalnızca Avrupa Birliği yargısı yetkilidir. Buna karşın, düzenlemelerin kabulü sürecine katılmamış olmasına ve denetim konusu hükümler konusunda bir reddetme yetkisine sahip olmamasına rağmen, önemli hükümlerin denetimi ulusal alan kapsamındadır. Bu bakımdan özel düzenlemeyi, Avrupa normlarına karşı bireysel yargısal korunmanın iyileştirilmesi konusunda başarısız bir girişim olarak görmek gerekir. Özel düzenleme ayrıca, gereksiz bir karmaşıklığa ve yargısal korunma alanlarının birbirine dolanmasına neden olmaktadır. Bunun dışında, bu düzenlemenin ilk zamanlarda başka bir nedenden ötürü fena olarak nitelendiğini belirtmek gerekir: Daha önceleri Adalet Divanı, ilgili tarafın iptal davası açabileceği ve bunun açıkça makbul olduğu hallerde, ATA'nın 234. maddesi uyarınca geçerliliğe ilişkin olarak önkarar usulüne başvurulamayacağını öngörmekte idi.<sup>78</sup> Bu düzenlemenin amacı, ATA'nın 230. maddesinde öngörülen iki aylık sürenin dolanılmasına engel olmak idi. Bu bağlamda ABÇUİA'nın 263. maddesi uyarınca dava olanağının genişletilmesi, önkarar usulüne başvuru kabiliyeti açısından bir sınırlamaya neden olabilecektir. Her ne kadar hangi hukuki tasarrufların Adalet Divanı'nca tüzük karakterine sahip olduğu konusunda hala belirsizlikler mevcut ise de, dava konusu hukuki tasarrufun tüzük karakterinin söz konusu olması halinde daha sonraki bir önkarar başvurusunun reddinin önlenmesi bakımından başlangıçta öncelikle bir iptal davasının açılması mantıklı görünmektedir.

Sonuç olarak, reform gereksiniminin devam ettiğini ifade etmek gerekir. Burada, yargısal korunma görevini her seferinde genel olarak denetim konusu tasarrufun kabulü için de yetkili olan bir alana verecek bir sistem gereklidir (usuli ayırım ilkesi). Birliğin doğrudan etkili bir normatif işleminin söz konusu olduğu hallerde, bu alan Avrupa yargısal korunma

---

<sup>78</sup> Bu bağlamda bkz. EuGH, Rs. C-178/95, Slg. 1997, I-585 N. 18 vd. (*Wiljo NV/Belgien*). Ayrıca *O. Dörr/C. Lenz*, (dn. 27), N. 271. Adalet Divanı'nın bu konseptine eleştirel yaklaşım *A. Thiele*, (dn. 45), s. 65 vd.



alanıdır. Etkili bir yargısal korunma öngörülebilecekse, Avrupa yargısal korunma sisteminin uygun bir değişikliğinden orta ve uzun vadede kaçınılamayacaktır.

### III. İkincillik Denetimine İlişkin Yeni Dava

İkincillik ve Ölçülülük İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin 2. Nolu Protokol'ün 8. maddesinde yeni bir dava olanağına yer verilmiştir.<sup>79</sup> Buna göre Adalet Divanı, bir yasama işleminin ikincillik ilkesini çiğnemesi nedeniyle ilgili ulusal mevzuat uyarınca ulusal parlamento veya bu parlamentonun bir dairesi adına bir üye devlet tarafından açılan davalara bakmaya yetkilidir. Antlaşmanın müzakerelerinde ikincillik ilkesinin ne denli önemli bir rol oynadığı, burada tekrar görülmektedir. Bu dava, esasen iptal davasının özel bir biçimi niteliğini taşımaktadır. Önemli diğer bir nokta, ulusal parlamentolara doğrudan dava olanağının tanınmamış olması, aksine burada bir yasal dava yetkinliği (*Prozessstandschaft, ç.n.*) biçiminin öngörüldüğüdür, ki üye devlet bu dava yetkinliği kapsamında ulusal parlamento adına dava açmaktadır.<sup>80</sup> Bu durumda yalnızca üye devletin ikincillik ilkesine ilişkin ihlalleri ileri sürme hakkına sahip olduğunu ifade etmek gerekir.<sup>81</sup> Bu bakımdan bu durum, olası dava nedenlerinin sınırlanması görünümündedir. İptal davası bakımından genel olarak dört farklı dava nedeni söz konusu olmaktadır. Bunlar, yetkisizlik, önemli nitelikteki şekil hükümlerine riayetsizlik, takdir hakkının kötüye kullanılması ve Antlaşmalara veya ilgili hukuk normlarına aykırılıktır. Davacı, dava kapsamında bu dava nedenlerinden birini ileri sürmelidir. “İkincillik ilkesi ihlalinin” dava nedeni, bu biçimde mevcut değildir. İkincillik ilkesine ilişkin bir ihlal, şuna kadar ilk dava nedeni olan yetkisizlik kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda, bu dava kapsamında başka yetki kusurlarının ileri sürülüp sürülmeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Katı bir yaklaşımın benimsenmesi durumunda, bir ikincillik ilkesi ihlalinin ancak Birliğin gerçekten bir yetkiye sahip olduğu hallerde mümkün olması gerektiğini kabul etmek gerekir. ABA'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği üzere ikincillik düşüncesi, mevcut yetkilerin sınırı niteliğindedir ve ancak Birliğin bir yetkisinin belli bir alanda bir dayanağa sahip olması durumunda etkisini

---

<sup>79</sup> Ayrıca bkz. A. Kees, Die Rechtsnatur der Subsidiaritätsklage nach dem Europäischen Verfassungsvertrag, ZEuS 2006, s. 423 vd.

<sup>80</sup> U. Everling, (dn. 2), s. 71 (75); M. Schröder, (dn. 2), s. 61 (65).

<sup>81</sup> İlgili hükümet ayrıcalıklı davacı olarak doğal olarak söz konusu hukuki tasarrufa karşı bizzat kapsamlı bir iptal davası açmak ve bu bağlamda farklı dava nedenlerini de ileri sürmek konusunda serbesttir.



doğuracaktır. Bu tarz dar bir yaklaşım doğal olarak, birlik yetkisinin (*Verbandskompetenz*, ç.n.) yokluğunun bu davada ileri sürülemeyeceği ve Adalet Divanı tarafından da denetlenemeyeceği sonucunu doğurmaktadır.<sup>82</sup> Ancak, ikincillik kavramının geniş olarak yorumlanması ve bu kapsamda Birliğin eksik yetkilerinin tüm biçimlerinin bu kapsamda değerlendirilmesi daha mantıklı görünmektedir.<sup>83</sup> Zira öncelikle belirtmek gerekir ki, ikincillğe ilişkin kusurların diğer yetki kusurlarından kolayca ayrılması pek mümkün değildir. Burada bu tarz bir ayırımın öngörülmesi biraz yapmacık olacaktır.

Diğer taraftan birlik yetkisinin olmadığı durumlar bilhassa ciddi görünmektedir, zira Birlik burada hiçbir şekilde kendisine tabi olmayan alanlarda faaliyette bulunmaktadır. Bu biçimde ulusal parlamentoların yetkisine yapılan müdahale özellikle aşırı olacaktır, ki bu durumda Adalet Divanı vasıtasıyla yapılan bir denetimin neden başarısız olduğu anlaşılmayacaktır. Sonuç olarak, “ikincillik ihlalinin” ABÇUİA'nın 263. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “yetkisizlik” gibi anlaşılması gerektiği, daha makul görünmektedir.<sup>84</sup> Düzenlemenin lafzına buna uygun olarak açıklık kazandıracak bir değişiklik yerinde olacaktır.<sup>85</sup>

Bunun haricinde, bu protokolün 8. maddesinin üye devletlere uygun usuli olanakların oluşturulmasına ilişkin bir yükümlülük olarak anlaşılması gerekmektedir,<sup>86</sup> ki öngörülen aktarım biçimi üye devletlerin vazifesidir. Bu tarz usulü düzenlemelerin -Almanya dahil olmak üzere- şuana kadar ulusal alanda mevcut olmaması biraz şaşırtıcıdır. Bu düzenlemelerin iç hukuka gerekli aktarımı Almanya'da Lizbon Antlaşması'na dayanılarak kabul edilen eşlik yasaları çerçevesinde gerçekleşmiştir.<sup>87</sup> Bu yasalar,

---

<sup>82</sup> Bu bağlamda bkz. *R. Uerpman-Witzack*, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, s. 460 (462).

<sup>83</sup> Aynı doğrultuda *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61 (65).

<sup>84</sup> Aynı yönde *C. Altmaier*, Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in: Derra, FS Meyer, s. 301 (315 vd.). Karşı görüşte *R. Uerpman-Witzack*, (dn. 82), s. 460 (462), yazar bilhassa tarihsel gelişime atıfta bulunmaktadır.

<sup>85</sup> Bu konuda kabul edilmesi güç bir görüş için bkz. *M. Schröder*, (dn. 2), s. 61 (65).

<sup>86</sup> Bu husus, her halükarda Birliğe sadakat fikrinden kaynaklanmaktadır.

<sup>87</sup> Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/13923; Gesetz zur Umsetzung der Grundgesetzänderung für die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon, BT-Drs. 16/13924; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/13986; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, BT-Drs. 16/13987.

Alman Anayasası'nın 23. maddesine yönelik de bir değişiklik öngörmekte idi. Alman Anayasası'nın yeni 23. maddesi, üyelerinin dörtte birinin talebi üzerine Federal Meclis'e artık bu tür bir dava açma olanağını tanımaktadır,<sup>88</sup> aynı şekilde Federal Konsey'in "ikinci daire" olarak bu davayı açması mümkündür.<sup>89</sup> Bu davanın daha sonra Federal Hükümet tarafından (Parlamento adına) Adalet Divanı'na iletilmesi gerekmektedir, ancak davanın idaresine davaya öncülük eden organ el koyacaktır. Bununla birlikte, ABÇUİA'nın 263. maddesi uyarınca açılması gerektiği için ikincillik davası bakımından ABÇUİA'nın 263. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen iki aylık sürenin söz konusu olmasının sorunlara neden olacağını ifade etmek gerekir.<sup>90</sup> Her ne kadar Federal Hükümet Federal Meclis'i ve Federal Konsey'i mümkün olduğunca erken bir aşamada bir Avrupa Birliği yasama işleminin tamamlanması hakkında bilgilendirmekle yükümlü olsa da, bu husus bu organların karar alınımına ilişkin sürecin uzunluğu nedeniyle pek de gerçekleştirilememektedir.<sup>91</sup> Bir bakıma, ulusal meclislerin yasama sürecine bizzat dahil edilmesi belirleyicidir. Dolayısıyla İkincillik ve Ölçülülük İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol'ün 4. maddesinde, Komisyon'un yasama işlemi tasarılarını ulusal parlamentolara ve Birlik yasa koyucusuna aynı anda aktaracağını ve 7. maddede ulusal parlamentolara ikincillik itirazının özel bir biçiminin olanaklı kılınmasının yerinde olduğunu belirtmek gerekir.<sup>92</sup> Bu şekilde, ulusal parlamentoların kritik hukuki tasarruflardan vaktinde haberdar olması ve davanın açılması için gerekli adımları atmaları temin edilecektir. Bu değişikliklerin uygulamada kendinden beklenen neticeleri ortaya koyup koymayacağı konusunda bir şeyler söylenmesi için hala erkendir. Bu husus büyük ölçüde, ulusal parlamentoların bu bilgilendirme yetkilerini nasıl kullanacağına ve bunlara nasıl bir değer atfedeceğine bağlıdır. Ancak burada, ulusal parlamentoların gerekli nitelikteki "Avrupalı kendine güveni" geliştirmesi ve kendilerine tanınan yetkileri yeterli ve zorunlu ciddiyetle kullanmaları gerekmektedir.

<sup>88</sup> Eleştirel görüş *R. Uerpmann-Witzack*, (dn. 82), s. 460 (465). Ayrıca bkz. *R. Uerpmann-Witzack/A. Edenharter*, Subsidiaritätsklage als parlamentarisches Minderheitenrecht?, EuR 2009, s. 313 vd.

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıca bkz. *R. Uerpmann-Witzack*, (dn. 82), s. 460 (467 vd.).

<sup>90</sup> Bkz. İkincillik Protokolü'nün 8. maddesinde yer alan formülasyon.

<sup>91</sup> Federal Meclis'in çeşitli görevleri nedeniyle siyasi süreçte ikincillik denetimine ilişkin görevini yapısal bakımdan hakkıyla yerine getirip getiremeyeceği ise belirsizdir. Bu konuda ayrıca *R. Uerpmann-Witzack*, (dn. 82), s. 460 (462 vd.).

<sup>92</sup> Bu konuda bkz. *R. Uerpmann-Witzack*, (dn. 82), s. 460 (462 vd.). Ayrıca *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (76).

### C. Adalet Divanı'nın Eski İkinci ve Üçüncü Sütunlardaki Rolü

Eski sütunlu yapının şeklen sona erdirilmesi ile Adalet Divanı artık “bütün” Avrupa Birliği'nin bir organıdır ve dolayısıyla kural olarak tüm politika alanları bakımından yetkilidir. Bu nedenle eskiden farklı olarak,<sup>93</sup> Adalet Divanı'nın daha önceki ikinci ve üçüncü sütunlardaki konularda yetkisiz veya yalnızca sınırlı yetkili olduğu hallerde açık hükümlere ihtiyaç vardır. Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası için bu tarz bir düzenleme ABÇUİA'nın 275. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre Adalet Divanı, Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası ve bunlar esas alınarak tesis edilen tasarruflar bakımından yetkili değildir. Farklı bir durum yalnızca, ABA'nın 40. maddesinde öngörülen denetim ve Konsey'in ABA'nın Başlık V Bölüm 2 uyarınca kabul ettiği katı tedbirlere karşı özel davacıların açtığı davalar bakımından söz konusudur. Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası böylelikle, Lizbon Antlaşması'nda özel konumunu muhafaza etmiş; ikinci sütun bir bakıma mevcut olmaya devam etmektedir. Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası'nın ABA'da yer alan tek politika alanı olması ve böylece ABÇUİA'dan mekansal bakımdan koparılması, bu özel konumun en önemli nedenlerindedir.<sup>94</sup> Üye devletler hala, Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası'nın o denli politik olarak düzenlenmiş olduğu kanısındalar ki, yargısal denetimin kural olarak söz konusu olmadığından hareket etmektedirler.

Buna karşın, eski üçüncü sütun olan Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Politikası bakımından durum farklı görünmektedir. Bu sütuna ilişkin hükümler artık ABÇUİA'nın 82 vd. maddelerinde yer almaktadır ve ABÇUİA'nın 276. maddesinde Adalet Divanı'nın yetkisi ulusal tedbirlerin denetimi bakımından kaldırılmıştır. Böylelikle, bilhassa artık Europol'un faaliyetleri genel olarak Adalet Divanı'nın içtihatlarına tabi olacaktır. Bu gelişme, oldukça müspettir. Zira, her ne kadar daha önceleri tek başına soruşturma yürütme imkanına sahip değil idiyse de, Europol günümüzde artık kişisel verilerin toplanmasına ilişkin ciddi yetkilere sahiptir.<sup>95</sup> Lizbon Antlaşması ile bireyler bilgi taleplerini böylece Europol'a karşı mahkemeler nezdinde de ileri sürebilecektir.<sup>96</sup> Ancak bu husus, Geçiş Hükümlerine İlişkin Protokol'ün 10. maddesinin

---

<sup>93</sup> İkinci ve üçüncü sütunun hukukunun daha evvelki dava edilebilirliği konusunda *M. Pechstein /C. Koenig*, *Die Europäische Union*, 2000, N. 503 vd.

<sup>94</sup> Aynı doğrultuda *R. Streinz*, (dn. 7), N. 63 a.

<sup>95</sup> Bu konuda genel olarak *J. U. Ellermann*, *Europol und FBI. Probleme und Perspektiven*, 2005.

<sup>96</sup> Bu nedenle artık Europol'un şekli bilgi reddine karşı iptal davası açma imkanı ortaya çıkmıştır.

2. fıkrası gereği (maalesef) ancak Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren beş sene sonra mümkün olacaktır.

Bu bağlamda, Lizbon Antlaşması ile eski üçüncü sütun için önkarar usulü bakımından mevcut olan eski sınırlamalar<sup>97</sup> da ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle artık burada ABCÜİA'nın 267. maddesi de önem arz etmektedir.<sup>98</sup> Bunun dışına ABCÜİA'nın yeni 267. maddesinin 4. fıkrası, tutuklu bir kişiyi ilgilendiren bir davada bir ön sorunun ortaya çıkması halinde Adalet Divanı'nın bu konuda en kısa zamanda karar alması gerektiğini öngörmektedir. Bu düzenlemenin uygulanması için ise, 1.3.2008 tarihinde eski üçüncü sütun alanında önkarar usulü için yeni bir acil dava (*Eilverfahren, ç.n.*) öngörülmüştür.<sup>99</sup> Böylece gelecekte, Adalet Divanı'nın çok acil durumlarda ön sorunun varışından itibaren üç ay içinde karar vermesi mümkün olacaktır.<sup>100</sup> Her ne kadar bu durum zorunlu olarak önkarar usulü kapsamında belli bazı katılım ve görüş bildirme haklarının sınırlanması neticesini doğursa da, tutuklu kişinin özel konumu nedeniyle bunun yerinde olduğunu belirtmeliyiz.

#### D. Sonuç

86 Lizbon Antlaşması ile yargısal korunma sistemi bakımından gerçekleştirilen değişikliklere genel olarak kuşku ile yaklaşmak gerekir. Yalnızca küçük değişiklikler yapılmış, ki bu değişikliklerin sağlayacağı fayda da çoğu kez şüpheli görünmektedir. Fakat bu değişikliklerle büyük bir zarara da sebebiyet verilmemiştir. Buna karşın özel davacıların, yargısal korunma alanlarının makul olmayan bir kesişimine ve sistemin bütün olarak gereksiz bir biçimde karmaşıklaşmasına neden olan iptal davasının sisteme aykırı değişiklikleri bakımından durumun farklı olduğunu belirtmek gerekir. Bu düzenleme, bireysel yargısal korunmayı Birlik hukuku alanında iyileştirmeye yönelik başarısız bir girişim olmanın yanı sıra bu alanda söz konusu olan asıl sorunları yönelecek dikkati dağıtmaktadır. Üye devletler, bireysel yargısal korunmayı Birlik alanında hukuk devleti ilkelerine uydurma konusundaki olanağı reform müzakereleri kapsamında değerlendirememiştir. Avrupa Birliği burada modern bir bireysel yargısal korunmanın gereklerini karşılayamamıştır.

---

<sup>97</sup> Bu konuda bkz. *W. Weiß*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 68 EGV, N. 1 vd.

<sup>98</sup> *W. Hakenberg/C. Schilhan*, (dn. 14), s. 104 (109).

<sup>99</sup> Ayrıca bkz. *W. M. Kühn*, Grundzüge des neuen Eilverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen, EuZW 2008, s. 263 vd.

<sup>100</sup> Konsey, Adalet Divanı'na yönelik bir açıklamasında uygun önkarar taleplerinin üç aylık bir süre içinde sona erdirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ABl. EU 2008 L 24/44.

Memnuniyet verici olan yalnızca, eski üçüncü sütunu alanında yargısal korunmanın kabul edilmesi<sup>101</sup> ve ikincilik denetimine yönelik olarak yeni bir davanın öngörülmesidir. Buna rağmen: ileriye doğru bir adım farklı görünmektedir.<sup>102</sup>

\*\*\*

---

<sup>101</sup> Aynı yönde *R. Streinz*, (dn. 70), s. 105 (118).

<sup>102</sup> Karşı görüş *U. Everling*, (dn. 2), s. 71 (86), yazar genel olarak olumlu bir neticeye ulaşmaktadır.



**TÜRK CEZA KANUNU 301. MADDESİ İLE İLGİLİ  
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN  
ALTUĞ TANER AKÇAM – TÜRKİYE KARARI**

*(Başvuru no. 27520/07, Karar Tarihi: 25 Ekim 2011)*

Çeviren: Arş. Gör. Tolga ŞİRİN\*

**Altuğ Taner Akçam v. Türkiye davasında,**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıda ismi sayılan üyelerden kurulu bir daire halinde (İkinci Daire) toplanarak,

*Başkan* Françoise Tulkens,  
*Yargıçlar* Danutė Jočienė,  
David Thór Björgvinsson,  
Dragoljub Popović,  
András Sajó,  
Işıl Karakaş,  
Guido Raimondi  
*ve Yazışleri müdürü* Stanley Naismith,

89

4 Kasım 2011 tarihinde yapılan gizli müzakerede, metnin sonunda gösterilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

**USUL**

**1.** Dava, bir Türk ve Alman vatandaşı olan Bay Altuğ Taner Akçam’ın (Başvurucu), 21 Haziran 2007 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 34’üncü maddesi kapsamında, Türkiye Cumhuriyetine karşı yaptığı bir başvurudan (no. 27520/07) kaynaklanmıştır.

---

\* Marmara Üniversitesi - Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi ve Köln Üniversitesi - Doğu Hukuku Enstitüsü Misafir Araştırmacı - [tolgasirin@gmail.com](mailto:tolgasirin@gmail.com) (Karar çevirisi ilk defa <http://bianet.org/bianet/dunya/134448-aihmin-taner-akcam-karari-turkcede> sitesinde yayınlanmıştır, erişim tarihi: 27.12.2011)

2. Başvurucu, Kanada Montreal’de avukat olarak çalışan Bay P. Akhavan tarafından temsil edilmiştir. Türk hükümeti (Hükümet), vekilleri tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, **Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci** maddesi hükmünün, Ermeni meselesi hakkındaki akademik çalışması ile bağlantılı olarak “Türklüğü” aşağılamaktan dolayı süregelen bir kovuşturma tehdidine yol açtığını iddia etmiştir. Sözleşme’nin 7, 10 ve 14’üncü maddelerinin ihlal edildiğinden şikâyetçidir.

4. 21 Ekim 2008 tarihinde Mahkeme, Hükümeti başvurudan haberdar etmiştir. Kabul edilebilirlik ve başvurunun esası hakkında aynı zamanda karar verilmiştir. (Madde 29 § 1)

## DAVANIN ESASI

### I. DAVA KONUSU OLAYLAR

A. Tarafların sunduğu şekliyle olaylar

5. Başvurucu, 1953 doğumludur ve Ankara’da yaşamaktadır.

6. Genellikle, Osmanlı İmparatorluğundaki Ermeni nüfusa ilişkin 1915 tarihsel olayları hakkında araştırma yapan ve yayımlarda bulunan bir tarih profesörüdür.

7. Başvurucu 6 Ekim 2006’da, Türkçe - Ermenice çift dilli bir gazete olan AGOS’ta “*Hrant Dink, 301 ve Bir Suç Duyurusu*” başlıklı bir başyazı yayımlamıştır. Bu başyazıda başvurucu, Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamında “Türklüğü aşağılamak” suçundan dolayı AGOS’un eski editörü Hrant Dink aleyhine açılan davayı eleştirmiştir. Aynı zamanda bir dayanışma ifadesi olarak, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aynı sebeple kovuşturulma talebinde bulunmuştur.

8.12 Ekim 2006 tarihinde bir müşteki, başvurucu aleyhine Eyüp Cumhuriyet Savcılığı’na şikâyette bulunmuştur. Müşteki R.A., başvurusunun Hrant Dink’i savunduğu AGOS’ta yayımlanan başyazısında, Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci, 214’üncü (suç işlemeye tahrik), 215’inci (suçu ve suçluyu övme) ve 216’ıncı (halkı kin ve düşmanlığa tahrik) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu şikâyeti takiben başvurucu, ifade vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı’na çağırılmıştır. Çağrıya uymaması halinde, Ceza Kanunu’nun 145 ve 146’ıncı maddeleri gereğince savcılık makamına zorla getirtileceği bildirilmiştir.



**9. 5 Ocak 2007** tarihinde başvuru, aleyhine ileri sürülen şikâyet ile ilgili olarak ifadesini vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na gitmiştir. Başvuru, iki avukatı eşliğinde, AGOS'ta yayımlanan söz konusu makaleyi gerçekten yazdığını ifade etmiştir. İttihad ve Terakki'nin\* 1915 yılında Ermenilere yönelik politikasının, Birleşmiş Milletler'in 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında kolaylıkla soykırım olarak tanımlanabilir olduğunu açıklamıştır. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerini ifade etmek için yazmış olduğu söz konusu makalenin basın özgürlüğü kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Yaklaşık 20 yıldır bu konu üzerine çalışan bir tarih profesörü olduğuna ve görüşünü çeşitli defalar kitaplarında ve makalelerinde açıkladığına dikkat çekmiştir. Karşı çıkılan makaleyi, herhangi bir kurum, organizasyon, ırk veya etnik gruba hizmet etmek için veya bir ulusu aşağılamak için yazmamıştır. Başvurucu'nun iki avukatı da başvuru ifadelerinin bir suçta neden olmadığını savunmuşlardır.

**10. 30 Ocak 2007**'de, başvuru görüşlerini açıkladığı ve 1915 ile 1919 arasındaki olayların soykırım olarak tanımlanabileceği yönündeki yayımları ve katıldığı bilimsel seminerleri kaydeden Şişli Cumhuriyet savcısı, başvuru aleyhine yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır. Cumhuriyet savcısı, başvuru AGOS'ta yayımlanan makalesini inceleyerek, tarih profesörü sıfatı taşıyan başvuru beyanlarının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunan ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve bu nedenle Türklüğe hakaret oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.

**11. 6 Temmuz 2007**'de müşteki R.A., yukarıda anılan takipsizlik kararına itiraz etmiştir.

**12.30 Ekim 2007**'de Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi, müştekinin itirazını reddetmiştir. Yapılan soruşturma ve Şişli cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen gerekçeleri inceleyen Mahkeme, takipsizlik kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur.

**13.11 Ekim 2005**'te Şişli Ceza Mahkemesi tarafından Arat Dink (AGOS'un editörü) ve Serkis Seropyan ( AGOS'un sahibi) hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında, Türk milletini basın yoluyla soykırım ile suçlamaktan dolayı bir yıl hapis cezası kararı verilmiştir. Mahkeme, başvuru bu yargılamanın tarafı olmamasına

\* İttihad ve Terakki, söz konusu tarihte, Osmanlı İmparatorluğu iktidar partisinin adıdır.

rağmen, re'sen, Şişli Cumhuriyet Savcısı'nın 30 Ocak 2007 tarihli başvuru hakkında soruşturmaya devam etmeme kararı ile hataya düştüğüne ve savcılık makamı tarafından konunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

**14.26** Kasım 2007'de A.P. tarafından, Şişli'deki Cumhuriyet Savcılığı'na, başvuru aleyhine başka bir şikâyetle bulunulmuştur. Müşteki, başvurunun 6 Kasım 2006'da yayımlanan ifadelerinin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

**15.28** Kasım 2007'de Şişli Cumhuriyet Savcısı, takipsizlik kararı vermiştir. Başka bir müşteri tarafından aynı şikâyetin incelendiği ve 30 Ocak 2007 tarihli takipsizlik kararı ile reddedildiğini kaydetmiştir.

**16.10** Ocak 2008'de başvuru, ivedi olarak Mahkeme İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesi kapsamında geçici tedbir kararı alınmasını istemiştir. Ayrıca İçtüzüğün 40'inci maddesi uyarınca davalı devletin başvuru yapıldığından haberdar edilmesini ve İçtüzüğün 41'inci maddesi kapsamında davaya öncelik tanınmasını talep etmiştir.

**17.14** Ocak 2008'de başvurunun talebi, İçtüzüğün 39, 40 ve 41'inci maddeleri kapsamında reddedilmiştir.

**18.** Hükümet, Mahkeme'ye 17 Şubat 2006'da Şişli Cumhuriyet Savcılığı makamı tarafından verilen takipsizlik kararını sunmuştur. Bu, başvurunun AGOS gazetesindeki 14 Kasım 2005 tarihli yazısı ile cumhuriyeti aşığılama ve Hrant Dink davasını etkilemeye teşebbüs ettiği iddiasıyla K.K. tarafından yapılan 21 Kasım 2005 tarihli suç duyurusu hakkında verilen kararın sonucudur. Şikâyeti inceleyen Cumhuriyet savcısı iddia edilen suçun zamanaşımına uğradığı sonucuna varmış ve bu nedenle takipsizlik kararı vermiştir.

**19.** Başvurunun temsilcileri tarafından 6 Mayıs 2008 tarihinde sağlanan bilgiye göre, Şişli Ceza Mahkemesi'nin 11 Kasım 2007 tarihli kararından sonra başvuru hakkında bundan başka bir soruşturma açılmamıştır.

## **B.Taraflarca sunulan belgeler**

1. Başvuru tarafından yayımlanan kitapların listesi

**20.** Hükümet, başvuru tarafından yayımlanan 13 kitabın listesini sunmuştur. Kitapların Türkiye'de satıldığı ve temel olarak Ermeni sorununa yoğunlaştığı görünmektedir. Seçmeye dâhil olan kitaplar şu şekildedir:

–“Ermeni Meselesi Hallolunmuştur; Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar” 2008;

–“Türk Ulusal Kimliği ve Ermeni Sorunu: İttihad ve Terakki'den Kurtuluş Savaşına” , 2001;

–“Ermeni Tabusu Aralanırken: Diyalogdan Başka Çözüm var mı?” 2000;  
ve

- “İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu”, 1999.

**21.** Hükümet, başvuruçunun Ermeni meselesi hakkındaki araştırmalarını sürdürmesine engel olduğu yönündeki iddialarının aksine, kendisine Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü tarafından Devlet Arşivlerinde araştırma yapma izni verildiğini ayrıca kaydetmiştir. 27 Haziran 2006 ile 17 Temmuz 2007 arasında başvuruçuyu, kişisel olarak Osmanlı arşivlerini incelemiş ve 527 dökümanın fotokopisinin çekilmesi için kendisine ayrıca izin verilmiştir. “Ermeni Sorunu Hallolunmuştur” isimli kitabının 17’inci sayfasında başvuruçuyu, araştırmasında yardımcı olduğu için Devlet Arşivlerine teşekkür etmiştir.

## **2. Hükümet tarafından sunulan örnek kararlar**

**22.** Gözlemlerine ek olarak Hükümet, Cumhuriyet savcılarının takipsizlik kararlarının örnek kopyaları ile eski Ceza Kanunu’nun 159/1’inci maddesi ile yeni Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin, ceza mahkemeleri tarafından verilen beraat kararlarını sunmuştur. Şüpheliler, özellikle temel olarak askeri, emniyet teşkilatını, yargı organlarını ve Cumhuriyeti aşağılamak veya hakaret etmekten dolayı suçlanmışlardır.

**23.** 2005 ve 2008 arasında verilen bu karar ve hükümlerde soruşturma makamları, söz konusu suçun gerekli unsurlarının mevcut bulunmadığını dikkate alarak, şüpheliler aleyhine davaları geri almış veya kovuşturmaları, Adalet Bakanlığı’nın soruşturma iznini reddetmesine dayanılarak sonlandırmıştır. Şüpheliler beraat ettirilirken ceza mahkemeleri, Avrupa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 10’uncu maddesine ilişkin davalardaki içtihatlarına dayanmışlardır.

**24.** Hükümet tarafından sunulan yukarıda adı geçen belgeler, Beyoğlu ve Şişli Ceza Mahkemeleri tarafından, iki seçkin yazar, yani Elif Şafak ve Orhan Pamuk ile ilgili olarak verilen iki kararı de içermektedir.

**25.** Elif Şafak aleyhine ceza kovuşturmasında Beyoğlu Ceza Mahkemesi, Elif Şafak'ın "Baba ve Piç" (İngilizcesi "The Bastard of Istanbul") isimli kitabındaki Ermeni meselesi hakkındaki ifadeler yoluyla Türklüğü aşağıladığını iddia eden bir grup avukat ve İzmir Türk Dünyası ve Kültürü ve İnsan Hakları Derneği isimli bir dernek tarafından yapılan bir suç duyurusunu incelemiştir. 21 Eylül 2006 tarihli hükümde mahkeme, söz konusu kitabın kurgu olduğuna ve romandaki karakterlerin, karşı çıkılan ifadelerinin Türklüğü aşağılama suçunu oluşturamayacağına dayanarak, Elif Şafak'ı beraat ettirmiştir. Mahkeme, sanık tarafından yazılan romanı inceleyerek, kitabın bünyesindeki ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, yasama organı tarafından "Türklük" kavramının sınırlarının belirlenmesi ve somut bir zemine dayandırılması gerektiğini gözlemlemiştir. Dahası, fikirlere sadece fikirlerle karşı çıkılabileceğine dikkat çekmiştir. Aksi halde, kişilerin düşünce ve ifade özgürlüğünden bahsedilemeyecek ve kişiler, tek tip düşünceleri kabul etmeye zorlanacaktır.

**26.** Orhan Pamuk aleyhine açılan davada Şişli Ceza Mahkemesi, yazarın, yurtdışında yaptığı bir konuşmada Türklüğü aşağıladığını iddia eden iki kişi tarafından yapılan şikâyeti incelemiştir. Mahkeme, 20 Ocak 2006 tarihli bir hükümde, Adalet Bakanlığı tarafından sanık aleyhine dava açılması yönündeki gerekli izin verilmediği için, kovuşturmayla son vermeye karar vermiştir. Bu bakımdan iznin bulunmamasının red olarak anlaşılmasına ve yargılamanın sonlanmasına hükmetmiştir.

### *3. 301'inci madde kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin istatistiksel bilgi*

**27.** Hükümet, 5 Kasım 2008'deki durumu gösteren istatistiksel bilgi sunmuştur. 8 Mayıs 2008 tarihinde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinde yapılan değişikliği takiben 301'inci madde kapsamındaki takibatlarda önemli bir azalma olduğunu kaydetmiştir. Bu bağlamda, cumhuriyet savcıları tarafından, 301'inci madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için, yetmiş defa yetki talebinde bulunulmuş, Adalet Bakanlığı sadece üçüne izin vermiştir.

**28.** Hükümet, ayrıca 2003 ila 2007 arasında 301'inci madde (eski Ceza kanununun 159/1'inci maddesi) kapsamında başlatılan cezai takibat sayısının 1894 olduğuna dikkat çekmiştir. Bunlardan 744 dava mahkûmiyet ile, 1142'si beraat ile sonuçlanmıştır, 193 dava ise

Yargıtay'ın ilk derece mahkemelerinin hükümlerini bozma kararlarını takiben devam etmektedir.

**29.** 30 Kasım 2009 tarihli ek gözlemlerinde Hükümet, Adalet Bakanlığı'nın, 8 Mayıs 2008 ile 30 Eylül 2009 arasında, 301'inci madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için 955 defa talep aldığını kaydetmiştir. Bakanlık, bu taleplerin 878'ini reddetmiş, 77'sini kabul etmiştir. Bu bağlamda Hükümet, Mahkeme'ye Adalet Bakanlığı'nın red kararlarının örnek kopyalarını sunmuştur. Bu kararlarda Adalet Bakanlığı'nın, cumhuriyet savılarının Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki cezai soruşturmaya izin taleplerini reddederken, yaygın şekilde Mahkeme'nin 10'uncu maddeye ilişkin davalardaki içtihatlarına dayandığı görülmektedir. Hükümet, ayrıca Adalet Bakanlığı'nın cezai soruşturma yetkisini reddettiği 244 davada, suç duyurusunun temel olarak basındaki yayımlara ilişkin olduğunu kaydetmiştir.

#### ***4. 301'inci madde kapsamındaki takibatlar hakkında başvuru tarafından sağlanan istatistikler ve diğer bilgiler***

**30.** Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2008 İlerleme Raporu'nda şu ifade edilmiştir:\*

95

301'inci Madde'de değişiklik yapılmasının ardından mahkemeler, Eylül ayı itibariyle 257 dosyayı ön izin için Adalet Bakanı'na havale etmişlerdir. Ön izin alma koşulu, soruşturma aşamasında ya da adli işlemleri başlayan davalar için uygulanmaktadır. Adalet Bakanı, Eylül ayı itibariyle 163 dosyayı incelemiş ve 126 dosya ile ilgili işlemlerinin başlatılmasına izin vermemiştir.

Ancak 301. Madde'nin içeriği büyük oranda aynı kalmış ve izin alma koşulu, Madde'nin siyasi amaçlarla kullanılabilmesi ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Adalet Bakanı, bugüne kadar 37 dosya ile ilgili soruşturma işlemlerine devam edilmesi iznini vermiştir. Bu dosyalardan biri, Ermeni kökenli Türk gazeteci Hrant Dink'in öldürülmesinden kısa süre sonra Ermeni meselesi hakkında açıklamalar yapan bir Türk gazeteci hakkında açılan davaya aittir. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun daha önceki 159.

\* Bkz. İlerleme raporunun 15-16'ncı sayfaları  
[http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press\\_corner/keydocuments/reports\\_nov2008/turkey\\_progress\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press_corner/keydocuments/reports_nov2008/turkey_progress_report_en.pdf) (Belge 13, Ek). Raporun Türkçe metnine şu adresten ulaşılabilir (T.Ş.):  
[http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2008.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf)

Maddesi kapsamında Adalet Bakanı'nın verdiği izinlere ilişkin yasal belirsizlik mevcuttur.

**31.** Bavurucu, 301'inci maddedeki değişiklik sonrasında, spesifik olarak Ermeni meselesi ile ilişkili dava örneklerine dikkat çekmiştir. Ekim 2008'de Adalet Bakanlığı'nın, Temel Demirer'in "Hrant Dink'in sadece Ermeni olduğu için değil, soykırım konusunu ileri sürdüğü için öldürüldüğü" yönündeki beyanından dolayı yargılandığı davanın devam ettirilmesine yetki verdiğini kaydetmiştir. Diğer örnek Ragıp Zarakolu'nun, George Jerjian tarafından yazılan "Gerçek Bizi Özgür Kılacak" isimli Ermeni soykırımı hakkındaki bir kitabı tercüme ettiği ve yayımladığı için, 18 Haziran 2007'de, 301'inci madde kapsamında suçlu bulunması ve 5 ay hapis cezasına (sonradan para cezasına çevrilmiştir) mahkûm edilmesidir.

**32.** Bundan başka, Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı'nın 2008 Türkiye İnsan Hakları Raporu'na göre, Adalet Bakanı'nın (Ali Şahin) kendisi de, yargıya talimat olarak yorumlanabilecek bir beyanda bulunmuştur: "*Devletime 'katil' denmesine izin vermeyeceğim. Bu ifade özgürlüğü değildir. Bu açıkça, devletin kişiliğinin aşağılanması suçudur*"

**33.** Başvurucu, Bağımsız İletişim Ağı Medya Gözlem Masası tarafından, Temmuz-Ağustos-Eylül 2008 dönemi için yayımlanan bir raporu da sunmuştur. Bu rapora göre 73 ifade özgürlüğü davasında 77'si gazeteci olan toplam 116 kişi takibata uğramıştır.

## **5. Başvurucu ve başvurucunun tepkisine karşı korkutma kampanyası**

### **(a) Başvurucunun vatan haini ve ajan olduğuna ilişkin medya ithamları**

**34.** 10 ve 19 Kasım 2000, 5 Kasım 2000 ve 31 Aralık 2000 tarihli *Aydınlık* dergisinde başvurucunun Alman istihbarat servisinin maaşlı çalışanı olduğunu ve "Türk tarihinde şiddet", "Türk tarihinde işkence" konularında araştırma yapmak ve yazmak konusunda görevlendirildiğini iddia eden makaleler yayımlanmıştır.

**35.** 4 Ocak 2001 tarihli *Hürriyet* gazetesinde, başvurucunun çalışmalarının Alman istihbarat servisi tarafından belirlendiği ve finanse edildiği iddialarını içeren "*Alman İstihbarat Şefi ve Tessa Hoffmann çifti*" başlıklı bir makale yayımlanmıştır.

36. *Hürriyet Gazetesi*, 21, 22 ve 23 Haziran 2007 tarihli sayılarında, başvurucunun bütün kitap ve konuşmalarında Türkiye’ye ihanet eden ve Türkiye’ye nefret kusan bir kişi olarak tanımlayan makaleler yayımlamıştır.

**(b) Başvurucu ve ailesinin medyadaki iddialara cevaben beyanları**

37. Başvurucu ve ailesi, basın bülteni vasıtasıyla, *Hürriyet* gazetesi tarafından yayımlanan iddiaları kınamış ve gazeteyi özür dilemeye çağırmıştır. Hrant Dink’in ölümüne atıfta bulunmuşlar ve basının, bir kişiyi “vatan haini” olarak etiketleyen iddiaları içeren makaleleri yayımlarken, sorumluluk ve hassasiyetle hareket etmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Ayrıca Türkiye’nin, basın yardımıyla yurttaşların linç edildiği bir ülke haline gelmesine karşı da uyarıda bulunmuşlardır.

**(c) *Aydınlık* dergisine karşı açılan hakaret davası**

38. Başvurucunun açtığı manevi tazminat davası, İstanbul ilk derece Hukuk Mahkemesi’nin 8 Kasım 2005 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Mahkeme, her ne kadar davalı tarafından kullanılan kelimelerin ve iddiaların saldırgan olsa da, müsaade edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Bu karar, Yargıtay’ın 14 Mart 2007 tarihli kararı ile onaylanmıştır.

**(d) *Hürriyet* gazetesine karşı dava**

39. Başvurucu, 21, 22 ve 23 Ekim 2007 tarihinde yayımlanan saldırgan makalelere binaen bir düzeltme yazısı yayımlanması kararı verilmesi için, 26 Temmuz 2007’de Ankara ilk derece Hukuk Mahkemesi’nde bir dava açmıştır. Mahkeme, 30 Temmuz 2007 tarihinde verdiği kararla, başvurucunun istemini reddetmiştir. Her ne kadar dava konusu makaleler sert bir tonda olsa da çoğulcu bir demokraside basın tarafından kullanılan ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

40. 24 Kasım 2007 tarihinde *Taraf* gazetesi, başvurucu aleyhine yürütülen medya kampanyasına yönelik yargının tutumunu eleştiren bir makale yayımlamıştır.

**(e) Başvurucuya karşı nefret maili ve ölüm tehditleri**

41. Başvurucu, bilinmeyen kişilerden nefret mailleri aldığını iddia etmiştir. Kendisini aşağılayan ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinin sonucunda ölümle tehdit eden bir kişi tarafından gönderilen bir e-mailin kopyası sunulmuştur.

### (f) Başvurucu için medya desteği

42. 9 ve 23 Temmuz 2007 tarihleri arasında internet portalları ile dergi ve gazetelerde Başvurucuya karşı saldırıları eleştiren ve ona desteklerini ifade eden birçok makale yayımlanmıştır.

## II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

43. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin önceki hali şu şekildedir:

1. Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
3. Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
4. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

44. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin 29 Nisan 2008'de değiştirilen yeni metni şu şekildedir:

1. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılır. .
3. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
4. Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

45. Hrant Dink aleyhine yapılan ceza yargılamasında (bkz. *Dink v. Türkiye*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 28, ECHR 2010-... (esaslar), Yargıtay Büyük Dairesi, Türklük terimini şu şekilde yorumlamıştır (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, E. 2006/9-169, K. 2006/184, 11 Temmuz 2006 tarihli karar):

...Türklük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, Türk milletini



oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünüdür.”

### III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

**46.**Avrupa Komisyonu 2009 Türkiye İlerleme Raporu, ifade özgürlüğüne ilişkin meselelerde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin kullanımına dair şunları belirtmektedir:

Türkiye'deki yasal çerçeve ifade özgürlüğünü kullanmak için yeterli garantiler sağlamayı hala başaramamaktadır. Bunun neticesinde yasal çerçeve hakim ve savcılar tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaktadır. Hala 301'nci madde kapsamında yürütülen bazı soruşturmalar ve verilen hükümler vardır\*.

**47.** Avrupa Komisyonu 2010 Türkiye İlerleme Raporu, konu ile ilgili olarak şunları beyan etmektedir:

(...) İfade özgürlüğü konusunda, Kürt meselesi, azınlık hakları, Ermeni meselesi ve ordunun rolü gibi hassas addedilen konularda giderek daha açık ve serbest hale gelen tartışmalar medya ve toplumda geniş ölçekte sürmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Mayıs 2008'de değiştirilmesi sonrasında Kanun'un 301'inci maddesine dayanılarak açılan az sayıda dava bulunmaktadır.

Adalet Bakanlığı'na göre, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesine getirilen değişikliğin ardından açılan davaların sayısında bir düşüş gözlemlenmiştir. Aşağıdaki sayılar, 1 Ocak 2010-31 Temmuz 2010 tarihleri arasında tamamlanan incelemeleri kapsamaktadır: İncelenen dosyaların sayısı 369'dur. Dava açılmasına izin verilmeyen dosyaların sayısı 270, izin verilen dosyaların sayısı 10 olup, toplam dosyalar içinde % 3,57'ye tekabül etmektedir (...)<sup>†</sup>

**48.** Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda şunları beyan etmiştir:

---

\* Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):  
[http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2009.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf)

† Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):  
[http://www.abgs.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye\\_ilerleme\\_rap\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf)

17. Komiser 2009 yılında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben, 2008 yılında yapılan ve söz konusu madde kapsamında açılan davaların sayısında azalmaya neden olan bir yasa değişikliğine rağmen, 301’inci madde ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir. Mahkeme 14 Eylül 2010 tarihinde Dink-Türkiye davasıyla ilgili kararını açıklamış, bu karara göre, Hrant Dink’in 301. Madde kapsamında hüküm giymesi nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, Hrant Dink’in öldürülmesinden önce Türklüğe hakaret nedeniyle hüküm giymesinin demokratik bir toplumda bir kişinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılacak en önemli şartlardan biri olan herhangi bir “acil toplumsal ihtiyaç” teşkil etmediğine hükmetmiştir. Komiser, 2008 yılında kabul edilen ve savcılığın her bir dava için Adalet Bakanlığından ayrıca izin almasını gerektiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığı, benzer ihlallerin önlenmesi için tek çözümün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemiyle bütünleştirilmesi olduğu kanısındadır\*

## KARAR

### I. HÜKÜMET’İN İLK İTİRAZI

49. Hükümet, başvuruçunun Sözleşme’nin 34’üncü maddesi anlamında mağdur statüsünün bulunmadığını ileri sürmüştür. Soruşturma makamlarının hiçbir zaman başvuruçuyu aleyhine Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamında cezai takibata başlamadıklarını kaydetmişlerdir. Aksine, başvuruçuyu aleyhine yapılan suç duyurusuna ilişkin, başvuruçunun görüşlerinin Sözleşme’nin 10’uncu maddesi kapsamında ifade özgürlüğü tarafından korunduğuna dayanılarak takipsizlik kararı verilmiştir.

50. Başvuruçuyu, soruşturmaya maruz kaldığından ve görüşlerini ifade ettiği için kovuşturma ile tehdit edildiğinden dolayı, Sözleşme’nin 34’üncü maddesi kapsamında mağdur niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Bu görüşlerini ifade ettiği için 301’inci maddenin ve Türk Ceza Kanunu’nun diğer hükümlerinin doğrudan etkide bulunması riski altında olduğunu ileri sürmüştür.

51. Mahkeme, Hükümetin başvuruçunun mağdur statüsüne ilişkin itirazı ile başvuruçunun 10’uncu madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına

\* Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):  
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1884640&SecMode=1&DocId=1765920&Usage=2>

bir müdahalenin bulunup bulunmadığı sorununun incelenmesi arasında ayrılamaz bir bağlantı olduğu fikrindedir. Bu nedenle Mahkeme, bu sorunu esasla birlikte ele alarak, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında inceleyecektir. (Bkz. yukarıdaki *Dink*, § 100).

52. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını veya diğer başkaca sebeplerle kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabuledilebilirlik deklare edilmelidir.

## II. SÖZLEŞMENİN 10'UNCU MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

53. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin varlığının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğundan şikâyetçidir. Başvurucu, bu hüküm kapsamında, Ermeni meselesi hakkında bilimsel araştırmalarından dolayı potansiyel olarak soruşturma açılabilir olmasının, kendisinde büyük strese, endişeye ve soruşturma korkusuna neden olduğunu ve Sözleşme'nin aşağıda ifade edilen 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarını doğrudan ve devam eden bir şekilde ihlal ettiğini savunmaktadır:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi (...) amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasalara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

54. Hükümet bu sava karşı çıkmaktadır.

### A. Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

1. Tarafların beyanları

#### (a) Başvurucu

55. Başvurucu, sonuç itibarıyla takipsizlikle sonuçlanmasına rağmen, aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan doğruya etkilendiği için 10'uncu madde kapsamındaki haklarına bir müdahalenin bulunduğunu ve

Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlalinin mağduru olduğunu ileri sürebileceğini iddia etmiştir. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında başka soruşturma veya kovuşturmalara tabi olabileceği yönündeki süregelen riskten halen etkilenmektedir.

**56.** Başvurucu, geçmişte birçok kişinin, Ermenilerin toplu katliamını “soykırım” olarak ifade etmelerinden dolayı 301'inci madde ve Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümleri kapsamında takibata uğradığını savunmuştur. Hükümet, başvurusunun gelecekte bu görüşü ifade etmesinden dolayı, 301'inci madde veya diğer hükümler kapsamında soruşturma tacizi veya kovuşturma tehdidi ile karşı karşıya kalmayacağı güvencesini verememektedir.

**57.** Görülen davada somut soruşturma korkusu, başvurusunun profesyonel faaliyetlerinin üzerinde bir gölge yaratmakla kalmamakta, aynı zamanda başvurusunun hatırı sayılır ölçüde stres ve endişe taşımasına neden olmakta ve faaliyetlerini ciddi ölçüde sınırlamaktadır. Gerçekten de, mevcut başvurunun yapıldığı Haziran 2007'den bu yana başvuru, Ermeni meselesi üzerine etkili biçimde yazmayı durdurmuştur. Karşı karşıya olduğu baskılar, Ermeni katliamı hakkındaki görüşlerinden dolayı takibata uğrayan ve 301'inci madde kapsamında mahkûm edilen meslektaş ve yakın arkadaşı Hrant Dink'in, bir aşırı milliyetçi tarafından öldürülmüş olması dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Hrant Dink'in, “Türklüğe hakaret” mahkûmiyetine bağlı olarak damgalanmasından dolayı aşırı uçların hedefi haline geldiği yönünde genel bir kabul vardır.

**58.** Hükümet, her ne kadar değerlendirmelerinde takibat riskinin zayıf olduğunu göstermeye çalışsa da, süregelen bir riskin varlığını inkâr etmemiştir. Bu değerlendirme, tamamen cumhuriyet savcıları ve/veya Adalet Bakanlığı'nın 301'inci madde kapsamındaki takibatlar konusundaki uygulamaları ve takdirlerine bağlıdır. 301'inci maddede Mayıs 2008'de yapılan değişikliğe rağmen, halen Ermeni “soykırımını” ileri sürenler hakkındaki hukuki takibatlar hafiflememiştir. Ermeni katliamının bu şekilde nitelendirilmesini yasaklamak konusundaki Hükümet politikasında maddi bir değişiklik yoktur ve bu yönde belirli bir gelecek de kestirilememektedir.

**59.** Başvurucu, Mahkeme'nin özellikle *Campbell and Cosans v. Birleşik Krallık* (25 Şubat 1982, Series A no. 48), *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (nos. 1 and 2), (nos. 3002/03 ve 23676/03, ECHR

2009-...), *Marckx v. Belçika* (13 June 1979, § 330, Series A no. 31), *Norris v. İrlanda* (26 Ekim 1988, Series A no. 142), *Bowman v. Birleşik Krallık* (no. 24839/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) davalarındaki kararlarına dayanarak, doğrudan etki doğurma riski taşınması halinde madde 34'ün bireylere, haklarını ihlal eden ve uygulanmalarında tikel bir önlem bulunmayan bir yasaya karşı başvuru hakkı tanıdığını ileri sürmüştür. Başvurucu, adı geçen davalardaki ihlal kararının, potansiyel bir gelecekteki ihlale değil, başvuru zamanında var olan duruma dayandığına dikkat çekmiştir. Her bir davada, iç hukuk hükümlerinin varlıkları dahi başvuru sahiplerini doğrudan etkilemiş ve bundan dolayı başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü ile özel yaşam haklarını ihlal etmiştir.

### (b) Hükümet

**60.** Hükümet, başvuru sahibinin mağdur niteliği bulunmadığı için, başvurusunun *actio popularis* anlamına geldiğini, başvuru sahibinin haklarına yönelik Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında bir müdahale olmadığını öne sürmüştür.

**61.** Öncelikle karşı çıkılan yasa hükmünün, yani Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, başvurucuya hiçbir zaman uygulanmadığını kaydetmişlerdir. İkinci olarak, söz konusu dava kamu savcısı tarafından değil, bir kişinin suç duyurusunun sonucunda başlamıştır. Üçüncü olarak, söz konusu takibat, kesin takipsizlik kararı ile sonlandırılmıştır. Dördüncü olarak, adı geçen kararda da başvuru sahibinin görüşlerinin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunduğu açıkça belirtilmiştir. Son olarak, başvuru sahibinin gelecekte zarar göreceğine ilişkin bir ihtimal yoktur çünkü 301'inci maddede, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkı ile uyumlu takibatları güvencelemek adına yapılan değişiklikten bu yana bir takım güvenceler sağlanmıştır.

**62.** Hükümet, bir yasanın Sözleşme ile bağdaşmazlığının iddia edilmesini *in abstracto* içeren bir başvurunun Sözleşme sisteminde kabul edilemez olduğunu; çünkü bunun *actio popularis* anlamına geleceğini tartışmıştır. (bkz. *Noël Narvii Tauira and 18 others v. France*, no. 28204/95, Commission decision of 4 December 1995, *Decisions and Reports* (DR). 83-A, p. 130) Söz konusu olayda başvuru sahibi, Mahkeme'nin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi hakkında bir inceleme gerçekleştirmesini *in abstracto* talep etmiştir. Başvuru sahibinin “ 301'inci madde konu ile ilgili

kısmı Türkiye'nin, Sözleşme'nin 7, 10 ve 14'üncü maddeleri kapsamındaki ödevlerinin ihlalidir” şeklindeki ilkesel istemi, *actio popularis* kavramına dayanan bir şekilde biçimlendirilmiştir.

**63.**Hükümet, mağdur statüsü koşulunun Sözleşme'nin denetim sisteminin yardımcı/ikincil (subsidiary) doğası ile yakından bağlantılı olduğunu kaydeder. Bireysel başvuru hakkının uygulanması Sözleşmenin potansiyel olarak ihlalini önlemek için kullanılamaz: Teorik olarak Sözleşme sistemi, ortaya çıkmış bir ihlalden *a posteriori* başka türlü bir ihlalin incelenmesine –eğer kabul edilebilir bulunmuşsa, sonuçlandırılmasına- izin vermez. (Bkz. *Noël Narvii Tauira ve diğer 18 kişi, yukarıdaki Federation Chrétienne des Témoins de Jehovah v. Fransa* (dec.), no. 53430/99, 6 Kasım 2001; ve *Décision Est Video Communication SA and others v. Fransa* (dec.), no. 66286/01, 8 Ekim 2002). Her ne kadar Mahkeme bu kuralın istisnalarının olabileceğini kabul etse de, başvurucunun durumu anılan istisnalara girmemektedir. Başvurucu, kişisel olarak kendisini etkileyen benzer bir ihlalin ortaya çıkma ihtimaline yönelik makul ve ikna edici deliller göstermemiştir; bu bakımdan sadece şüphe ve tahmin yeterli değildir. (Bkz. *Ada Rossi ve diğerleri v. İtalya* (dec.), nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 ve 58424/08, ECHR 2008-... , ve *Arabadjiev ve Stavrev v. Bulgaristan* (dec.), no. 7380/02, 14 Şubat 2006).

**64.** Son olarak Hükümet, başvurucunun mağduriyetinin, Mahkeme önündeki yargılama sırasında sürmesi gerektiğini iddia etmiştir. Başka bir deyişle Mahkeme, başvurucuya yönelik ulusal bir karara dayanan bir müdahalenin varlığını aramaktadır. (see *Ahmet Kenan Er v. Türkiye* (dec.), no. 21377, 18 Kasım 2008, and *Selahattin Humartaş v. Türkiye* (dec.), no. 38714/04, 18 Kasım 2008). Buna karşın, görülen davada başvurucu hiçbir zaman mağdur statüsüne sahip olmamıştır.

## **2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi**

**65.** Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale sorununun, öncelikle başvurucuyu Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarının ihlalinden dolayı mağdur hale getiren bir önlemden etkilenip etkilenmediğinin tespitine bağlı olduğunu kaydeder.

**66.** Bu bağlamda Mahkeme, bir ihlalin mağduru olmak için, bir kişinin karşı çıkılan müdahaleden doğrudan etkilenmesi gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlar. (Bkz. *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak

1978, §§ 239-240, Series A, no. 25; yukarıda bahsedilen *Eckle*; ve *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 33, Series A no. 28). Sözleşme, bireylere, doğrudan ektilenmiş olmaksızın, Sözleşmede düzenlenen hakların yorumlanması için veya ulusal yasa hükümlerinin Sözleşmeye aykırı olabilecekleri düşüncesiyle şikâyet edilmesine izin veren bir *actio popularis* açma yetkisi sağlamaz. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31).

**67.** Buna karşılık Mahkeme, bir başvurusunun, başvurusunu desteklemek için somut bir müdahaleye tabi olduğunu ileri sürmese dahi “Sözleşme’nin ihlalinin mağduru olduğunu (ileri sürmeye)” yetkili olduğu sonucuna varmıştır. (Bkz. *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Klass ve Diğerleri*, § 38). Böyle durumlarda, başvurusunun gerçekten de Sözleşme’nin herhangi bir ihlalinin mağduru olup olmadığı sorunu, karşı çıkılan mevzuatın kendisinin, Sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmadığına saptanmasını gerektirir. (Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesinin uygunluğu için aşağıda B kısmına bakınız) Her ne kadar görülen dava, birisinin izlendiğini bilmenin zorluklarının mağdur statüsünün belirlenmesinde dikkate alınan bir faktör olduğu *Klass ve diğerleri* davasındaki gibi izlemeye değil, ifade özgürlüğüne dayanıyor olsa da, başvuru kamusal bir sorun (1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu) ile gerçekten de alakalı olduğunu ve 301’inci maddenin hedefindeki malzemenin üretimi işinin içinde olduğunu kanıtlamıştır.

**68.** Ayrıca bir kişi, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 22 Kasım 1981, § 41, Series A no. 45; yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31, ve yukarıda bahsedilen *Bowman*) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir kişi grubunun üyesi ise (Bkz. *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 42, Series A no. 112, ve *Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 29 October 1992, Series A no. 246-A) -tikel bir icrai tedbirin yokluğunda dahi- bir yasanın, haklarını ihlal ettiğini ileri sürmesi serbesttir. Mahkeme, ayrıca, bir kişiyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirebilecek böyle bir korku ihtimalini dikkate alarak, netice itibariyle beraat verilse dahi, ifade özgürlüğünün kullanımında yaptırım korkusunun dondurucu etkisini kaydeder. (Bkz, *mutatis mutandis*, *Lombardo ve diğerleri v. Malta*, no. 7333/06, § 61, 24 Nisan 2007; *Association Ekin v. Fransa* (dec.), no. 39288/98, 18 Ocak 2000 ve *Aktan v. Türkiye*, no. 20863/02, §§ 27-28, 23 Eylül 2008).



69. Görülen davaya dönülecek olursa Mahkeme, başvuruçunun aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında ileride soruşturma veya kovuşturmayaya tabi olmak konusunda süregelen bir risk taşıdığı iddiasını kaydeder. Hükümet, kendi tarafından, söz konusu soruşturmanın yerel cumhuriyet savcısı tarafından takipsizlik kararı ile sonuçlandırıldığını ve 2008'de 301'inci madde metninde yapılan yasal değişiklik dikkate alındığında, başvuruçunun, dayandığı türden görüşlerin ifadesinden dolayı kovuşturulma riskinin olmadığını öne sürmüştür.

70. Mahkeme, yukarıdaki görüşü göz önünde tutarak, Ermeni meselesi hakkındaki fikirlerinden dolayı başvuruçunun aleyhine soruşturma başlatılmasının ve süregeldiği iddia edilen Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma tehdidinin, mevcut dava koşullarında bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemek zorundadır.

71. Mahkeme, başvuruçunun, araştırma alanı Ermeni nüfusu ile ilişkili 1915 tarihsel olayların olan bir tarih profesörü olduğunu gözlemektedir. Bu nedenle, başvuruçunun görüşlerinden dolayı rencide olan aşırı milliyetçi gruplara mensup kişiler tarafından yapılan suç duyurularının bir sonucu olarak başvuruçunun, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma veya takibata tabi olan bir kişi topluluğunun mensubudur ve anılan konu hakkındaki görüşlerinden dolayı kolaylıkla damgalanmaktadır. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Johnston ve diğerleri*, § 42).

72. Görülen davada, gerçekten de başvuruçunun aleyhine, AGOS gazetesindeki başyazıda Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesindeki Türklüğü aşağılama suçunun işlendiğini iddia eden bir kişinin suç duyurusunun sonucu olarak soruşturma açılmıştır. (bkz. yukarıdaki 8'inci paragraf). Başvuruçunun, yerel cumhuriyet savcılığına çağırılmış ve kendisinden, aleyhine yapılan suç duyurusuna yanıt vermesi istenmiştir. (bkz. yukarıdaki 9'uncu paragraf). Her ne kadar soruşturmadan sorumlu cumhuriyet savcısı, başvuruçunun görüşlerinin Madde 10 kapsamında korunduğu kanısıyla takipsizlik kararı vermiş olsa da bu, zorunlu olarak, başvuruçunun gelecekte bundan başka benzer bir soruşturma tehlikesi altında olmadığı anlamına gelmemektedir. Başvuruçunun aleyhine, AGOS gazetesindeki makaleleri yoluyla 301'inci madde kapsamında Türklüğü aşağıladığını iddia eden kişilerce başkaca iki suç duyurusu yapıldığı ve bu soruşturmaların yerel Cumhuriyet savcısının takipsizlik kararı ile



sonuçlandırıldığı görülmektedir. (Bkz. yukarıdaki 14, 15 ve 18’inci paragraflar).

**73.** Mahkeme, ilk başvurusunun uç bir topluluk tarafından yapılan bir suç duyurusunu takiben takibata uğradığı ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı Türklüğe hakaret ettiği için 301’inci madde kapsamında mahkûm edildiği (yukarıda atıf yapılan) *Dink* kararındaki sonuçlara atıf yapar. Kamuoyunun ve özellikle aşırı milliyetçi grupların gözünde, Bay Dink’in kovuşturulması ve mahkûmiyeti, Türk kökenli bütün kişilerin aşağılandığına delalet etmiştir. Kendisine yüklenen algı ve damganın sonucu olarak Bay Dink, daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmüştür. (Bkz. yukarıda atıf yapılan *Dink*, § 107).

**74.** Mahkeme, başvurunun, tıpkı Bay Dink vakasında olduğu gibi, Ermeni konusundaki araştırmaları ve yayınlarından dolayı kamuoyunda “vatan haini” veya “ajan” olarak gösterildiği bir gözdağı kampanyasının hedefi olduğunu kaydeder. (Bkz. yukarıdaki 34-36’ıncı paragraflar). Bu kampanyayı takiben başvuru, kendisine hakaret eden ve ölüm tehditlerinde bulunan birkaç kişiden nefret mailleri almıştır. (Bkz. yukarıdaki 41’inci paragraf).

**75.** Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun 301’inci madde kapsamındaki suçtan dolayı kovuşturulmamasına veya mahkûm edilmemesine rağmen, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aşırı uçlar tarafından aleyhine yapılan suç duyurularının bir taciz kampanyasına dönüştüğünü ve başvuruycuyu bu hüküm kapsamında yanıt vermek zorunda bıraktığını göz önünde tutar. Bu nedenle, her ne kadar karşı çıkılan hüküm, henüz başvuruycuya zarar vermek için kullanılmamış olsa da, sadece gelecekte potansiyel olarak aleyhine soruşturma açılacak olmasının, onda stres, endişe ve soruşturma korkusuna neden olduğu kabul edilebilir. Bu durum, başvuruycuyu 301’inci madde kapsamında kovuşturma riskine girmemek için akademik çalışmalarında kendi kendini sınırlamaya ve davranışlarını değiştirmeye zorlamıştır. (see, *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31 ve yukarıda bahsedilen *Bowman*).

**76.** Kovuşturma riskine ilişkin olarak Hükümet, bu hüküm kapsamındaki takibatları önemli ölçüde azaltan 301’inci maddedeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden dolayı, başvurunun gelecekte zarar göreceği önyargısının muhtemel olmadığını ileri sürmüştür. Bu bakımdan, cumhuriyet savılarının 301’inci madde kapsamında takibata başlamaları için Adalet Bakanlığı tarafından izin almaları gerekliliğine büyük bir

önem atfetmiştir. Hükümet, istatistiksel bilgilere atıfla, bu taleplerin büyük çoğunluğunun, Mahkeme'nin 10'uncu madde davalarındaki içtihatlarındaki yerleşik ilkeleri uygulayan Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesi üzerinde durmuştur. (Bkz. yukarıdaki 27-29'uncü paragraflar).

77. Ancak Mahkeme'nin görüşü, Hükümet tarafından kabul edilen tedbirlerin, 301'inci madde kapsamındaki genel keyfiyeti veya haksız takibatları önlemek için yeterli güvenceyi sağlıyor görünmediği yönündedir. Hükümet'in sağladığı istatistiksel bilgilerden, hala Cumhuriyet savcıları tarafından 301'inci madde kapsamında açılmış önemli sayıda soruşturmanın bulunduğu ve Adalet Bakanlığı'nın çok sayıda vakada soruşturma izni verdiği görülmektedir: Hükümet'in görüşüne göre Adalet Bakanlığı, 8 Mayıs 2008 ile 30 Ekim 2009 arasında, 301'inci madde kapsamında cezai takibata başlamak için 1,025 defa izin talebi almış ve 80 vakada ön izin vermiştir. (Bütün taleplerin yaklaşık %8'i) Mahkeme, Hükümet'in, Adalet Bakanlığı'nca izin verilen vakaların doğası veya konusunu açıklamadığını kaydeder. Buna karşın, başvuru tarafından sağlanan istatistiksel bilgiler, Adalet Bakanlığı tarafından verilen ön-izin yüzdesinin daha yüksek olduğunu ve bu davaların ifade özgürlüğü vakalarındaki gazetecilerin takibatına ilişkin olduğunu göstermektedir. (Bkz. yukarıdaki 30-33'üncü paragraflar). Üstelik Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin kaydettiği üzere, benzer Sözleşme ihlallerini önlemek adına, her davada Adalet Bakanlığı'ndan ön-izin alınması sistemi, Sözleşme'nin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemi ve pratiği ile uyumunu sağlayacak kalıcı bir çözüm değildir. (Bkz. yukarıdaki 48'inci paragraf).

78. Adalet Bakanlığının 301'inci madde kapsamındaki cezai soruşturmalarda bir ön denetim yapmasına ve madde, dikkate değer bir zaman zarfı için bu tarz davalarda uygulanmamasına rağmen Mahkeme, her halükarda, eğer örneğin mevcut hükümetin veya yeni kurulacak bir hükümetin siyasi iradesinin değişmesi halinde, bu maddenin gelecekte bu tarz vakalarda yeniden uygulanabileceğini göz önünde bulundurur. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 33). Bu nedenle, başvuru konusunun söz konusu hükümden doğrudan etkilenme riskinin geçerli olduğu söylenebilir.

79. Diğer taraftan Mahkeme, 301'inci madde kapsamındaki kovuşturma riskini değerlendirirken, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının dikkate alınmasının zorunluluk taşıdığını da gözlemler. Bu bağlamda Mahkeme,

özellikle “Türk” veya “Türk milleti” kavramlarının yorumu ile ilgili olarak *Dink* kararındaki (yukarıda bahsedilen, § 132) eleştirilerini tekrarlar. Bu davada Mahkeme, Yargıtay’ın Ermeni meselesindeki resmi tezi eleştiren herhangi bir görüşe yaptırım uyguladığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle, devlet kurumları tarafından reddedilen 1915 olaylarına dair soykırım iddiaların reddedilmesi, “Türklüğe” ve “Türk milletine” hakaret ve iftira olarak yorumlanmıştır. (*ibid.*).

**80.** Aynı şekilde, Şişli Ceza Mahkemesi’nin, AGOS gazetesinin editörünü ve sahibini, Türk ulusunu soykırım ile suçladığı gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki suçtan dolayı mahkûm etmesi, yargının durumunu teyit etmektedir. (bkz. yukarıdaki 13’üncü paragraf)

**81.** Mahkeme ayrıca, kamusal meselelerdeki fikir ve düşüncelerin hassas bir yapısı olduğunu gözlemler. Bu nedenle resmi yetkililerin veya yeterli denetime tabi olmadan yahut resmi yetkililerin desteği ile hareket eden özel kişilerin müdahale olasılığı, düşüncelerin özgürce oluşumu ile demokratik tartışmanın üzerine ağır bir yük getirir ve dondurucu bir etkiye sahiptir.

**82.** Mahkeme, yukarıdaki yaklaşımla, başvuru aleyhine yapılan suç duyurusunun ve Türk ceza mahkemelerinin, Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesini uygularken sahip oldukları Ermeni meselesi hakkındaki bakış açısının ve soruşturma ile ilgili olarak başvuru aleyhine yürütülen kamuoyu kampanyasının, bu konuda “sakıncalı” görüşleri ifade eden kişilerin hatırı sayılır ölçüde takibat riski ile yüz yüze olduğunu doğruladığı ve gerçekten de başvuru üzerinde süregelen bir tehdidin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dudgeon*, § 41). Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun Sözleşme’nin 10’uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkını kullanımına yönelik bir müdahale bulunduğu kanaatindedir.

**83.** Yukarıdaki sebeplerle Mahkeme, başvurunun mağdur statüsünün olmadığı yönündeki Hükümetin ön itirazını reddeder.

**84.** Bu müdahale, eğer 10’uncu maddenin 2’inci paragrafının koşullarını karşılamıyorsa, Sözleşme’yi ihlal edecektir. Bu nedenle bir sonraki adımda, müdahalenin “hukuken öngörülmüş” olup olmadığının saptanması gereklidir.

## B. Müdahalenin hukuken öngörülüp öngörülmediği

**85.** Başvurucu, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin yeterli açıklığı sağlamadığını ve keyfi müdahaleye karşı elverişli koruma sağlamadığını iddia etmiştir.

**86.** Hükümet, mevcut davada bir müdahale bulunmadığı fikrinde olduğu için bu noktayı değerlendirmemiştir. Buna karşın, “Türklük” ve “Türk milleti” kavramlarına ilişkin açıklamaları temin etmiştir. 301'inci maddenin metindeki değişikliği takiben “Türk milleti”nin, “Türk” kavramının yerini aldığını ileri sürmüştür. Bu kavramlar halihazırda herhangi bir ırksal veya etnik çağrışıma sahip değildir. Bunlar, Anayasa'nın 66'ncı maddesinde tanımlanan Türk yurttaşlığına atıf yapar şekilde anlaşılmalıdır.

**87.** Mahkeme, konu ile ilgili ulusal hukukunun, ilgili kişilerin –eğer ihtiyaç varsa uygun bir hukuki destek ile beraber- belli bir hareketin neden olduğu sonuçları, belli bir durumda makul ölçüde öngörmesine olanak vermesi için, yeterli kesinlikle biçimlendirilesinin zorunlu olduğunu yineler. (Bkz, birçok diğer hüküm arasında, *Grigoriades v. Greece*, 25 Kasım 1997) Bu sonuçların, mutlak kesinlikle –ki tecrübeler bunun erişilmez olduğunu göstermiştir- öngörülmesi gerekmez. Kesinlik, büyük ölçüde arzu edilir olsa da bu, aşırı katılık gerektirir, ne var ki hukuk, değişen koşullara ayak uydurmak zorundadır. Bu nedenle çoğu yasa, kaçınılmaz olarak, yorumlanması ve uygulaması pratik bir sorun yaratan az veya çok belirsiz terimlerle ifade edilir. (Bkz. *Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979, § 49, Series A no. 30, ve *Flinkkilä ve diğerleri v. Finlandiya*, no. 25576/04, § 65, 6 Nisan 2010).

**88.** Mahkeme, yukarıda ifade edilen *Dink* kararında sorunun, “Türklük” terimini içeren hukuki normların, başvuru için yeterli derecede ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı noktasında ortaya çıktığını kaydeder. Mahkeme, bu sorun ilişkin bazı şüphelerini ifade etmekle beraber, söz konusu davada koşullarında bunu incelememeyi tercih etmiştir. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dink*, § 116).

**89.** Buna karşın Mahkeme, mevcut davada bu sorunun incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, 1926 yılında, ilk Türk Ceza Kanunu'nun kabulünden itibaren Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin –ve önceki Ceza Kanunu'nun 159'uncu maddesinin- bir kaç değişikliğe tabi olduğunu kaydeder. Karşı çıkılan madde metnindeki son

değişikliğin, Elif Şafak, Orhan Pamuk, Hrant Dink gibi önde gelen yazar ve gazetecilerin hassas konulardaki sakıncalı görüşlerinden dolayı (Bkz. 25 ve 26'ncı paragraflar) aleyhlerinde açılan bir kaç tartışmalı dava ve cezai soruşturmadan sonra yürürlüğe girdiği görünmektedir. Nitekim yargıçların bu hükmü taciz edici veya keyfi olarak uygulaması, Hükümeti, söz konusu maddeyi - Sözleşme'nin Mahkeme tarafından yorumlanan şekliyle 10'uncu maddesinin gerekliliklerine uygun hale getirilmesi amacıyla- gözden geçirmeye zorlamıştır.

**90.** Sonuç itibariyle, 301'inci madde metninde üç büyük değişiklik yürürlüğe konulmuştur. Öncelikle, “Türklük” ve “Cumhuriyet” terimleri “Türk milleti” ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti” ile değiştirilmiştir. İkinci olarak, suçlu bulunulması halinde uygulanabilecek hapis cezasının üst sınırı azaltılmış ve ağırlaştırıcı hal sebepleri maddeden çıkartılmıştır. Üçüncü ve son olarak metne, bu hükümde ifade edilen bir suç kapsamında herhangi bir soruşturmaya başlanması için, Adalet Bakanlığı'nın iznini gerekli kılan ek bir güvence kaydı eklenmiştir. (Bkz. yukarıdaki 43 ve 44'üncü paragraflar). Yasama organının, bu son değişiklikle, bu hüküm kapsamındaki keyfi takibatları önleme amacının olduğu açıktır.

**91.** Her ne olursa olsun Mahkeme, maddenin değiştirilmiş halinin, bir kişinin davranışlarını düzenleyebilmesi ve belli bir eylemin sonuçlarını, somut koşullarda makul bir şekilde öngörebilmesine yeterince açık bir şekilde izin verip vermediğini tespit etmek zorundadır. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Grigoriades*, § 37).

**92.** Bu bağlamda Mahkeme, “Türklük” terimi “Türk milleti” ile değiştirilmiş olmasına rağmen, bu kavramların yorumunda bir değişiklik veya büyük bir farklılık görünmediğini, çünkü bu kavramların Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığını kaydeder. (bkz. yukarıdaki 45'inci paragraf). Bu nedenle, yasama organının “Türklük” teriminin anlamını açıklığa kavuşturmak için madde lafzında yaptığı değişikliğin maddi bir farklılaşma getirmediğini veya ifade özgürlüğünün genişlemesine katkıda bulunmadığını kaydeder.

**93.** Mahkeme'nin görüşüne göre yasama organının amacı, Devlet kurumlarını kamusal iftirallardan korumak ve değerleri muhafaza etmek olsa da, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı üzere, çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle madde, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik

süregelen bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle madde lafzı, kişilerin eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermemektedir. Bu hüküm kapsamında birçok soruşturma ve kovuşturma (bk. 28-33'üncü paragraflar ile 47'inci paragraf) açıldığı açık olduğu gibi, incitici, şoke edici, rahatsız edici olarak görülen fikir veya düşünceler, cumhuriyet savılarınca kolaylıkla cezai soruşturmaya tabi tutulmaktadır.

**94.** Yukarıda kaydedildiği gibi, 301'inci maddenin yargı organları tarafından keyfi kullanımının önlenmesi için yasama organınca kayıtlamalar getirilmesi, güvenilir ve sürekli bir güvence sağlamamaktadır veya doğrudan etkilenilme riskini ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ilerleyen zamanda herhangi bir siyasal değişiklik, Adalet Bakanlığı'nın yorumlayıcı tutumunu etkileyebilir ve keyfi takibatların yolunu açabilir. (Bkz. 75-77'inci paragraflar).

**95.** Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarının gerektirdiği "yasa niteliği" ile buluşmadığı anlaşılmıştır, çünkü kabul edilemez genişlikteki terimler, bunların etkilerinin öngörülebilir olmaması sonucunu doğurmaktadır (Bkz. *Amann v. İsviçre* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000-II; ve *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 46,8 Temmuz 2008).

**96.** Yukarıdaki düşünceler, Mahkeme'nin söz konusu müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığı sonucuna ulaşabilmesi için yeterlidir.

Bundan dolayı Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali mevcuttur.

### **III. SÖZLEŞMENİN DİĞER İHLALİ İDDİALARI**

**97.** Son olarak başvuru, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin lafzının, bir kişinin hangi eylem veya ihmallerinin cezai sorumlulukla sonuçlanabileceğinin ayırt edemeyeceği şekilde belirsiz ve geniş olmasının Sözleşme'nin 7'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nihayet başvuru karşı çıkılan hükmün, büyük ölçüde ayrımcı sonuçlarından dolayı, Sözleşme'nin 14'üncü maddesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

**98.** Ulaştığı bütün materyaller ışığında Mahkeme, başvuru tarafından ileri sürülenlerin, Sözleşme'de veya Protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlal etmediği kararına varmıştır. Başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4'üncü maddesine göre açıkça asılsız olarak kabul edilmek zorundadır.

#### IV. SÖZLEŞMENİN 41'İNCİ MADDESİNİN UYGULANMASI

99. Sözleşme'nin 42'inci maddesine göre:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

#### Zarar

100. Başvurucu maddi zararları için 11,200 Euro (EUR), manevi zararları için 75,000 Euro talep etmiştir.

101.Hükümet, Mahkemeden, başvurunun talebini destekleyen herhangi bir delil sunmadığını dikkate alarak, herhangi bir maddi tazminata karar vermemesini istemiştir.

102.Mahkeme, zararın belirlenmesi ve hesaplanması için başvuru tarafından herhangi bir delil sunulmadığını gözlemlemektedir, bu nedenle bu talep reddedilmiştir.

103. Başvurucunun manevi zarar talebi hakkında Mahkeme, bir ihlal bulunmasının mevcut vakadaki koşullarda yeterince tatmin edici olduğu fikrindedir.

104. Hukuki harcama ve masraflar konusunda herhangi bir miktar talebi olmadığı için Mahkeme, tazminata karar vermemiştir.

#### MAHKEME BU GEREKÇELERLE OYBİRLİĞİ İLE

1. Hükümetin, Başvurucunun mağdur statüsüne ilişkin itirazının, davanın esası ile birleştirilerek *reddine*,

2. Başvurucunun Sözleşme'nin 10'uncu maddesi uyarınca şikâyetinin kabuledilebilir olduğuna ve başvurudaki geri kalan ihlal iddialarının *kabuledilebilir olmadığına*;

3. Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin *ihlaline*;

4. Mevcut dava koşullarında, ihlal bulunmasının yeterli adil karşılık sağladığına;

5. Başvurucunun geri kalan adil karşılık isteminin *reddine*

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce kaleme alınmış ve yazılı olarak 25 Ekim 2011 tarihinde İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3'üncü maddelerine uygun olarak yayımlanmıştır.

Stanley Naismith  
Yazışleri Müdürü

Françoise Tulkens  
Başkan

\*\*\*



**OZEROV DAVASI: DURUŞMADA SAVCININ YOKLUĞU ADİL  
YARGILANMA HAKKININ İHLALİ MİDİR?**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÜÇÜNCÜ DAİRE  
KARARI**

**OZEROV ve RUSYA DAVASI  
YARGILAMA**

*(Başvuru no. 64962/01- Karar Tarihi: 18.05.2010)*

Çeviren: Aysun IŞIK\*

Ozerov ve Rusya Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (üçüncü bölüm), aşağıdaki yargıçlar-  
dan oluşmuştur:

Josep Casadevall, *Başkan*,

Boštjan M. Zupančič,

Anatoly Kovler,

Alvina Gyulumyan,

Ineta Ziemele,

Luis López Guerra,

Ann Power, *yargıçlar*,

ve Santiago Quesada, *katip*

27 Nisan 2010 tarihinde özel olarak görüşerek,

Bu tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

---

\* Hâkim Adayı-aysu2801@gmail.com

## **PROSEDÜR**

1. Dava, bir Rus Vatandaşı, Mr. Sergey Sergeevich Ozerov (başvurucu), tarafından Rusya Federasyonu'na karşı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. Maddesine istinaden 12 Temmuz 2000 tarihinde açılmıştır.
2. Başvurucu, Moskova Barosunda çalışan Mr M.N. Stepanov tarafından temsil edilmiştir. Rusya Federasyonu'nu (devlet) ise devletin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde resmi temsilcisi olan Mr P.A. Laptev savunmuştur.
3. Başvurucu, yargılanmasının tarafsız bir mahkemede gerçekleşmediğini, savcının yokluğunda yapıldığını iddia etmiştir.
4. 3 Kasım 2005 tarihinde verdiği bir kararla mahkeme, başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.
5. Başvurucu ve devlet daha geniş beyanlarını yazılı olarak sunmuşlardır.

## **OLAYLAR**

### **DAVA SEBEPLERİ**

6. Başvurucu 1969 tarihinde doğmuştur ve Moskova'da yaşamaktadır.
7. 1999 tarihinde başvurucu hakkındaki iki suç –Haziran 1999 tarihindeki fiziki yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazası suçu ve Ağustos 1999 tarihindeki bir hırsızlık suçu- ile ceza soruşturması başlatılmıştır.
8. 6 Ekim 1999 tarihinde Moskova Savcısının iddianamesi, Moskova Savelovskiy Bölge Mahkemesi (Bölge Mahkemesi) tarafından kabul edilmiş ve bir savcının katılımı ile davanın görülmesi istenmiştir.
9. 12 Ekim 1999 tarihinde Bölge Mahkemesi hâkimi, bir savcı ve savunma avukatı ile 26 Ekim 1999 tarihinde açık duruşma yapılacağını ilan etmiştir.
10. 25 Kasım 1999 tarihinde üç hâkimden oluşan heyet duruşma açmıştır. Başvurucu, avukatı ve mağdurlar duruşmada olmalarına rağmen savcı, bilinmeyen nedenlerle orada bulunmamıştır.
11. Duruşma tutanaklarına göre, mahkeme, orada bulunanlara usulen bir diyecekleri olup olmadığını sormuştur. Hiç kimse bir istekte bulunmamıştır. Ardından mahkeme, hazırda olanlara incelemeye

başlamanın mümkün olup olmadığını sormuş, aldığı olumlu yanıt üzerine müzakere ederek davayı incelemeye karar vermiştir.

12. Duruşmada iddianame okunmuştur. Başvurucu, Ceza Kanununun yaralamaya yol açan trafik suçlarına ilişkin 264. Maddesi ve yine aynı kanunun birden fazla kişi ile önemli zarara sebebiyet veren hırsızlığa ilişkin 154. Maddesi ile suçlanmıştır.

13. Başvurucuya atılı suçları anladı ise bu suçları kabul edip etmediği sorulmuştur. Başvurucu, suçları anladığını, trafik suçunu kabul ettiğini ancak hırsızlıkta suçsuz olduğunu belirtmiştir. Daha sonra hazırda bulunanlara delillerin incelenmesinin sırası sorulmuş, hazırda olanlarsa kararı mahkemenin takdirine bırakmıştır. Mahkeme ise öncelikle başvurucuyu, ardından mağdurları dinlemeye, sonrasında ise yazılı delilleri değerlendirmeye ve mağdur Mr. L.'nin beyanlarını almaya karar vermiştir. Delillerin değerlendirilmesi bu sıraya göre gerçekleşmiştir.

14. Mahkeme daha sonra resen, başvurucuyu suç mahallinde tutuklayan polis memuru Mr. Y'nin de tanıklığına başvurmuştur. 40 dakika aradan sonra gelip ifade veren polis memuru, ifadesinde, olay yerine devriye arabası ile ve diğer polis memurlarıyla geldiğini, orada bir adam görüp kovaladıklarını ancak adamın kaçtığını, kendilerinin açık bir araba bulduklarını ve bir süre sonra arabaya yaklaşan ve kovaladıkları adamla aynı görünen başvurucuyu yakaladıklarını söylemiştir. Başvurucu, hırsızlıkla hiç bir ilgisi olmadığını iddia etmiş, o sırada arkadaşlarını ziyaret ettiğini belirtmiş ancak arkadaşlarının adlarını ya da adreslerini verememiştir.

15. Ardından mahkemede, hazırdakilere, yargılamanın sonuçlandırılmasına bir diyecekleri olup olmadığı sorulmuş, hazırdakilerin cevaplarına geçilmiş, bilhassa başvurucunun avukatının beyanları dinlenmiştir.

16. 26 Kasım 1999 tarihinde mahkeme, başvurucuyu Ceza Kanununun yaralamaya yol açan trafik suçlarına ilişkin 264. Maddesi ve birden fazla kişi ile önemli zarara sebebiyet veren hırsızlığa ilişkin 154. Maddesi ile suçlu bulmuş ve 3 yıl 6 ay hapis ve para cezası ile cezalandırmıştır.

17. Başvurucunun hırsızlıktan mahkumiyetinde mağdur Mr.V, tanık Mr.L. ve üç kişiyi arabadan çıkarken gördüğünü, bir tanesi bahçede beklerken diğer ikisinin demir bir levveyi andıran bir aletle binaya doğru yaklaştığını söyleyen bir güvenlik görevlisinin ifadeleri temel alınmıştır.

Mr. L. metal kazıma sesleri duyarak polisi aramıştır. Mahkûmiyet daha geniş olarak Mr. Y'nin; suç mahallinde polis tarafından bulunan çalıntı bir eşyaya dair bir rapor ve o eşyanın da bir demir levye olduğuna dair diğer bir rapor üzerine kurulmuştur. Mahkeme, başvurusunun, suçta, arabasını çalınan eşyanın taşınmasına tahsis etmek şeklinde iştirak ettiği, diğerleri pencere parmaklıklarını zorlarken onunsa izlediği sonucuna varmıştır. Sunulan kesin yazılı delil ise hukuka aykırı elde edildiği için geçersiz sayılmıştır.

18. Başvurucunun avukatı suçlamaları reddetmiş ve müvekkilinin hırsızlık suçuna iştirak ettiğine dair delil olmadığını öne sürmüştür. Avukat ayrıca, dava dosyasında duruşma için savcıya yapılan herhangi bir tebligat olmadığına ve savcının neden duruşmaya iştirak etmediğine dair bir gerekçe de bulunmadığına dikkat çekmiştir. İlk derece mahkemesi, savcının yokluğunda işlem tesis etmiş, böylece savcının fonksiyonunu da yerine getirmiştir. Mahkeme, aynı anda hem başvurusunu suçlayan hem de yargılamayı yerine getiren, suçlayıcı adalet anlayışı ile anayasal prensipler olan; mahkemenin tarafsızlığı, tarafların eşitliği ve nizalı dava kurallarını ihlal etmiştir.

118

19. 27 Ocak 2000 tarihinde Moskova Şehir Mahkemesi açık duruşma düzenlemiştir. Burada, yargılamanın geçerli kılınmasını iddia eden savcı ve başvurusunun avukatının beyanlarını almış, temyizi reddetmiş ve yargılamayı geçerli saymıştır.

20. Şehir Mahkemesi, başvurusunun hırsızlığa iştirak etmediği yönündeki iddiasını kabul edemeyeceğini çünkü davada elde edilen delillerin bu iddiayı çürüttüğünü belirtmiştir. Şehir Mahkemesi ayrıca, yargılamayı kesin suretle iptal edecek, esaslı bir ceza usul kanunu ihlali bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, kararında, başvurusunun avukatının, ilk derece mahkemesi duruşmasında savcının olmadığına dair şikayeti hakkında ise görüş bildirmemiştir.

21. 19 Ekim 2000 tarihinde Moskova Şehir Mahkemesi başkanlık heyeti, başvurusunun davasını yeniden incelemiş, hırsızlık olan suçun niteliğini madde 33/5 ve madde 158/2 uyarınca hırsızlığa yardım ve yataklık olarak değiştirerek cezasını 2 yıl 3 ay hapis ve para cezasına düşürmüştür.

22. Belirlenemeyen bir tarihte ise başvuru genel aflu salıverilmiştir.

## 2. İLGİLİ HUKUK

### A. İÇ HUKUK

#### 1. 1960 TARİHLİ RUSYA CEZA USULÜ KANUNU

23. Rusya Ceza Usul Kanunu'nun ('kanun') 20. Maddesine göre, esaslı durumlarda mahkemeden, davanın tüm koşullarının kapsamlı ve objektif olarak incelenmesi için bütün hukuki ölçütleri göz önünde tutması ile mahkûmiyet ve beraat gibi ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri de saptaması beklenir.

24. Madde 228'e göre, davanın hazırlık aşaması boyunca, bir hâkim, savcının yargılamada yer alıp almayacağına karar vermek zorundadır. Eğer hâkim, savcının da davada yer alması gerektiğine karar verirse, bu karar savcıyı bağlar. Savcı, dosyayı mahkemeye gönderdiği sırada uygulanacak cezalar konusundaki kanaatini mahkemeyi bilgilendirmişse, mahkeme artık başka türlü karar veremez.

25. Kanunun 251. ve 277. Maddelerine göre, savcı duruşmada yer almazsa, mahkeme, hazırda bulunanları dinledikten sonra, davanın savcının yokluğunda görülmesinin mümkün olduğuna ya da duruşmanın başka bir güne ertelenmesine karar verir. Bu karar üst mahkemeye temyiz yolu ile götürülemez.(Madde 331)

26. Yargılama sürecinde savcı, devlet adına sanığın soruşturmasını üstlenir, delillerin özellikle hukuka uygun olarak incelenmesinde, sonuçlandırılmasında ve sanığa verilecek olan cezanın belirlenmesinde görev alır. Eğer savcı, soruşturma sırasında sanığın aleyhine olan suçlamaların daha fazla desteklenemeyeceği sonucuna ulaşırsa bu durumu gerekçeleri ile mahkemeye bildirip soruşturmaya son verir.(Madde 248)

27. Rusya Anayasa Mahkemesi, görev dağılımı sorunu içeren birçok halde, Rusya Ceza Usulü Kanunu'na göre mahkemenin görevinin özellikle bağımsız, tarafsız (Anayasa madde 120) ve ceza yargılamasının ruhuna uygun şekilde (Anayasa madde 123/3) yargılamanın yürütülmesi olarak belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi, hâkime yüklenmiş olan aşağıdaki görevleri, söz konusu prensiplere aykırı bulmuştur:

Ceza kovuşturmasını ve cezaları Kanunun 418. Maddesine göre kurmak (28 Kasım 1996 tarihli bir kararı ile); ceza kovuşturmasını özellikle yeni bir kişi aleyhine kurmak ve yine o kişi aleyhine 3, 108/1, 109/1,2,3, 112,115,23271 ve 256/1,2,4 Maddelerine göre koruyucu bir tedbir

uygulamak (14 Ocak 2000 tarihli bir kararı) ; madde 248/4 e göre savcı, cezadan vazgeçtiği halde ceza vermek (20 Nisan 1999 tarihli bir kararı) ; 232/1 ve 258/1 maddeleri gereğince özellikle delil kanuna aykırı elde edildiğinde ya da davanın gerekçesinde sanık aleyhine daha ağır veya yeni cezalar verilmesi gereken durumlarda, soruşturmada telafisi imkansız eksiklik gördüğünde bir ceza davası dosyasını, ek soruşturma için savcıya resen geri göndermek (20 Nisan 1999 ve 3 Şubat 2000 tarihli kararları).

Anayasa Mahkemesi'ne göre cezaların hesaplanması ve uygulanması mahkemeye bırakılmamalı bu görevler savcı tarafından yerine getirilmelidir. Mahkeme, özellikle, 20 Nisan 1999 tarihli kararında, ceza yargılamasının, taraflar arasında her şeyden önce nizalı dava prensibine, yargısal görevlerin katı ayrımı anlamına gelen eşitliğe ve farklı aktörler tarafından yerine getirilen soruşturma temeline dayanacağına hükmetmiştir. Cezai yargılamaların çekişmeli yapısına işaret eden ceza soruşturmasının, cezaların formüle edilmesinin, mahkeme safhasından önce gerçekleşmesi, yetkili kurumlar ve yetkililer gibi mağdurların da garanti altına alınmasını sağlayacaktır. Mahkemeye soruşturma faaliyetinin yerini almasını yüklemek, her durumda, hem Anayasa'nın 123/3. Maddesine hem de İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin 6. Maddesine ve Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14. Maddesine aykırı olup Anayasa'nın 120/1. Maddesinde hükmolunan yargılamanın bağımsız ve tarafsız gerçekleştirilmesi şartının oluşmasını engeller.

28. Kanununun 278/1. Maddesine göre kovuşturma, iddianamenin açıkça okunması ile başlar. Anayasa Mahkemesi, kanunda, iddianamenin mahkeme tarafından açıkça okunmasını zorunlu kılan bir işaret olmadığına hükmetmiştir. Bu nedenledir ki, mahkemenin görevle ilgili sanık aleyhine cezaları belirleme, kabul etme ya da onları kanıtlama gibi herhangi bir işlev üstlenmek zorunda olmasını öngören koşula uyulmamıştır. Bunlar mahkemenin anayasal görevi olan kovuşturma sırasındaki çekişmeli ceza yargılaması ve tarafların eşitliği prensiplerine de aykırıdır. Eğer huzurdaki hâkim, savcının, duruşmada iddianameyi açıkça okumasını emretmişse, savcının bunu reddetme şansı yoktur. (21 Aralık 2000 tarihli bir karar)

29. 1960 tarihli Kanununa göre, savcının jüri bulunan yargılamalarda davaya katılması zorunludur. ( Madde 428)

30. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hükmünü hukuka uygunluk ve sağlam gerekçe temellerinde ve dosya üzerinde inceler. Temyiz mahkemesi temyiz gerekçeleri ile bağlı olmadığı gibi davayı yeniden tam olarak değerlendirmeye de yetkilidir (332. Madde). Kanununun 339 -341. Maddelerine göre temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin hükmünü bozabilir, onayabilir, yargılamayı iptal edebilir, yeni bir soruşturma ya da yeni bir kovuşturma için dosyayı geri gönderebilir ya da yargılamayı değiştirebilir.

31. Kanununun 342. Maddesi aşağıdaki gibidir:

**Yargılamayı iptal etme ya da değiştirme nedenleri (temyizde)**

“Temyiz aşamasında Yargılamayı iptal etme ya da değiştirme nedenleri aşağıdaki gibidir:

- (i) önyargılı ya da eksik tahkikat, soruşturma ya da mahkeme değerlendirmesi;
- (ii) davanın gerçekleri ile mahkemenin ulaştığı sonuç arasındaki tutarsızlık;
- (iii) usul hukukunun esaslı ihlali;
- (iv) yürürlükteki hukukun hatalı uygulanması;
- (v) mahkûmun kişiliği ya da suçun ciddiyeti ile ceza arasındaki tutarsızlık.”

*2. 2001 Ceza Usul Kanunu*

32. 2002 yılında yürürlüğe giren 2001 tarihli Yeni Ceza Usul Kanunu'nun 246. Maddesine göre, savcının tüm kamu davalarındaki yargılamalara katılımı zorunludur.

**B. İlgili uluslararası hukuk kaynakları**

*1. Avrupa Konseyi*

33. Kamu Savcılarının Cezai Yargılama Sistemindeki Rolüne İlişkin Üye Devletlere Tavsiyesi'ne göre (Tavsiye (2000)19) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 6 Ekim 2000 tarihinde 724. Oturumda kabul edildi-) tüm Avrupa ceza sistemlerinde savcılarının görevleri, ceza belirlemek ya da soruşturmaya kovuşturma safhasından önce son vermek ve tüm ya da belirli mahkeme kararlarını temyiz etmektir. Bazı ceza sistemlerinde savcı ayrıca, soruşturmayı yönetir, gazetler ve denetler,

mağdurlara yasal destekte bulunur ya da soruşturma için alternatif tedbirlere karar verir ( 2 ve 3). Kamu savcılarını ile hâkimlerin yasal ilişkileri konusunda da Tavsiye, aşağıdaki ifadelerle yer vermiştir:

“17. Devletler, kamu savcılarının kanunla belirlenmiş olan yetkilerini, muhakemedeki rollerini ve yasal konumlarını güvence altına alacak uygun tedbirler almalıdır ki mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili en ufak bir meşruiyet şüphesi olmasın. Bazı ülkeler, ayrıca bir kişinin hem mahkeme hâkimi hem de kamu savcısı olarak görev ve sorumluluk alamayacağını da garanti etmelidir.”

## 2. Birleşmiş Milletler

34. Birleşmiş Milletler savcılarının rolü ile ilgili 1990 yılında Suçun Önlenmesi Ve Suçluların İyileştirilmesi ( Havana, Küba, 27 Ağustos- 7 Eylül Arası) 8. Birleşmiş Milletler Kongresi’nde birtakım rehberler yayınlamıştır. Bunların içinde Rehber 10, Ceza Prosedüründeki Roller, uyarınca, ‘savcılık ofisleri kesin bir suretle yargısal fonksiyonlardan ayrılmalıdır.’

## KARAR

### 1. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

35. Başvurucu, Sözleşmenin aşağıdaki 6/1. Maddesine dayanarak, Moskova Bölge Mahkemesi’nden önce, tarafsız bir yargılamaya tabi olmadığını çünkü duruşmada savcı olmadığını iddia etmiştir:

‘Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.’

#### A. Devletin ilk itirazları

36. Devlet, yargılamanın başlangıcında başvurucu ve avukatının, davanın, savcının yokluğunda görülmesine itiraz etme hakkını kaybettiğini savunmuştur.

37. Başvurucu ise itiraz etmediğini çünkü sorunun kovuşturmanın başlangıcı ve sona ermesi ile alakası bulunduğunu, ‘hazırdakiler’ ifadesinin tanıkların orada yer alması ile ilgili olduğunu, çünkü bazı iştirakçilerin yokluğunda, bir üst mahkemeye aleyhe bir temyiz imkânı olmadan karar



vermenin tamamen mahkemenin takdirinde olduğunu düşündüğünü ifade etmiştir. (bkz. Paragraf 25)

38. Mahkeme, başvurunun kabul edilebilirliğine karar verirken devletin itirazının başvuruçunun şikâyetinin özü ile sıkı bir bağlantı içinde olduğunu kabul etmiştir ve bu yüzden iki iddiayı dayanakları ile birlikte inceleyecektir.

## **B. Şikâyetin Dayanakları**

### ***1. Tarafların iddiaları***

#### **(a) Devlet**

39. Devlet, Rusya Ceza Usul Kanunu'na göre savcıların ceza davalarında duruşmaya katılmasının jüri olan yargılamalar haricinde zorunlu olmadığını savunmuştur.

40. Bununla birlikte ilk derece mahkemesinin 12 Ekim 1999 tarihinde verdiği kararda 26 Ekim 1999 tarihindeki duruşmaya katılımı için savcıya gereği gibi tebligat yapıldığını doğrulamanın mümkün olmadığını, dava dosyasında buna işaret eden herhangi bir evrak bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak, her durumda, iç hukuka göre, bölge mahkemesinin savcının hazır bulunmadığı duruşmayı ertelemek gibi bir zorunluluğu olmadığını vurgulamıştır.

41. Bölge Mahkemesi, kovuşturmayla savcının yokluğunda başlamanın mümkün olup olmadığını Rusya Ceza Usul Kanunu'nun 251/1 maddesinde hükmedildiği üzere tartışmıştır. Başvuruçucu, avukatı ve diğer katılanlar itiraz etmemiştir. Mahkeme karara geçmeden önce ayrıca yargılamanın savcının yokluğunda bitirilmesinin mümkün olup olmadığını da tartışmıştır. Kimse itiraz etmemiştir. Kovuşturma boyunca hiç kimse duruşmanın savcının yokluğu nedeniyle ertelenmesini talep etmemiştir.

42. Devlet, Bölge Mahkemesinin iddia makamı gibi davranmadığını iddia etmiştir. İddia, mahkemeden önce savcı tarafından sunulan iddianame ve usulü haklardan geniş bir biçimde yararlanan mağdurların katılımı ile gerçekleşmiştir. Mahkeme, iddianameyi ve içinde yer alan cezaları incelemiştir. Duruşmada sanık aleyhine hiç bir yeni ceza tayin edilmemiştir. Bu yüzden ki mahkeme, iddia makamınca sunulan delillerin incelenmesi dışında başka hiç bir şey yapmamıştır. Yargılamayı hukuka uygun bir şekilde, savcı gibi davranmadan, özellikle Rusya Ceza Usulü Kanunu'nun, Bölge Mahkemesi'nden, davanın tüm koşullarının

kapsamlı, eksiksiz ve objektif bir biçimde incelenmesi için bütün hukuki ölçütleri göz önünde tutmasını ve sanığın hem beraatine hem de mahkûm edilmesine sebep olabilecek ağırlaştırıcı ve hafifletici durumları da saptamasını öngören 20. Maddesine göre yürütmüştür. Bölge Mahkemesi'nin, başvurucunun masumiyet karinesi fikrini değiştirdiğine dair hiç bir işaret yoktur. Özellikle dikkate alınmalıdır ki, Bölge Mahkemesi, delillerin yasa dışı elde edilmiş bir bölümünü tespit etmiş ve onu kullanılamaz bir delil olarak açıklamıştır.

43. Bu yüzden, başvurucunun Bölge Mahkemesi'nin tarafsız olmadığına dair şüpheleri objektif olarak haksızdır.

### **(b) Başvurucu**

44. Başvurucunun iddiasına göre, savcı duruşmada bulunmak ve söz konusu cezaları doğrulamak yönündeki isteğini açıkça ifade etmiştir. Bölge Mahkemesi'nin kendisi, duruşmanın savcının katılımı ile gerçekleşeceğini emretmiştir. Bu sebepten mahkeme, Rusya Ceza Usul Kanununun 228 ve 251. Maddeleri uyarınca, savcının hiç bir gerekçe gösterilmeyen yokluğu ve davaya onun yokluğunda devam edilmesine dair bir isteği de olmadığı durumda duruşmayı ertelemeliydi. Mahkemenin, duruşmanın başlangıcında tartıştığı, yargılamanın hazırda bulunanlar ile yürütülüp yürütülmeyeceği meselesi, savcının değil tanık L'nin yokluğu ile ilgilidir. Dahası, Rusya Ceza Usul Kanunu'nun emredici 331. Maddesi uyarınca, bazı katılımcıların yokluğunda verilmiş bir mahkeme kararına karşı temyiz yoluna gitmek mümkün değildir.

45. Başvurucuya göre, bir ceza davasında yargılamanın adil bir şekilde yürütülebilmesi için iki taraf, iddia makamı ve savunma, yer almalıdır. Rusya Ceza Usulü Kanunu'nun 248. Maddesi ve 17 Ocak 1992 tarihli Federal Kanun no. 2202-1 'in 35. Maddesi gereğince, mahkemede iddia makamının görevi sadece duruşmada yer alan savcı tarafından yerine getirilebilir. Başvurucu ayrıca Rusya Anayasa Mahkemesi'nin 20 Nisan 1999 tarihli kararına da dikkat çekmiştir.

46. Bölge Mahkemesi, yargılamayı savcının yokluğunda ve onun aşağıda ifade edilen yetkilerini de kullanarak yürütmüştür. Mahkeme cezanın hesaplanmasını gerçekleştirerek cezaya hükmetmiş; bu cezayı bütün yargılama boyunca devam ettirmiş; bu cezayı desteklemek için bir iddia makamı tanığı olan Mr. Y.'yi çağırıp sorgulamış ve bu ifadeyi hükme dayanak kabul etmiştir.

## 2. Mahkemenin Değerlendirmesi

47. Mahkeme, 6/1. Maddenin amacına uygun olarak, tarafsızlığın varlığının hem objektif hem de sübjektif bir kritere göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sübjektif kriter, görülen davada belirli bir hakimin kişisel kanaati (önyargısı) temeline dayanır. Objektif kriter ise, tarafsızlığın varlığının hiç bir meşruiyet şüphesi olmadan hakim tarafından yeterli derecede ortaya çıkarılmasıdır. (bkz. Hauschildt v. Danimarka, 24 Mayıs 1989, § 46, Seri A no. 154)

48. Sübjektif kritere göre, başvuru, yargılanmasının şahsi önyargılı hâkimler tarafından yürütüldüğünü iddia etmemiştir. Aksini ispatlayan bir kanıt olmadıkça hâkimin kişisel tarafsızlığının varlığı her durumda kabul edilmelidir ve bu davada aksini ispatlayan bir kanıt da yoktur.

49. Objektif kritere göre ise, hâkimin kişisel davranışından farklı olarak, onun tarafsızlığına şüphe düşürecek, kabul edilebilir gerçekler olup olmadığı saptanmalıdır. Bu bağlamda dışarıdan görünüş dahi belli bir öneme sahip olabilir. Demokratik toplumda tehlikede olan, , cezai prosedürle ilgili olarak suçlama sırasında, kamuya telkin edilmesi gereken güvendir. Bundan dolayı, her hâkim, tarafsızlığının yokluğuna dair meşru bir neden var olduğunda çekilmelidir. Bu kural, spesifik bir davada özellikle bir hâkimin tarafsızlığının varlığına şüphe düşürecek meşru bir neden olup olmadığına karar verilirken de uygulanır. Suçluya bakış açısı önemlidir ancak belirleyici değildir. Belirleyici olan bu kaygının objektif olarak haklı ve yerinde bulunup bulunmadığıdır. (aynı yerde,48)

50. Mahkeme, Madde 6/1 ile bağlantılı olarak ve Madde 5/3 bağlamında savcı ve hakimin görevleri arasında bir karmaşanın var olduğu yerde, objektif olarak tarafsızlığa dair haklı şüpheler tespit ettiğini vurgulamıştır. (madde 6/1 ile ilgili olarak bkz., mutatis mutandis, Dakaras v. Litvanya, no. 4 2095/98, §§ 35-38, AIHM 2000-X, ve madde 5/3 ile ilgili, Brincat v. İtalya, 26 Kasım 1992, Seri A no. 249 A, p. 11-12, §§ 20-22; Huber v. İsviçre, 23 Ekim 1990, Seri A no. 188, p. 17-18, §§ 41-43 ; ve Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, 28 Ekim 1998, Rapor 1998 VIII, p. 3298-99, §§ 146-50). Mahkeme, Madde 6/1 hükmü altında mahkemeye saygısızlıkla ilgili, soruşturma kararı alan ve kısa bir yargılama ile davayı sonuçlandıran kişilerin aynı hâkimler olduğu ve bunun da mahkemeye saygısızlık olarak ortaya çıktığı Kyprianou

davasında da aynı sonuca varmıştır. (bkz. Kyprianou v. Kıbrıs [GC], no. 73797/01, § 127, AIHM 2005 X)

51. Bu dava ile benzer olan Thorgeir Thorgeirson v. İrlanda davasında, bir yargılamada savcının yokluğu meselesi ortaya çıkmış, Mahkeme, madde 6/1 anlamında bir ihlal tespit etmemiştir. Başvurucu, tarafsızlığın yokluğuna dair şüpheleri, savcının, ilk derece mahkemesince davanın esası ile ilgili soruşturmayı yürütmek üzere zaten çağrıda bulunulmayan bir duruşmada yer almaması üzerine kurmuşsa ve savcılık tarafından yerine getirilebilecek hiç bir fonksiyon mahkemece üstlenilmemişse, objektif olarak haklı değildir. (bkz. Thorgeir Thorgeirson v. İceland, 25 Haziran 1992, Seri A no. 239, p. 22-24, §§ 46-54).

52. Şimdiki dava, Thorgeir Thorgeirson davasından, savcının ilk derece mahkemesinden önceki tüm yargılama safhasındaki yokluğu noktasında ayrılır. Dava dosyası yargılama için Bölge Mahkemesi'ne gönderildiğinde, Moskova Savcılık Bürosu, davanın bir savcının katılımı ile incelenmesi hususunda istekte bulunmuştur. Hâkim yargılamanın bir kamu savcısının katılımı ile yürütülmesine karar vermiştir. Dava dosyasında, savcının duruşma hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği ve neden duruşmaya katılmadığı hakkında bir veri yoktur. Yine de, Bölge Mahkemesi davayı savcının yokluğunda görmeye karar vermiştir. Mahkeme (İnsan Hakları Mahkemesi), Rusya Anayasa Mahkemesinin, Rusya Ceza Usul Kanunu'nun değişik maddeleriyle bağlantılı olarak, soruşturma için asıl olan fonksiyonlar olan, kovuşturmadan önce, cezai soruşturmayı yürütme, cezayı formüle etme ve onu tasdik etmenin öyle ya da böyle mahkeme tarafından gerçekleştirilmesini, mahkemenin, Anayasanın 120/1 ve Sözleşmenin 6. maddesinde öngörüldüğü şekilde bağımsız ve tarafsız bir şekilde yürütme görevinin ihlali olacağı yönündeki görüşünü dikkate almıştır (bkz. Yukarıdaki 27-28. Paragraflar).

53. Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin, savcılık ofisi tarafından sunulan iddianameyi duruşmada okuduğunu, ardından başvurucunun hırsızlık suçunu kabul etmediği yönündeki beyanını dinlediğini gözlemlemiştir. Bölge Mahkemesi, ayrıca mağdurlar ve tanıkların da ifadelerine başvurmuştur. Özellikle, hırsızlık suçu ile ilgili olarak resen, başvurucuyu suçlayıcı nitelikte delil öne süren Mr. Y.'yi çağırıp sorgulamış ve hükmünü bu delil üzerine kurmuştur. Bölge Mahkemesi, dahası, diğer delilleri de incelemiş ve soruşturma dosyasını destekleyen ve yasa dışı elde edilmiş olan kesin bir yazılı delili açıklamıştır. Bu gerçekler

doğrultusunda, Mahkeme (İnsan Hakları Mahkemesi) devletin, Bölge Mahkemesi'nin yargılama için iddia makamı tarafından hazırlanmış olan delilleri incelemek dışında başka bir şey yapmadığına dair beyanını kabul edemez. Gerçekte, Bölge Mahkemesi'nin, başvurucaunun mahkûmiyetinde temel aldığı delillerin yapısı, mahkemenin resen yeni suçlayıcı delillere başvurusu ve savcılık ofisi tarafından hazırlanan iddianamedeki bazı kesin delillerin çıkarılması yoluyla değiştirilmiştir. Dahası tüm bu değişiklikler savcının yokluğunda ve onun beyanı alınmaksızın yapılmıştır.

54. Eğer savcı duruşmada hazır bulunsaydı, özellikle de, delillerin değerlendirilmesinde yer alsaydı, görüşlerini beyan edebilirdi. Savcının münhasır rolü, hem sanık aleyhine olan cezaları kovuşturmadan önce belirlemek hem de öne sürdüğü delillerin kovuşturma safhasına artık desteklenmediğine kanaat etmek olurdu (bkz. yukarıdaki paragraf 26). Yargılamadan önce hazırlanan iddianame şüphesiz ki çok önemlidir. Ancak Bölge Mahkemesi'nden önceki duruşmada, savcı, sanık aleyhine cezanın belirlenmesinde ya da değiştirilmesinde veyahut delillerin yapısının değiştirilmesinde yer alabilirdi. Savcının önereceği ne olursa olsun sanık için yargılamanın nasıl etkileneceği bu durumda bilinmemektedir. Bunun ötesinde söz konusu durum bu dava için önemli değildir. Önemli olan savcının yokluğunda yargılamanın yürütülmesi ve sanığın mahkûm edilmesinde Bölge Mahkemesi hâkimleri ile savcının rollerinin karıştırılması ve bundan dolayı da tarafsızlığına dair meşruiyet şüphesinin ortaya çıkmasıdır. Mağdurların duruşma esnasında orada olmaları durumu etkilemez, çünkü bu bir kamu davasıdır ve şahsi bir takibat değildir.

55. Mahkeme bundan dolayı, başvurucaunun, savcının yokluğu durumunda Bölge Mahkemesi'nin tarafsızlığına dair kaygısını objektif olarak haklı bulmuştur.

56. Daha kapsamlı bir inceleme yapıldığı savunması, söz konusu eksikğin giderilmesi için bir çare değildir. Devletin iddiasına göre, Bölge Mahkemesi kararını verirken cezai prosedürde iç hukukun emredici hükümlerini eksiksiz bir biçimde uygulamıştır. Dava bu şekilde sonlandırılabilir, dolayısıyla, Moskova Şehir Mahkemesi'nin temyiz makamı olarak, kararı usul hukuku ihlali temelinde bozması söz konusu değildir (bkz. Temyiz mahkemesinin yargılması paragraf 30 ve 31). Temyiz mahkemesinin, bu kararı, Bölge Mahkemesi'nin tarafsız olmadığı gerekçesi ile bozmasının mümkün olduğu varsayılsa dahi,

mahkeme bunu yapmamış, hükmü bozmamıştır. Moskova Şehir Mahkemesi, başvurunun savcının yokluğuna dair itirazı hususunda da ayrı bir yorum yapmamıştır. Ayrıca mahkemenin söz konusu eksikliği iyileştirdiğine dair herhangi bir işaret de yoktur. Moskova Şehir Mahkemesi, temyiz incelemesi sonucu, hükmü ve cezayı değiştirmiştir. Bundan başka temyiz incelemesinin söz konusu eksikliği giderdiğine dair bir işaret de yoktur.

57. Son olarak, devletin, başvurunun, savcının yokluğu konusundaki itiraz hakkını kaybettiğine dair iddiası Mahkeme (İnsan Hakları Mahkemesi) tarafından ikna edici bulunmamıştır. Devlete göre, savcının yargılamada yer alması iç hukuka göre zorunlu değildir, Bölge Mahkemesi'nin savcının katılmadığı duruşmayı ertelemek gibi bir mecburiyeti yoktur ve Moskova Şehir Mahkemesi de yargılamaya dair esaslı bir usul hatası görmemiştir. Ancak devletin iddia ettiği gibi başvurunun duruşmada savcı olmadığına dair itirazından vazgeçtiği düşünülse dahi, Mahkemeye göre (İnsan Hakları Mahkemesi) feragat edilmiş de olsa, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı gibi kamu yararını ilgilendiren temel haklar 6. Madde ile garanti altına alınmış olup, kullanılmaları temel önemi haiz bulunan yerde, tarafların iradesine bağlı değildir. Bağımsızlık ve tarafsızlık beklentisi, yargı sistemine güven açısından çok önemlidir. (bkz. Pfeifer ve Plankl v. Avusturya, 25 Şubat 1992, §§ 38-39, Seri A no. 227; Bulut v. Avusturya, 22 Şubat 1996; ve Colozza v. İtalya, 12 Şubat 1985, Seri A no. 89, § 29). Devletin iddiası bu nedenle reddedilmiştir.

### III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

59. sözleşmenin 41. Maddesi uyarınca:

“ Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

#### A. Zarar

60. Başvurucu, manevi zararın karşılanması için 90,000 Rus Rublesi talep etmiştir.

61. Devlet ise talebi nedensiz ve aşırı bulmuş, ihlal tespit edilmesinin yeterli olduğunu savunmuştur.

62. Mahkeme ise, sadece ihlal tespit edilip de layıkıyla tazmin edilmezse, başvurucunun bu durumdan manevi olarak zarar göreceği sonucuna varmıştır. Davada var olan ihlalin yapısıyla ilgili olarak ve eşitlik temelinde yapılan değerlendirme sonucu, Mahkeme, başvurucuya bu başlık altında, miktar üzerinden her türlü vergiye tabi 2,600 Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir.

### **B. Yargılama Giderleri ve Masraflar**

63. Başvurucu, yargılama öncesi posta ve tercüme masrafları olan 8,729.8 Rus Rublesi ve 96,000 Rus Rublesini ve Strazburg'taki yasal temsilcisi için ödediği günlük 4,000 Rus Rublesinden yirmi dört günlük ücretin kendisine geri ödenmesini talep etmiştir.

64. Devlet bu taleplere itiraz etmiş, özellikle de başvurucunun gerçekten de hukuki masraflarda bulunduğu dair bir kanıt olmadığını iddia etmiştir.

65. Mahkemenin uygulamalarına göre, başvurucu, yaptığı masrafların gerçek ve gerekli olduğunu gösterirse bunları geri almaya hakkı olur. Bu davada, harcamaların dava ile ilgili olması ve yukarıdaki kritere uyması yönünden, Mahkeme, başvurucuya posta ve tercüme giderlerine karşılık miktar üzerinden her türlü vergiye tabi olmak üzere 250 Euro ve avukatlık ücreti olarak da 1600 Euro ödenmesine karar verilmiştir.

### **C. Temerrüt Hali**

66. Mahkeme, temerrüt halinde ödemenin, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına %3 puan eklenmesi temel alınarak yapılacağına hükmetmiştir.

#### **MAHKEME BU SEBEPLERLE OY BİRLİĞİ İLE**

1.Devletin ilk itirazı reddedilmiştir.

2.Sözleşmenin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir;

3.

(a) Davalı devlet, sözleşmenin 44/2 maddesine göre yargılamanın bittiği tarihten itibaren 3 ay içinde başvurucuya ödeme yapmakla yükümlüdür. Söz konusu ödemeler anlaşma tarihindeki kura göre Rus Rublesine çevrilerek yapılacaktır:

(i) 2,600 Euro ve bu miktar üzerinden alınabilecek her türlü vergi, manevi zarar için;

(ii) 1,850 Euro ve bu miktar üzerinden alınabilecek her türlü vergi, masraflar ve giderler için,

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren söz konusu ödemeler, temerrüt süresi boyunca Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme oranına %3 puan eklenerek ödenecektir.

4. Mahkeme, zarar gören başvuruçunun tatminine ilişkin diğer taleplerini reddetmiştir.

(İngilizce olarak hazırlanmış ve 77/2 ve 3 Mahkeme Kuralları uyarınca 18 Mayıs 2010 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.)

\*\*\*



# AIHM'İN VERGİLERİN KANUNİLİĞİNDE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNE BAKIŞI

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ 5. DAİRE

### SERKOV-UKRAYNA DAVASI

(Başvuru No: 39766/05)

(Karar Tarihi: 7 Haziran 2011)\*

Çeviren: Arş. Gör. Ercan SARICAOĞLU\*\*

İşbu karar AIHS 44/2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmeler yapılabilir.

Serkov-Ukrayna Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (5. Daire);

Dean, Spielmann, *Başkan*,

Elisabet Fura,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Župančič,

Mark Villiger,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger, *Yargıçlar* ve Daire Sekreteri Claudia Westerdiek'nin oluşturduğu heyet olarak toplanmış, 14 Haziran 2011 tarihinde yapılan özel görüşmeler sonucunda, söz konusu anılan tarihte benimsenmiş aşağıdaki karara varmışlardır.

### USUL

1. Dava; Ukrayna vatandaşı Sergey Nikolayevich Serkov'ın ("Başvurucu")<sup>1</sup> Ukrayna aleyhine, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca,

\* Karar İngilizce metin üzerinden çevrilmiştir. İngilizce metin için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR//>.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Öğretim Elemanı.-  
esaricaoglu@erzincan.edu.tr

<sup>1</sup> Çevirenin notu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AIHM) teknik olarak davacı terimi yerine "başvurucu" terimi kullanılmaktadır.

Mahkeme'ye<sup>2</sup> 25 Ekim 2005 tarihinde yaptığı bir başvuruya (no. 39766/05) dayanmaktadır.

2. Ukrayna Devleti ("Devlet") görevlendirdiği Y. Zaytsev tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, idare tarafından hukuka aykırı bir şekilde Katma Değer Vergisi ödemekle yükümlendirildiğini ve bu vergilendirmeye 1 No'lu Protokol 1. maddenin<sup>3</sup> ihlal edildiğini iddia etmektedir.

4. 5 Kasım 2009 tarihinde 5. Daire Başkanı başvurunun devlete bildirilmesine karar verdi. Aynı zamanda başvurunun kabul edilebilirliği ve esasına girilmesi konularında da karar verilmiş oldu.

## OLAY

### I. DAVANIN ESASINI TEŞKİL EDEN OLAYLAR

5. Başvurucu 1961 yılında doğmuştur ve Kharkiv'de yaşamaktadır. 3 Haziran 1998 tarih ve 720 sayılı, sonraki değişiklikler dâhil, "Küçük Ölçekli İşletmelerde Vergi, Muhasebe ve Raporlama için Basit Usul"<sup>4</sup> Başkanlık Kararnamesi<sup>5</sup> uyarınca tek (birleşik) vergi mükellefi olarak kayıtlı özel bir girişimcidir ("Başkanlık kararnamesi").

6. 2004 Mart ve Temmuz ayları arasında, Ukrayna'ya mal ithal ettiğinde, gümrük idaresi tarafından, 3 Nisan 1997 tarihli "Katma Değer Vergisi" Kanun'u gereğince, başvurucudan katma değer vergisi ödemesi talep edildi ("KDV Kanunu").

<sup>2</sup> Çevirenin notu: AİHM.

<sup>3</sup> Çevirenin notu: 20 Mart 1952'de Paris'te imzalanan bu protokol, 18 Mart 1954'de yürürlüğe girdi. Türkiye, protokolu 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır. Bu protokolle sözleşmeye mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı ve serbest seçim yapma hakkı eklenmiştir. Konumuzun esasını teşkil eden ve ihlal edildiği öne sürülen 1. maddede mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.

<sup>4</sup> Çevirenin notu: The Presidential Decree "On a Simplified System of Taxation, Accounting and Reporting for Small Business" no. 720 of 3 July 1998, with further amendments.

<sup>5</sup> Çevirenin notu: Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsız bir devlet olan Ukrayna'da başkanlık tipi cumhuriyet vardır. Devlet başkanı, beş yılda bir halkoyuyla seçilir. Mevcut Anayasa 28 Haziran 1996'da onaylanmıştır. Bu Anayasayla birlikte devlet başkanının yetkilerinin bir kısmı başbakan ve parlamentoya devredilmiştir. Buna göre Ukrayna Cumhuriyeti'nin yönetim biçimi Parlamenter-Başkanlık sistemidir. Bu doğrultuda devlet başkanının sembolik görevleri vardır. Ancak Anayasanın geçici 4. maddesiyle Devlet Başkanı'na (The President of Ukraine) Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonraki üç yıl içinde Ukrayna Bakanlar Kurulu'nun (The Cabinet of Ministers of Ukraine) onayı ve Başbakan'ın (The Prime Minister of Ukraine) imzasıyla hakkında yasal düzenleme bulunmayan ekonomik durumlarda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. (28 Haziran 1996 tarihli Ukrayna Anayasası için bkz. <http://www.rada.gov.ua/const/conengl.htm#r5>). Çeviride başkan olarak kastedilen devlet başkanıdır.

7. Gümrük idaresinin yükümlendirdiği toplam KDV miktarı 214.107.19 Ukrayna Hryvnias<sup>6</sup> (UAH). Başvurucu gerekli KDV'yi ödedi.

8. 10 Ağustos 2004 tarihinde, başvuru Başkanlık Kararnamesi uyarınca basitleştirilmiş vergi rejimine tabi olduğunu ileri sürerek, ödediği KDV'nin iadesi amacıyla, Kharkiv Asliye Ticaret Mahkemesine<sup>7</sup>, hazinenin yerel bölümüne ve gümrük idaresine karşı dava açtı. Başvurucunun iddiasına göre, "Küçük Ölçekli İşletmeler İçin Devlet Yardımı Kanununun" ("Küçük İşletmeler Kanunu")<sup>8</sup> 11. maddesi çerçevesinde basit usul vergilendirme, ödenmesi gereken vergi ve harçlar yerine tek (birleşik) vergi uygulanmasını öngörmektedir. Ayrıca tek (birleşik) vergi mükelleflerinin, Başkanlık Kararnamesi 6. madde uyarınca KDV ödemekten istisna olduğu, bu yüzden ticari faaliyeti<sup>9</sup> nedeniyle KDV mükellefiyetinin bulunmadığını ileri sürmüştür.

9. 2 Eylül 2004 tarihinde mahkeme, başvuru iddialarını asılsız bularak reddetmiş, Küçük İşletmeler Kanun'un 11. maddesinde yer alan hükümlerin KDV bakımından uygulanamayacağına çünkü söz konusu değişikliklerin, KDV Kanun'un 11.4 hükmünün gerektirdiği usul ile KDV Kanun'da yapılmadığına, aynı zamanda KDV Kanun'un 2. ve 3. maddeleri uyarınca başvuru işlemlerinin KDV'ye tabi olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenden dolayı, mahkeme KDV Kanun'un basit usul vergilendirme rejimine tabi olan mükellefler için bir istisna getirmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca, basit usul vergilendirme hususunda mükellefiyet kaydını düzenleyen Başkanlık Kararnamesinin 1. maddesini dikkate alan mahkeme, basit usul sisteminin sadece satış işlemlerinde KDV istisnası getirdiği ve ithalat işlemlerini kapsamadığı neticesine varmıştır.

<sup>6</sup> Çevirenin notu: 1 Euro = 10.9433 Ukraine Hryvni (21 /09/2011).

<sup>7</sup> Çevirenin notu: Ukrayna Anayasa'sına göre yargılama yetkisi Ukrayna Anayasa Mahkemesi (The Constitutional Court of Ukraine) ve genel mahkemelerce yerine getirilir (m.124). Genel mahkemelerce yargılama faaliyeti mülkîlik ve uzmanlaşma esasına göre yürütülür. Yüksek Mahkeme (The Supreme Court of Ukraine) en yüksek dereceli genel yargılama mahkemesidir. İhtisas mahkemelerinin üst derece mahkemesi ilgili İstinaf Mahkemeleridir (The respective high courts). Temyiz (istinaf) mahkemeleri ve yerel mahkemeler kanuna uygun hareket ederler (m.125). Olayda; ihtisas ve mülkîlik esas çerçevesinde ilk derece mahkemesi olarak davaya bakmakla yetkili ve görevli mahkeme Kharkiv Asliye Ticaret Mahkemesi (The Kharkiv Regional Commercial Court), karara karşı bir üst mahkeme Kharkiv Ticaret İstinaf Mahkemesi (The Kharkiv Commercial Court of Appeal) ve İstinaf Mahkemesinin kararına karşı Yüksek Ticaret Mahkemesi (The Higher Commercial Court) sırası izlenerek yargılama faaliyeti sürdürülmüştür. İç hukuk yollarını tüketmek için başvuru son yağı mercii de Yüksek Mahkemedir (The Supreme Court).

<sup>8</sup> The Law "On State Support for Small Business".

<sup>9</sup> Çevirenin notu: İthalat işlemleri.

10. Başvurucu, Başkanlık Kararnamesi 6. maddenin ithalat ve satış işlemleri arasında ayırım yapmadığını iddia ederek istinaf başvurusunda bulundu. Buna ilave basit usul vergilendirme rejimine tabi mükellefin, her iki işlem için de KDV'ye tabi olmadığını ileri sürdü.

11. 2 Kasım 2004 tarihinde, Kharkiv Ticaret İstinaf Mahkemesi 2 Eylül 2004 tarihli kararı başvuru lehine bozmuştur. Kararda, Ukrayna mevzuatının vergilendirme için genel usul ve basit usul vergilendirme rejimi sunduğu not düşülmüş, basit usul vergilendirmenin KDV ve diğer vergi ve harçlar yerine tek (birleşik) vergi ödenmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Basit usule kayıtlı bir mükellef olan başvuru için, ithalat işlemlerinin KDV'ye konu olduğu sonucunu desteklemek için ilk derece mahkemesinin KDV Kanun'unu işaret etmesinin doğru olmadığı, ayrıca, Başkanlık Kararnamesinin 1. maddenin basit usul vergilendirme rejimine başvuru şartlarını düzenlediği ve KDV'den istisna ticari işlemler arasında farklılaştırma yapmadığı mahkemece karara bağlanmıştır. Aynı zamanda Başkanlık Kararnamesi 6. maddenin ticari faaliyetlerin hiçbirine çekince koymaksızın KDV istisnası getirdiği de hüküm altına alınmıştır.

12. Gümrük idaresi bu kararı temyiz etmiştir.

13. 2 Şubat 2005 tarihinde, Yüksek Ticaret Mahkemesi, İstinaf Mahkemesinin 2 Kasım 2004 tarihli kararını bozarak, ilk derece mahkemesinin 2 Eylül 2004 tarihli kararını onamıştır. Kararda, hem satış hem de ithalat işlemleri için düzenleme içeren KDV Kanun'u dikkate alınmıştır. Buna ilave olarak mahkeme, Başkanlık Kararnamesi'nin 1. maddesine işaret ederek; kararnamenin sadece özel bir vergilendirme rejimine ilişkin başvuru koşullarını içermediği, aynı zamanda tek (birleşik) verginin, ticari faaliyetlerin neticesinde elde edilen gelirleri de konu aldığı görüşünü ortaya koymuştur. Buna göre mahkeme, ithalat işlemlerinin genel vergilendirme rejimine tabi olduğu, kararnamede düzenlenen KDV istisnasının sadece satış işlemlerine uygulanacağı neticesine varmıştır. Buna ilave olarak mahkeme, 23 Aralık 2003'te benzer bir davada Yüksek Mahkemece verilen karara atıfta bulunmuştur.

14. Başvurucu hükme karşı Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Söz konusu itirazında Başkanlık Kararnamesinin 6. maddesiyle, ticari faaliyetler arasında kararnamede farklılaşma yapıldığını ve tek vergi mükellefleri için genel bir KDV istisnası getirildiğini tekrarlamıştır. Başvurucu, ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin 15 Ocak 2003'te verdiği, Başkanlık Kararnamesindeki KDV istisnasının ithalat işlemlerini de

kapsadığı doğrultusundaki kararını da emsal göstermiştir. Buna ilaveten, başvuru, “21 Aralık 2000 tarihli “Devlet Fonları ve Bütçelere İlişkin Mükellef Borçlarının Ödenmesine Dair Usul”<sup>10</sup> Kanununun 4.4.1 hükmü altında, mahkemelerin mükellef için daha elverişli olan iç hukuk yorumunu kabul etmek zorunda olduğunu da ileri sürmüştür.

15. 28 Nisan 2005 tarihinde Yüksek Mahkeme Kurulu başvuru davasını temyize açık reddetmiştir.

## **II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI**

### **A. 28 Haziran 1996 Ukrayna Anayasası**

16. Anayasanın geçici 4. maddesiyle, Anayasanın yürürlüğe girdiği yıldan sonraki üç yıl içinde Ukrayna Devlet Başkanı’na, hakkında kanuni (yasal) düzenleme bulunmayan ekonomik konularda kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır.

### **B. 3 Nisan 1997 Tarihli Ukrayna Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu (ilgili tarihte yürürlükte)**

17. Söz konusu zamanda yürürlükteki kanunun 2. bölümüyle, diğerlerinin yanı sıra<sup>11</sup>, herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi, vergiye tabi olmayan sınırlar içinde mal ithalatında bulunanlar ve KDV mükellefi olarak kayıtlı bulunmayanlar hariç, Ukrayna gümrük sınırlarına kullanma veya tüketme amacıyla mal ithalatında bulunursa, KDV mükellefi olmayı göz önüne almalıdır.

25 Mart 2005 tarihinde bu durum değiştirilmiş, diğerlerinin yanı sıra, ithalatçı tarafından hangi vergi rejimi seçilmiş olursa olsun, ithalat işlemlerinde KDV’nin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

18. KDV Kanun’un 3.1.2 ve 3.1.1 bölümleri hem satış ve hem de ithalat işlemlerinde uygulanabilir.

19. Kanunun 11.4 bölümüyle, KDV yükümlülük rejimine ilişkin değişiklikler sadece bu kanununun değişikliğiyle ortaya konulabilir, denmektedir.

---

<sup>10</sup> Çevirenin notu: The Law “On the Procedure for Payment of Taxpayers’ Liabilities to Budgets and State Purpose Funds” of 21 December 2000 (“the Taxpayer Liabilities”) (Vergi Usul Kanunu).

<sup>11</sup> Çevirenin notu: Inter alia.

### **C. 19 Ekim 2000 Tarihli Küçük İşletmeler İçin Devlet Yardımı Kanunu**

20. Kanunun 1. bölümüyle küçük işletme konuları, diğerlerinin yanısıra, özel girişimci olarak kayıt altına alınmış gerçek kişilerdir.

21. Kanunun 11. maddesine göre vergi, muhasebe ve raporlamada basit usul, küçük işletme konularına uygulanabilir. Bu sistem vergiler ve harçlar yerine tek (birleşik) vergi uygulanmasını öngörmektedir.

### **D. “21 Aralık 2000 Tarihli Devlet Fonları ve Bütçelere İlişkin Mükellef Borçlarının Ödenmesine Dair Usul Kanununu” (ilgili tarihte yürürlükte)**

22. Kanunun 4.4.1. bölümüyle, bir kanun hükmü veya kanuna dayalı olarak çıkarılan diğer bir düzenleyici karar veya birden fazla kanunun farklı hükümleri veya düzenleyici kararları, vergi mükelleflerinin hak ve yükümlülükleri bakımından belirsiz veya farklı yorumlara neden oluyorsa, vergi mükellefinin lehine olan karar alınacaktır, hüküm altına alınmıştır.

### **E. 3 Temmuz 1998 tarih ve 727 Sayılı Küçük Ölçekli İşletmelerde Vergi, Muhasebe ve Raporlama İçin Basit Usul Hakkında Başkanlık Kararnamesi (değişiklikler ilave)**

23. Kararnamenin 1. maddesine göre, vergi, muhasebe ve raporlamada basit usul, diğerlerinin yanı sıra, bir yıl süresince iş sözleşmesi altında maksimum on işçi çalıştıran ve mal satışları ve hizmet ifalarından elde ettiği gelir 500.000 UAH’ı aşmayan özel girişimciye uygulanmaktadır.

24. Kararnamenin 6. maddesine göre;

“ Tek (birleşik) vergi ödeyen küçük ölçekli işletmeler aşağıdaki harçlar ve vergileri göz önüne almalıdır:

Katma Değer Vergisi, %6 oranında tek vergi ödemeyi seçen tüzel kişiler hariç,

Kurumlar Vergisi

Gelir Vergisi

Arazi Vergisi

Doğal Kaynak Harcı ...”

## F. Ukrayna Mahkemelerinin Yargılamaları

25. Yüksek Mahkeme 15 Ocak 2003 tarihinde, tek (birleşik) vergi mükellefi ve gümrük idaresi arasındaki ithalat işlemlerindeki KDV yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlıkta karara varmıştır. Yüksek Mahkeme, Ukrayna Mevzuatının farklı işleyen basit ve genel usul vergilendirme sistemi sunduğunu belirtmiştir. Genel usul 25 Haziran 1991 tarihli “Vergi Usul” kanunu ve özel vergiler ve harçlarla ilgili kanunlar tarafından düzenlenir. Basit usul Başkanlık Kararnamesi ve Küçük İşletmeler Kanunu tarafından kurallara bağlanmıştır. Yüksek mahkeme bunlara ilave olarak basit usul vergilendirme sistemine kayıtlı “davacının”, ithalat işlemlerinde KDV ödemek zorunda olmadığını çünkü davacının KDV yükümlülüğünün yerini tek (birleşik) vergi ödeme mükellefiyeti aldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme böylece ilk derece mahkemesinin ithalat işlemlerinde KDV istisnasının geçerli olmadığı doğrultusundaki hükmünü bozmuştur.

26 Mayıs 2003 tarihli bilgi mektubuyla, Yüksek Ticaret Mahkemesi vergi uyuşmazlığı konusunda verdiği kararın dikkate alınmasını ilk derece mahkemelerine tavsiye etti. Aynı zamanda karar ticari içtihatlar konusundaki hukuk dergisinde yayınlandı.

137

26. 23 Aralık 2003 tarihinde Yüksek Mahkeme tek (birleşik) vergi mükellefi ve gümrük idaresi arasındaki ithalat işlemlerindeki KDV yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlıkta farklı bir karar verdi. Yüksek Mahkeme KDV Kanun’un, ithalat ve satış işlemlerinde KDV uygulanmasını zorunlu kıldığını belirtirken, aynı zamanda Başkanlık Kararnamesinin 1. maddesine göre basit usul vergi sistemi uygulanmasının, satış işlemlerinden elde edilen gelirin miktarına bağlı olduğunu da eklemiştir. Böylece, Yüksek Mahkeme Başkanlık Kararnamesinin sağladığı KDV istisnasının sadece satış işlemlerinde uygulanacağı, ithalat işlemlerinde ise uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.

Yüksek Ticaret Mahkemesi bu kararı 18 Haziran 2004 tarihli bilgi mektubuyla, “26 Mayıs 2003 tarihli bilgi mektubu ile tamamlanmış”, ilk derece mahkemelerine tebliğ etti. Aynı zamanda bu karar ticari içtihatlar konusundaki hukuk dergisinde yayınlandı.

## HUKUK

### I. EK 1 NOLU PROTOKOLUN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDASI

27. Başvurucu, idare tarafından hukuk dışı KDV ödemek zorunda bırakıldığı şikâyetinde bulundu. Dayanak olarak aşağıda yer alan 1 No’lu Protokol 1. maddeyi gösterdi;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”

#### A. Kabul Edilebilirlik

28. Devletin düşüncesi başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmasıdır. Başvurucuya KDV mükellefiyeti yüklemenin onun mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu devletçe de kabul görür. Ancak, 1 No’lu Protokol 1. madde 2. fıkranın devletlere sağladığı, vergi ödenmesinin güvence altına alınması ve mülkiyetin kamu yararına uygun kullanımını düzenleme gerekliliği duyulması halinde, devletlerin bazı yasalar ihtas etmesine halel getirilemeyeceği kuralı altında bu müdahalenin haklı (hukuki) bir müdahale olduğunu düşünmektedirler.

29. Ayrıca, başvurunun KDV ödeme mükellefiyetine ilişkin hukukilik sorunu, söz konusu delilileri ve iç mevzuatı daha iyi yorumlayabilecek yerler olan yerel mahkemelerce tefsir edilmiştir. Son olarak Devletin düşüncesi, tedbirlerin yurt dışından mal ithalatında bulunan diğer özel girişimcilere uygulananlarla aynı olduğu, başvurunun mülkiyet hakkına müdahalenin başvurucuya aşırı bireysel yük dayatmadığıdır.

30. Başvurucu müdahalenin iç hukuk mevzuatına, özellikle Başkanlık Kararnamesi 6. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. KDV mevzuatında daha sonradan yapılan değişiklikler (bkz. yukarıda 18. paragraf) uyuşmazlıkta kanuni biz zeminin bulunmadığını<sup>12</sup> ortaya koymuştur. Başvurucu 15 Ocak 2003 ve 23 Aralık 2003 tarihli Yüksek

---

<sup>12</sup> Çevirenin notu: A lack of legal grounds.



Mahkeme kararlarına, iç mevzuatın ulusal mahkemeler tarafından çelişkili biçimde yorumlandığını örnek göstererek atıfta bulunmuştur. Başvurucu mahkemelerin vergi mükellefi lehine olan yorumu uygulamak zorunda olduğu hususunda da ısrar etmiştir.

31. AİHM başvurusunun şikâyetinin, davanın esas bakımından inceleme gerektiren soru işaretleri barındırdığını düşünmektedir. AİHM şikâyetin, herhangi bir gerekçe ile kabul edilmezlik taşımadığını ifade eder. Böylece davanın kabul edilebilir olduğu deklare edilmiştir.

## B. Esas

32. 1 No’lu Protokol 1. maddenin anlamı dâhilinde başvurucuya KDV mükellefiyeti yüklemenin mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturduğu ortak kanaattir. Mahkeme hüküm vermek için başka herhangi bir sebebe değinmemiştir. Böylece sorun müdahalenin bu hükümlerin gereklilikleri altında haklı olup olmadığı konusunda belirlenmiştir.

33. 1 No’lu Protokol 1. maddenin ilk ve en önemli gerekliliği malvarlığına yapılacak her hangi bir kamu müdahalesinin kanunla yapılması zorunluluğudur: Birinci fıkranın ikinci cümlesi malvarlığından yoksun bırakılmanın sadece “hukukun aradığı koşullar<sup>13</sup>” ile yapılabileceği ve ikinci fıkrada, devletlerin yürürlüğe koyduğu “yasalar” ile mülkiyeti kullanmayı kontrol edebilme hakkı olduğu tanımlanmıştır. Ayrıca, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden olan hukukun üstünlüğü Sözleşmenin (AİHS) bütün maddeleri için geçerlidir. Bunun içindir ki, toplumun genel yararının ortaya çıkardığı talepler ile bireysel temel hakların korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı sorunu hakkındaki kıyaslama, sadece uyuşmazlık konusu müdahalenin hukuka uygun olması (hukuki)<sup>14</sup> ve keyfi olmaması<sup>15</sup> şartlarının gerçekleşmesinden sonra yapılabilir (bkz. *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II).

34. 1 No’lu Protokol 1. madde de ifade bulan ”kanun” kavramı sözleşmenin diğer maddelerinde yer alan kavramla aynı anlamdadır (bkz. *Špaček s.r.o. v. the Czech Republic*, no. 26449/95, § 54, 9 November 1999). Öncelikle bu kavram uygulamaların iç mevzuatta bir temelini<sup>16</sup> bulunmasını gerektirir. Aynı zamanda uygulamalar kanunu

<sup>13</sup> Çevirenin notu: Subject to the conditions provided for by law.

<sup>14</sup> Çevirenin notu: Lawfulness.

<sup>15</sup> Çevirenin notu: Not arbitrary.

<sup>16</sup> Çevirenin notu: A basis in domestic law.

niteliksel olarak işaret etmelidir ki bunun anlamı uygulamanın ilgili kişilerce ulaşılabilir<sup>17</sup>, belirli<sup>18</sup> ve öngörülebilir<sup>19</sup> olmasıdır (bkz. *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, § 109, ECHR 2000-I).

35. Öngörülebilirlik kavramının kapsamı, kuralın içeriği, kapsamı uygulanacak kişilerin sayısı ve statüsüne bağlıdır. Bir yasa kuralı için birden fazla yorumunun yapılabilmesi tek başına kuralın Sözleşmenin aradığı anlamda “öngörülebilirlik” şartını karşılamada başarısız olduğu anlamına gelmez. Mahkemelerin hükme karşı rolü günlük yaşamdaki uygulamaları dikkate alarak, yoruma dair şüpheleri kesin olarak ortadan kaldırmaktır (bkz. *Gorzelik ve Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 65, 17 Şubat 2004). Yüksek Mahkemenin yasanın düzgün (tekdüze)<sup>20</sup> ve tutarlı<sup>21</sup> bir şekilde uygulanmasında güvence olması göz ardı edilemez (bkz. *mutatis mutandis, Tudor Tudor v. Romania*, no. 21911/03, §§ 29-30, 24 Mart 2009, ve *Ştefănică ve Others v. Romania*, no. 38155/02, §§ 36-37, 2 Kasım 2010). Bir Yüksek Mahkemenin bu ödevi yerine getirmede başarısız olması, diğerlerinin yanı sıra, 1 No’lu Protokol 1. maddenin gerekliliklerine uyumsuz sonuçlara neden olabilir (bkz. *Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, §§ 98-99, ECHR 2005-XII).

140

36. Mahkeme (AİHM) iç hukuk uygulamasının ve yorumunun ulusal yetkililer özelinde olduğunu kabul etmektedir. Ancak, iç hukukun yorum ve uygulamasının, Mahkemenin içtihatları ışığında yorumlanan sözleşme ilkeleri ile uyumlu olup olmadığının değerlendirmesi için AİHM lüzumludur (bkz. *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, §§ 190 ve 191, ECHR 2006-V).

37. Söz Konusu davada başvuruçunun gümrük idaresinin işlemine karşı davası, mahkemelerin başvuruçunun yaptığı ithalatın KDV istisnasına tabi olmadığı değerlendirilmesi nedeniyle reddedildi. Ancak, KDV istisnasının kapsamını belirleyen yasal düzenlemeler ulusal mahkemeler tarafından farklı yorumlamalara maruz kaldılar. 15 Ocak 2003 tarihinde Yüksek Mahkeme KDV istisnasının tek (bileşik) vergi mükellefince yapılan ithalata uygulanacağı yönünde karar vermişti (bkz. yukarıda 25.paragraf). Ancak daha sonra, 23 Aralık 2003 tarihli kararında Yüksek

<sup>17</sup> Çevirenin notu: Accessible.

<sup>18</sup> Çevirenin notu: Precise.

<sup>19</sup> Çevirenin notu: Forseeable.

<sup>20</sup> Çevirenin notu: Uniform.

<sup>21</sup> Çevirenin notu: Coherent.

Mahkeme tam aksi doğrultuda karar vermiş, KDV istisnasının söz konusu mükelleflerce yapılan ithalat işlemlerinde uygulanmayacağına hükmetmiştir. Bu karar, başvurucunun mal ithalatı yaptığı tarih olan (bkz. yukarıda 6. paragraf) Haziran 2004'te yayınlanmış (bkz. yukarıda 26. paragraf) ve örnek (emsal) karar olarak resmen tavsiye edilmiştir.

38. 15 Ocak 2003 tarihinde Yüksek Mahkeme yorumunun, KDV istisnasından yararlanma olanağı bulan başvurucunun ithalat işlemleriyle ilgili ticari sözleşmelere girme kararı üzerindeki önemli etkisi göz ardı edilemez. Başvurucu, ticari faaliyetlerinin belirli bir anında ithalat işlemlerinin tabi olduğu vergilendirme rejimi hakkındaki yorumun büyük ölçüde değiştiğinin fark etmek zorunda bırakılmıştır.

39. Mahkeme (AİHM) yasanın emsal yorumunun neden değiştiği konusunda geçerli sebeplerin olabileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin kendisi de, Sözleşmeyi yorumlarken canlı ve geliştirici yaklaşımlar taşıyıp Sözleşmenin güncelliğini ve etkinliğini sağlamak adına önceki yorumlarından ayrılabilir (bkz. *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007-IV, ve *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, § 104, ECHR 2009-...).

40. Bununla birlikte, Mahkeme başvurucunun yüzleşmek zorunda kaldığı yorum değişikliğini için haklı bir neden görmemektedir. Aslında Yüksek Mahkeme<sup>22</sup> uyumsuzluk hususunda yorum değişikliğini açıklama adına bir neden göstermemiştir. Bu şeffaflık eksikliği hukuka olan inancı ve kamu güvenirliliğini etkilemiş olabilir. Mevcut davanın koşulları altında Mahkeme ilgili mevzuatın ulusal mahkemeler tarafından yorumlanmış halinin, hükümlerin öngörülebilirliğini zedelediğini düşünmektedir.

41. Mahkeme ilave olarak aynı mevzuat hükümlerinin bu kadar farklı yorumlamalara olanak tanınması konuyu düzenleyen yerel hükümlerin (mevzuatın) uygunsuz (isabetsiz) düzenlenmiş olmasından kaynaklandığını ifade eder. Başkanlık Kararnamesi ile KDV Kanunu'nda yer alan hükümler, aralarında uyumlu yorum yapabilmek ve aynı zamanda anlamlarının gerekliliğini ve hükümlerin tam kapsamını belirleme konusunda, hukuki bir boşluk oluşturmaktadır.

42. Bu doğrultuda, Mahkemenin düşüncesine göre bu derece önemli bir mali konuyu düzenleyen yerel mevzuatta açıklığın ve öngörülebilirliğin sağlanamaması, karşıt yargısal yorumların üretilmesine olanak tanınması,

<sup>22</sup> Çevirenin notu: Ukrayna Yüksek Mahkemesi ( The Supreme Court).

Sözleşmenin aradığı “kanunun niteliği”<sup>23</sup> gerekliliğine ilişkin koşulu zedelemiştir.

43. Bu bağlamda, Mahkeme, Mükellef Sorumluluğu(Ödeme) Kanununun<sup>24</sup> 4.4.1. bölümünün sunduğu yerel mevzuatın belirsiz olması veya mükellefin hak ve borçları konusunda birden fazla yoruma açık hükümler içermesi halinde idarenin mükellefin lehine olan yaklaşımı kabul etmek zorunda olduğu gerekliliğini göz ardı edemez. Ancak, mevcut davada ulusal mahkemeler iç mevzuatın mükellefin lehine olmayan, başvurucuya KDV mükellefiyeti yüklenmesiyle sonuçlanan hükmü uygulamışlardır (bkz. *Shchokin v. Ukraine*, nos. 23759/03 ve 37943/06, § 57, 14 Ekim 2010).

44. Yukarıda yer alan düşünceler, başvurucunun mülkiyet hakkına söz konusu müdahalenin, 1 No’lu Protokol 1. maddenin gereklilikleri altında hukuki olmadığı sonucuna varılmasını mümkün kılacak yeterliliktedir.

## II. SÖZLEME İHLALİNDE DİĞER İDDALAR

45. Sözleşmenin 13 ve 6.1 maddeleri altında başvurucu, mahkemelerin yanlış iç mevzuat uyguladığı, davasında yürütülen yargılamanın hukuki olmadığı konularında şikayette bulundu.

46. Elinde bulunan bütün materyallerin ışığı altında başvurucunun başvurusunun kabul görmesi ile mahkeme, şimdiye kadar kendi yetkisi dâhilindeki konulardaki şikâyeti göz önüne alarak, bu hususta Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği görünümü görmemektedir.

47. Başvurunun bu bölümünün Sözleşme’nin 4 ve 35.3-a maddeleri uyarınca kabul edilemez olduğu belirtilmelidir.

## III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULAMASI

48. Sözleşmenin 41. maddesi

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

<sup>23</sup> Çevirenin notu: Quality of law.

<sup>24</sup> Çevirenin notu: Bkz. 22. paragraf, 21 Aralık 2000 tarihli Devlet Fonları ve Bütçelere ilişkin Mükellef Borçlarının Ödenmesine Dair Usul Kanununu.

## A. Zarar

49. Başvurucu, söz konusu KDV miktarından oluşan (214,107.19 UAH ), artı başvuru tarihinden başvurunun mahkeme nezdinde olduğu tarihe kadar süre için tahakkuk eden enflasyon kayıp miktarı (34,937.01 UAH), toplam 249,044.2 UAH maddi zararının tazmini talebinde bulundu. Ayrıca başvurucu 50,000 UAH manevi zararının tazminini de talep etmiştir.

50. Devlet başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu kabulü doğrultusunda, iddaların asılsız olduğu konusundaki düşüncesini tebliğ etmiştir.

51. Mahkeme, 1 No'lu Protokol 1. maddenin hükmü altında, başvurucuya yüklenen söz konusu KDV mükellefiyetinin hukuki olmadığına hükmetmiştir. Bu nedenle başvurucu tarafından boş yere ödenen KDV, müdahalenin tazminini sağlamak amacıyla iade edilmesi gerekmektedir. Enflasyon kayıpları hakkında, mahkeme, çeşitli koşullar göz önüne alınmadan yapılan tazminat ödemesinin tazminatın yeterliliğini azaltılabileceği hakkındaki görüşünü yinelemektedir (örnek için bkz., *Wasserman v. Russia* (no. 2).

Başvurucu resmi tablolar üzerinden enflasyon kayıpları hakkında detaylı hesaplamalar sunmuş ve devlet bu konuda başvurunun iddiasına ya da hesaplama yöntemine yönelik her hangi bir itirazda bulunmamıştır. Mahkeme bu hesaplamaların mantıklı olduğuna hükmeder (bkz. *Skaloukhov ve Others v. Ukraine*, nos. 8107/06, 8473/06, 8475/06, 15941/06 ve 32116/06, § 37, 19 Kasım 2009). Özetle, Mahkeme başvurunun maddi zarara uğradığı doğrultusundaki talebini yerinde görmüş ve bunun tazminine yönelik 23.000 Euroya tazminata hükmetmiştir.

52. Manevi zarar konusunda, Mahkeme başvurunun tespit edilen ihlal doğrultusunda manevi ızdırap çektiğine hükmetmiştir. İktidar hakkaniyet temelinde, Sözleşmenin 41. maddesi gereğince, bu doğrultuda başvurucuya 4.000 Euro tazminat ödemelidir.

## B. Masraf ve Harcamalar

53. Başvurucu bu başlık altında herhangi bir talepte bulunmamıştır. Bu nedenle Mahkemece herhangi bir karar verilmemiştir.

### C. Gecikme Faizi

54. Mahkeme, gecikme faizi için Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı orana 3 puan ilave eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermiştir.

### BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. 1 No'lu Protokol 1. madde ile ilgili şikâyetin kabul edilebilir ve başvurunun geri kalanının kabul edilemez olduğunu deklare eder.

2. 1 No'lu Protokol 1. maddenin ihlal edildiğine hükmeder.

### 3. Hüküm

Savunmacı devlet başvuruçuya, kararın kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde, Sözleşmenin 44.2 maddesine göre, savunmacı devletin ulusal para birimine, hüküm tarihinde geçerli kur üzerinden çevrilmiş aşağıdaki tutarları ödemek zorundadır:

(i) 23.000 Euro (23 bin euro), artı maddi zararın tazmini için gerekli olabilecek tüm vergiler,

(ii) 4.000 Euro (4 bin Euro), artı manevi zararın tazmini için gerekli olabilecek tüm vergiler,

Söz konusu sürenin bittiği tarihten ödemenin yapılmasına kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilere uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın gecikme faizi olarak uygulanmasına,

4. Başvurucunun diğer adil karşılık istemlerinin reddine karar verilmiştir.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AİHM İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 7 Haziran 2011 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.<sup>25</sup>

\*\*\*

<sup>25</sup> Çevirenin notu: Serkov-Ukrayna davasında, AİHM vergi yargılaması yapan mahkemelerin çelişkili kararlar vermesinin "öngörülebilirliği" ve dolayısıyla vergilerin kanuniliği ilkesini zedeleyeceği görüşünü temel alarak; Ukrayna Devletini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan "Mülkiyet Hakkına" karşı haksız bir müdahalede bulunduğu gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Böylece iç hukukumuzda da yer bulan vergilerin kanuniliğe ilkesine karşı Mahkeme'nin görüşünün bir boyutu ortaya konmuştur. Ayrıca, bu doğrultuda AİHM'in vergilerin kanuniliği ilkesine karşı bakışına ilişkin Spacek-Çek Cumhuriyeti, Shchokin-Ukrayna, Serkov-Ukrayna davalarının ayrıntılı değerlendirmeleri için (eserden yararlanılmıştır) bkz. **Yaltı, Billur**; Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında "Çelişik Mevzuat" ve "Çelişkili İçtihat", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 276, Eylül 2011, ss.7-17.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ AVRUPA  
PARLAMENTOSU ÜYELERİNİN DOKUNULMAZLIĞINA  
İLİŞKİN ALDO PATRICIELLO KARARI**

**ADALET DİVANI -DAVA C-163/10 ALDO PATRICIELLO  
( Karar Tarihi: 6 Eylül 2011 )**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN\*

Divan Kararı (Büyük Daire)\*\*

(Avrupa Parlamentosu üyesi – Ayrıcalıklara ve Dokunulmazlıklara Dair Protokol – Madde 8 – İftira suçu ile ilgili cezai kovuşturma – Parlamento alanı dışındaki sözler – Parlamentoyla ilgili görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen görüş tanımı – Dokunulmazlık – Koşullar)

C-163/10 sayılı Davada,

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (“ABİHA”) madde 267 uyarınca (İtalya) *Tribunale di Isernia* tarafından 9 Mart 2010 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 2 Nisan 2010 tarihinde alınan ön karar başvurusu,

**Aldo Patriciello,**

adlı kişiye karşı yürütülen cezai kovuşturmaya ilişkindir.

DİVAN (Büyük Daire),

Başkan V. Skouris, Daire Başkanları A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot ve J.-J. Kasel, Hâkimler G. Arestis, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský, A. Ó Caoimh (Raportör), C. Toader ve M. Safjan ile oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: N. Jääskinen,

Kâtip: Yönetici A. Impellizzeri,

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi  
igocmen@ankara.edu.tr

\*\* <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CI0163:EN:HTML>>

- Yazılı usul ve 15 Şubat 2011 tarihindeki duruşmayı göz önüne alarak,
- Avukatlar G. Ranaldi ve G. Scalese ve Asistan S. Fortunato tarafından Aldo Patriciello,
  - Vekil sıfatıyla G. Palmieri ve destekleyicisi Devlet Avukatı M. Russo tarafından İtalyan Hükümeti,
  - Vekil sıfatıyla K. Georgiadis ve M. Germani ve G. Papagianni tarafından Yunan Hükümeti,
  - Vekil sıfatıyla H. Krück, A. Caiola ve N. Lorenz tarafından Avrupa Parlamentosu,
  - Vekil sıfatıyla I. Martínez del Peral ve C. Zarda tarafından Avrupa Komisyonu

namına sunulan görüşleri değerlendirdikten sonra,

9 Haziran 2011 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün Görüşünü dinledikten sonra,

Aşağıdaki kararı vermektedir:

146

### **Karar**

**1** Ön karar başvurusu, Avrupa Birliği (“AB”), Avrupa Birliğinin İşleyişi (“ABİ”) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (“AAET”) Antlaşmalarına ekli Avrupa Birliğinde Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklara Dair Protokol (“Protokol”) madde 8’in yorumuna ilişkindir.

**2** Bu başvuru, Avrupa Parlamentosu üyesi Bay *Patriciello*’ya karşı iftira suçu sebebiyle yürütülen cezai kovuşturma esnasında yapılmıştır.

### **Hukuki çerçeve**

*Avrupa Birliği mevzuatı*

**3** Protokol madde 8 uyarınca:

“Avrupa Parlamentosu üyeleri, görevlerinin yerine getirilmesi esnasında ifade ettikleri görüşler ya da kullandıkları oylara ilişkin herhangi bir tür soruşturmaya, tutukluluğa ya da adli takibe tâbi tutulamaz.”

**4** Protokol madde 9 uyarınca:

“Avrupa Parlamentosu üyeleri, Parlamento oturumları esnasında:



(a) kendi devletlerinin ülkesinde, kendi parlamentolarının üyelerine tanınan dokunulmazlıklardan;

...yararlanır.”

**5** Protokol madde 18 uyarınca:

“Birlik kurumları, bu Protokolün uygulanması amacıyla ilgili üye devletlerin sorumlu makamları ile işbirliği yapar.”

**6.** Avrupa Parlamentosu İç Tüzüğündeki “Dokunulmazlığın kaldırılması” başlıklı Kural 6 uyarınca:

“1. Parlamento, ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar ile ilgili yetkileri kullanırken, öncelikle, demokratik bir yasama meclisi olarak bütünlüğünü sürdürmeye ve üyelerinin görevlerini yerine getirmeleri esnasındaki bağımsızlığını güvence altına almaya çalışır.

...

3. Bir üye veya eski bir üye tarafından ayrıcalıkları ve dokunulmazlıkları korumak adına Başkana iletilen herhangi bir talep, Parlamentoda duyurulur ve sorumlu komiteye gönderilir.

...”

**7.** Parlamento üyelerinin dokunulmazlığına ilişkin prosedürlere dair kuralları içeren İç Tüzük Kural 7 (2), (6) ve (7) uyarınca:

“2. Komite, sadece dokunulmazlığın kaldırılması talebinin kabulü ya da reddini tavsiye eden bir karar için ya da ayrıcalıkların ve dokunulmazlıkların korunması için bir öneri hazırlar.

...

6. Komite, ayrıcalıkların ve dokunulmazlıkların korunması ile ilgili hâllerde, ilgili durumun parlamentonun oturum yerine veya yerinden seyahat ederken üyelerin serbest dolaşımına yönelik idari ya da diğer bir tür kısıtlama mı olduğunu; yoksa görevin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen bir görüş ya da kullanılan bir oy mu oluşturduğunu; yoksa Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklara Dair Protokol madde 10 açısından ulusal hukukun konusunu oluşturmayan yönlerin içerisinde mi kaldığını belirtir ve ilgili otoritenin gerekli kararları alması için çağrı yapan bir öneride bulunur.”

7. Komite, ihtilaflı otoritenin yetkisi ve talebin kabul edilebilirliği ile ilgili bir gerekçeli görüş önerebilir; ancak, talebi değerlendirirken bir durumun vakaları ile ilgili detaylı bilgiyi elde etse bile; hiçbir koşulda, ilgili üyenin suçluluğu ya da suçsuzluğu veya ona atfedilen görüşlerin ya da eylemlerin tutuklamayı haklı gösterip göstermediği hakkında bir sonuca varamaz.”

### *Ulusal mevzuat*

**8** İtalyan Anayasası madde 68(1) uyarınca:

“Parlamento üyeleri, görevlerinin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen görüşler ya da kullanılan oylar yönünden sorumlu tutulamaz.”

**9** Anayasa madde 68’i uygulamaya yönelik hükümlere yer veren ve üst düzey devlet görevlisi kişilerin tutuklanmasına ilişkin 20 Haziran 2003 tarihli (21 Haziran 2003 tarihli, GURI No 142) ve 140 sayılı Kanun (legge n.140, disposizioni per l’attuazione dell’articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato) madde 3(1) uyarınca:

148 — “Anayasa madde 68(1), taslak kanunların veya kanun önerilerinin, değişikliklerin, gündemin, önergelerin ve parlamento kararlarının önerilmesine; Asamblelerde ve Meclislerin diğer organlarındaki [genel görüşme önerisi ve] sorular ve girişimlere; ne şekilde formüle edilmiş olursa olsun tüm kullanılan oylara; tüm diğer parlamenter işlemlere ve Parlamento dışında yerine getirilse bile, bir Parlamento üyesinin görevleri ile bağlantılı tüm diğer inceleme, açıklama, eleştirme ve siyasi beyan etkinliklerine ilişkin tüm durumlarda uygulanır.”

### **Esas davadaki uyuşmazlık ve ön karar için gönderilen soru**

**10** Bay *Patriciello*, *Isernia* Bölge Mahkemesi (*Tribunale di Isernia*) önündeki cezai yargılamada, kendi evine yakın ve bir nöroloji enstitüsünden çok da uzak olmayan bir kamu otoparkında 1 Ağustos 2007 tarihinde cereyan eden münakaşa esnasında *Pozzilli* (İtalya) yerel polisinden bir memuru kanuna aykırı davranışta bulunduğu sebebiyle haksız yere itham etmek ile suçlanmaktadır.

**11** Ön karar başvurusuna göre açıktır ki Bay *Patriciello*, İtalyan Ceza Kanunu madde 368 uyarınca iftira atma suçu ile suçlanırken; ağırlaştırıcı bir sebep olarak Bay *Patriciello*’nun iftira attığı kişi İtalyan Ceza Kanunu madde 61(10) anlamında görevlerini yerine getirmekte olan bir kamu görevlisidir. İddiaya göre Bay *Patriciello*, yerel polis memurunun kara

trafik kanunlarına aykırı olarak park etmiş araçların sahiplerinden bazılarını kayda geçerken ilgili zamanları değiştirdiğini ileri sürerek, ilgili memuru Ceza Kanunu madde 477 uyarınca belgede sahtecilik yapmak suçu ile suçlamıştır. Dahası, iddiaya göre, Bay *Patriciello*, yerel polis memurunu suçladığı suçların gerçekten işlenip işlenmediğini tespit etmek için gelen polis memurları [*carabinieri*] önünde bu suçlamalarını tekrarlamıştır.

**12** Avrupa Parlamentosu, Bay *Patriciello*'nun İç Tüzük madde 6(3) uyarınca talebi üzerine 5 Mayıs 2009 tarihli kararı ile, Hukuk İşleri Komitesinin raporuna uygun olarak, Bay *Patriciello*'nun dokunulmazlıklarının ve ayrıcalıklarının savunulmasına karar vermiştir (“dokunulmazlığı savunma kararı”). Raporda aşağıdaki sebepler yer almaktadır:

“Aslında, Bay *Patriciello*, açıklamalarında yalnızca kamusal alandaki olaylar ve seçmenlerinin günlük yaşamlarında önemli bir etkisi olan vatandaşların bir hastaneye ve sağlık hizmetine kolay erişim hakkı hakkında yorum yapmıştır.

Bay *Patriciello*, kendi çıkarı için hareket etmemiştir; kamu görevlisine hakaret etmek istememiştir; ancak siyasi etkinliği çerçevesinde seçmenin genel çıkarı doğrultusunda hareket etmiştir.

Böyle yaparak, kamu çıkarına ilişkin bir konudaki görüşünü seçmenlerine ifade ederken, Bay *Patriciello*, bir Parlamento üyesi olarak görevlerini yürütmektedir.

...

Hukuk İşleri Komitesi, yukarıdaki değerlendirmeler temelinde, dokunulmazlığın savunulmasının lehine ve aleyhine sebepleri inceledikten sonra, Bay *Patriciello*'nun dokunulmazlığının savunulmasını tavsiye etmektedir.”

**13** *Isernia* Bölge Mahkemesi, ön karar başvurusunda, Protokol madde 9(1/a) uyarınca parlamento üyelerinin ulusal alandaki eylemleri ile ilgili olarak yerel hukukta öngörülen maddi ve şekli koşullar altında dokunulmazlıklardan ve ayrıcalıklardan faydalandığını not düşmektedir. Bununla birlikte, İtalyan Anayasası madde 68 uyarınca parlamenter dokunulmazlık ayrıcalığı, bir parlamento dışı etkinlik tipik bir parlamenter görevin yerine getirilmesi ile yakından bağlantılı olmadıkça

ve tamamen bu görev amacıyla yürütülmedikçe, parlamento dışı etkinlikleri kapsamaktadır.

**14** Bu koşullar altında, *Isernia* Bölge Mahkemesi'ne göre, suçlamanın esasına ilişkin herhangi bir değerlendirmeye hanel getirmeksizin, Avrupa Parlamentosunun dokunulmazlığı savunma kararının kabulüne sebep olan gerekçeleri desteklemek yerel hukuk temelinde mümkün gözükmemektedir. Esas davada kovuşturmayaya yol açan durumlar, esasen, Avrupa Parlamentosunun bir üyesinin görevlerini yerine getirmesi esnasında herhangi bir görüşünü açıklaması ile bağlantılı değildir.

**15** Bu bakımdan, *Isernia* Bölge Mahkemesi, cumhuriyet savcısına göre Bay *Patriciello*'nun bir kamu görevlisine hakaret etme niyeti olmaksızın herkes tarafından bilinen gerçekler, yani vatandaşların bir hastaneye ve sağlık hizmetine kolay erişim hakkı hakkında yorum yapmaktan öteye geçmediği argümanının asılsız gözüktüğünü belirtmektedir. Gerçekte, her ne kadar kanıtlanmayı beklese bile; Bay *Patriciello* bir kamu görevlisini polis gücünün üyeleri önünde belgede sahtecilik yapmak ile açıkça suçlamak ile itham edilmektedir. İlk bakışta, bu tür bir davranış, seçmenlerinin genel çıkarları ile bağlantısız gözükmektedir ve bu itibarla kuramsal olarak bile dokunulmazlığa ilişkin kuralların kapsamında kalmak için elverişsiz gözükmektedir.

**16** Bununla birlikte, *Isernia* Bölge Mahkemesi, dokunulmazlığı savunma kararının ilgili Protokol madde 9(1/a)'nın yanı sıra madde 8'e de gönderme yapılarak alındığına dikkat çekmektedir. *Isernia* Bölge Mahkemesi, Divanın daha önceden, bu maddenin ulusal haklara gönderme yapmamasından ötürü, bu maddenin öngördüğü dokunulmazlığın kapsamının yalnızca AB hukuku temelinde belirleneceğine karar verdiğini belirtmektedir. Dahası, her ne kadar dokunulmazlığı savunma kararı ulusal mahkemeler yönünden bağlayıcı etkisi olmayan bir görüş oluştursa bile; ön karar başvurusunda bulunan mahkeme, Avrupa Birliği Antlaşması ("ABA") madde 4(3) ve Protokol madde 18 uyarınca Avrupa kurumları ile iyi niyet içerisinde işbirliği yapmakla yükümlüdür (Birleşik Davalar C-200/07 ve C-201/07 *Marra* [2008] ECR I-7929, paragraflar 26 ve 39 ila 41).

**17** Bu koşullar altında, *Isernia* Bölge Mahkemesi, davayı durdurarak, Divana ön karar için şu soruları göndermeye karar vermiştir:

"Kuramsal olarak Avrupa Parlamentosu üyesi (iddianamede belirlenen ve Avrupa Parlamentosunun dokunulmazlığını savunmak için lehine bir

karar aldığı) [Bay] *Patriciello* tarafından işlenen ceza gerektiren bir suç olarak yorumlanan ve Ceza Kanunu madde 368 uyarınca iftira atma suçu olarak sınıflandırılan olaylar, Protokol madde [8] anlamında parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında bir görüşün açıklanmasına karşılık gelmekte midir?”

### **Ön karar için gönderilen soru**

**18** Bir ön tespit olarak, Divanın daha önce karara bağladığı üzere, Protokol madde 8 ve 9’da öngörülen Avrupa Parlamentosu üyelerinin parlamenter dokunulmazlığının, üye devletlerde ulusal parlamento üyelerine çoğunlukla tanınan iki koruma türünü, yani parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen görüşleri veya kullanılan oyları ve kural olarak adli takipten korunmayı içeren parlamenter dokunulmazlığını kapsadığı göz önünde bulundurulmalıdır (*Marra*, paragraf 24).

**19** Gönderilen sorunun esas lâfzının belirginleştirdiği üzere, esas davadaki uyuşmazlık yalnızca Protokol madde 8’ in yorumu ile alakalıdır.

**20** Bu bakımdan, İtalyan Hükümetinin de belirttiği üzere, ön karar başvurusu yapan mahkemenin sorusunun yazılışı ile Divandan, Divanın Protokol madde 8’i esas davaya uygulamasını istediği, yani ilgili Avrupa Parlamentosu üyesinin esas davada kovuşturmaya yol açan beyanlarının parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen bir görüş oluşturup oluşturmadığı ve böylelikle bahsi geçen maddede öngörülen dokunulmazlık kapsamında kalıp kalmadığı hususunda bir karar vermesini istediği belirtilmelidir.

**21** ABİHA madde 267 uyarınca başlatılan muameleler yönünden Adalet Divanının belirli bir olaya AB hukuku kurallarını uygulama yetkisi yoktur. Bununla birlikte, Adalet Divanı, ulusal mahkemeye kararını verirken yararlanabileceği AB hukukunun yorumu ile ilgili her türlü rehberliği sağlayabilir (Bakınız, özellikle, Dava C-54/07 *Feryn* [2008] ECR I-5187, paragraf 19 ve alıntılanan içtihat hukuku).

**22** Dolayısıyla, esas davadaki gibi bir durumda, başvuruyu yapan mahkeme, Protokol madde 8’de belirtilen dokunulmazlığa etki vermek için gerekli maddi koşulların sağlanıp sağlanmadığını tespit ederek, ihtilafı beyanların söz konusu maddenin öngördüğü dokunulmazlık

kapsamında kalıp kalmadığını belirleyecektir (Bakınız *Marra*, paragraf 33).

**23** Öte yandan, Adalet Divanı, gerektiği takdirde kendisine gönderilen soruyu yeniden biçimlendirerek, ulusal mahkemeye bu belirlemeyi yaparken rehberlik sunmak amacıyla gerekli tüm bilgiyi sağlayacaktır (Bakınız, diğerlerinin yanında, Dava C-420/06 *Jager* [2008] ECR I-1315, paragraf 46 ve Dava C-243/09 *Fuß* [2010] ECR I-0000, paragraf 39).

**24** Bu bakımdan, Divanın önündeki belgelere göre açıktır ki *Isernia* Bölge Mahkemesi, gönderdiği soru ile asıl olarak Avrupa Parlamentosunun bir üyesi tarafından Parlametonun alanı dışında yapılan ve bu kişinin köken üye devletinde iftira atmak suçu nedeniyle kovuşturulmasına yol açan esas davadaki ihtilafli beyan gibi bir beyanın Protokol madde 8 anlamında parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen bir görüş oluşturup oluşturmadığını belirlemek için gerekli kriterlerin tanımlanmasını istemektedir.

**25** Bu noktada, ulusal hukuka dayanan Protokol madde 9(1/a)'da öngörülen parlamenter dokunulmazlıktan farklı olarak, Protokol madde 8'de öngörülen dokunulmazlığın sınırlarının bu maddenin ulusal hukuklara herhangi bir gönderme yapmaması nedeniyle yalnızca AB hukuku temelinde belirlenmesi gerektiği vurgulanmalıdır (Bu etki için bakınız, *Marra*, paragraf 26).

**26** Divanın daha önce karara bağladığı gibi, Protokol madde 8, Avrupa Parlamentosu üyesinin parlamenter görevlerini yerine getirmesi esnasında ifade ettiği görüşleri ve kullandığı oyları ile ilgili dokunulmazlıktan faydalandığı her türlü adli takibe uygulanan özel bir hüküm oluşturur ve netice itibarıyla ilgili görüş ve oylar bakımından herhangi bir adli takibin önüne geçerek, Avrupa Parlamentosu üyelerinin ifade özgürlüğü ve bağımsızlığını korumayı amaçlar (Bu etki için bakınız, *Marra*, paragraflar 45 ve 27).

**27** Öyleyse, ulusal hukukta öngörülen dokunulmazlık ile ilgili kurallar ya da orada belirlenen sınırlar ne olursa olsun, eğer Protokol madde 8 uyarınca dokunulmazlığın tanınması için gerekli maddi koşullar sağlanıyorsa; Avrupa Parlamentosu, dokunulmazlığı kaldıramaz ve bu dokunulmazlığı uygulama yetkisine sahip ulusal mahkeme, ilgili Avrupa Parlamentosu üyesi aleyhine açılan davayı reddetmekle yükümlüdür (Bu etki için bakınız, *Marra*, paragraf 44).

**28** Bu davada görüşlerini sunan her tarafın savunduğu üzere, Avrupa Parlamentosunun bir üyesinin beyanları, salt Avrupa Parlamentosu alanı dışında yapılması nedeniyle bu dokunulmazlıktan yararlanmaktan hariç tutulamayacaktır.

**29** Protokol madde 8, Avrupa Parlamentosu üyelerinin ifade özgürlüğü ve bağımsızlığını koruma amacı ve üyelerinin kullandıkları oyların yanı sıra ifade ettikleri görüşlere de açıkça değinen lâfzı ışığında, esasen, üyelerinin Avrupa Parlamentosunun alanı içinde yaptıkları beyanlara uygulanmak için tasarlanmıştır.

**30** Bununla beraber, Avrupa Parlamentosu üyelerinin Parlamantonun alanı dışındaki beyanlarının Protokol madde 8 anlamında görevlerinin yerine getirilmesi esnasında ifade ettikleri bir görüş olabilmesi olanaksız da değildir; çünkü bu beyanın bu tür bir görüş olup olmadığı, beyanın yapıldığı yerden ziyade; o beyanın karakteri ve içeriğine bağlıdır.

**31** Protokol madde 8, Avrupa Parlamentosunun üyelerinin ifade ettikleri görüşlere gönderme yapması nedeniyle, ifade özgürlüğü ile yakından bağlantılıdır. İfade özgürlüğü, ABA madde 2 gereğince Birliğin temelini oluşturan değerleri yansıtan çoğulcu ve demokratik bir toplumun esas temellerinden birisi olup, ABA madde 6(1) uyarınca kurucu antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 11 ile güvence altına alınan bir temel haktır. Bu özgürlük, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi madde 10’da da yer almaktadır.

**32** Bu nedenle, Protokol madde 8 açısından ‘görüş’e, içeriği bakımından öznel değerlendirmeler anlamına gelen iddialara karşılık gelen mülahaza ve beyanları içeren geniş bir anlam verildiği kabul edilmelidir.

**33** Yine, Protokol madde 8’in lâfzına göre açıktır ki; bir görüş, dokunulmazlıktan faydalanmak için, Avrupa Parlamentosunun bir üyesi tarafından ‘[onun] görevlerini yerine getirmesi esnasında’ ifade edilmelidir. Öyleyse, Protokol madde 8, ifade edilen görüş ile parlamenter görevler arasında bir bağ koşulu getirmektedir.

**34** Konunun –tıpkı esas davadaki durum gibi– köken üye devletinde kovuşturulan Avrupa Parlamentosunun bir üyesi tarafından yapılan beyanlar olması nedeniyle, yukarıdaki 27. paragraftan anlaşılabilceği üzere, Protokol madde 8’in öngördüğü dokunulmazlığın, ulusal mahkemelerin ve yargısal makamların kendi ülkelerinde asayişe

uyulmasını sağlamak amacıyla ceza gerektiren suçlar için kovuşturmalar ve yaptırımlar alanındaki ayrı ayrı yetkilerini kullanmalarının tam olarak önüne geçmeye elverişli olduğu ve bunun sonucunda bu beyanlardan zarar gören kişileri –durumuna göre uğranılan zarar nedeniyle adli mahkemeler önünde tazminat talep etmek de dâhil olmak üzere– her türlü yargısal yoldan mahrum bırakmaya elverişli olduğu belirtilmelidir.

**35** Bu neticeler göz önünde tutularak, ifade edilen görüş ile parlamenter görevler arasındaki bağın doğrudan ve aşikâr olması gerektiği kabul edilmelidir.

**36** Dahası, esas davadaki durumların tarifi ve ilgili Avrupa Parlamentosu üyesinin ileri sürdüğü iddiaların içeriği göz önüne alındığında, bu iddialar, Avrupa Parlamentosunun bir üyesinin görevlerinden oldukça farklı gözükmemektedir ve bundan ötürü, vatandaşların kamu yararı endişeleri ile doğrudan bir bağ oluşturmak için hemen hemen hiç elverişli değildir. Buradan hareketle, böyle bir bağ ortaya konulabilse bile; bu bağ, aşikâr olamayacaktır.

**37** Bu rehberlik ışığında, başvuru mahkeme, Protokol madde 8 gereğince dokunulmazlığın tanınması için gerekli maddi koşulların sağlanıp sağlanmadığına bakarak, esas davadaki ihtilafli beyanların parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında bir görüşün ifade edilmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirlemelidir. Nitekim bu belirleme, yukarıdaki 21. ve 22. paragraflarda belirtildiği üzere başvuru mahkemenin münhasır yetkisinde kalmaktadır.

**38** Başvuru mahkeme, bu belirlemeyi tamamladığında, dokunulmazlık için gerekli maddi koşulların sağlandığını tespit ederse; yukarıdaki 27. paragrafta değinildiği gibi, ilgili Avrupa Parlamentosu üyesine karşı açılan davayı reddederek bu dokunulmazlığa uygun etkiyi vermektense başka seçeneği yoktur (*Marra*, paragraflar 33 ve 44). Bunun aksine, başvuru mahkeme, durumun bu olmadığını, yani dokunulmazlık için gerekli maddi koşulların sağlanmadığını tespit ederse; davayı görmeye devam edecektir.

**39** Bu meyanda, tıpkı esas davadaki gibi, Avrupa Parlamentosu, ilgili üyesinin istemi üzerine o üyesinin dokunulmazlığını savunmaya ilişkin bir karar almış olsa bile; kendi İç Tüzüğü gereğince aldığı bu karar, ulusal mahkemeler üzerinde herhangi bir bağlayıcı olmayan bir görüşten öteye geçemez; çünkü Protokol'deki hiçbir hüküm, ulusal mahkemeleri Protokol madde 8'de öngörülen koşulların sağlanıp sağlanmadığı kararını



alırken Parlamenteoya başvurmakla yükümlü tutmamaktadır. Divanın daha önce karara bağladığı gibi, esas davada bahsi geçen kanun gibi, bir üye devletin hukukunun ulusal parlamentonun ulusal mahkemenin söz konusu dokunulmazlığı kabul etmemesi durumunda müdahale etmesini sağlayan o parlamentonun üyelerinin savunulmasına ilişkin bir usul öngörmesi, Avrupa Parlamentosuna o üye devletten gelen üyeleri yönünden aynı yetkilerin tanındığı anlamına gelmez; zira Protokol madde 8, bu tür bir yetkiyi açıkça öngörmemektedir ve ulusal hukuk kurallarına gönderme yapmamaktadır (Bu etki için bakınız, *Marra*, paragraflar 35 ila 40).

**40** Bu nedenle ve esas davada davalı tarafından duruşmada ileri sürülenlerin aksine, her ne kadar Avrupa Parlamentosu ve ulusal mahkemeler, aslında, ABA madde 4(3) ve Protokol madde 8 uyarınca Avrupa kurumları ve ulusal makamların iyi niyet içerisinde işbirliği yapma yükümlülüğü nedeniyle Protokol hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında her türlü çatışmadan kaçınmak için işbirliği yapmakla yükümlü olsa bile (*Marra*, paragraf 42); başvuru mahkeme, ABİHA madde 267 gereğince verilen bu karar ile sunulan yorumu göz önünde tutarak, Protokol madde 8'in esas davadaki olaylara uygulanmasına ilişkin olarak hakkında bilgilendirildiği Avrupa Parlamentosu görüşünü benimsememeye karar verirse; AB hukuku, kararının gerekçeleri yönünden başvuruyu yapan ulusal mahkemeye herhangi belirli bir yükümlülük vazetmemektedir.

**41** Buraya kadar belirtilenler ışığında, gönderilen soruya verilecek yanıtı göre, Protokol madde 8, Avrupa Parlamentosunun bir üyesi tarafından Parlamenteonun alanı dışında yapılan ve onun köken üye devletinde iftira atmak suçu nedeniyle kovuşturulmasına yol açan bir beyanın, o beyan parlamenter görevlerin yerine getirilmesi ile doğrudan ve aşikâr bir bağa sahip öznel bir değerlendirme olmadığı müddetçe, bu hükmün tanıdığı dokunulmazlık kapsamında kalan parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen bir görüş oluşturmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Başvuruyu yapan mahkeme, esas davadaki durum yönünden belirlenen koşulların sağlanıp sağlanmadığını belirleyecektir.

### **Masraflar**

**42** Buradaki muameleler, esas davanın tarafları açısından ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken

yapılan masraflar, bahsi geçen tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu sebepler ışığında Divan (Büyük Daire) şu şekilde karar vermektedir:

**AB, ABİ ve AAET Antlaşmalarına ekli Avrupa Birliğinde Ayrıcalıklara ve Dokunulmazlıklara Dair Protokol madde 8, Avrupa Parlamentosunun bir üyesi tarafından Parlamentonun alanı dışında yapılan ve onun köken üye devletinde iftira atmak suçu nedeniyle kovuşturulmasına yol açan bir beyanın, o beyan parlamenter görevlerin yerine getirilmesi ile doğrudan ve aşikâr bir bağa sahip öznel bir değerlendirme olmadığı müddetçe, bu hükmün tanıdığı dokunulmazlık kapsamında kalan parlamenter görevlerin yerine getirilmesi esnasında ifade edilen bir görüş oluşturmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Başvuruyu yapan mahkeme, esas davadaki durum yönünden belirlenen koşulların sağlanıp sağlanmadığını belirleyecektir.**

[İmzalar]

\*\*\*

**AVRUPA ADALET DİVANI'NIN ANKARA ANLAŞMASI'NA  
EKLİ KATMA PROTOKOL'ÜN 41(1) MADDESİNİN  
YORUMUNA İLİŞKİN 21.07.2011 TARİHLİ KARARI**

Çeviren: Arş. Gör. Deniz TEKİN APAYDIN\*

AET - Türkiye Ortaklık Anlaşması – Katma Protokol Madde 41(1) – Geriye dönük kötüleştirme yasağı (standstill clause) – İş kurma özgürlüğü – Kalma hakkının şartlarını ihlal ederek iş kuran bir Türk vatandaşının kalma izninin uzatılması başvurusunun reddi – Hakların kötüye kullanılması

AB: Dava C-186/10

Celex No. 610J0186

**OLAY**

Dava C-186/10'da,

Tural Oğuz'un İçişleri Bakanlığı'na karşı açtığı davayı Temyiz Mahkemesi (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) (Birleşik Krallık) 31 Mart 2010 tarihli kararla ABİA (TFEU) Madde 267 uyarınca ön karar için göndermiş ve dosya Divan tarafından 15 Nisan 2010'da alınmış,

Müdahil: Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi,

Divan Başkanı: J.N. Cunha Rodriguez (Raportör); Yargıçlar: A. Arabadjiev, A. Rosas, A. O Caoimh ve P. Lindh; Hukuk Sözcüsü: J. Kokott; Katip: Başkatip L. Hewlett'dan oluşan DİVAN (İkinci Daire),

Yazılı prosedür ve 9 Şubat 2011'deki duruşma uyarınca,

Bay Oğuz adına Dava Avukatları J. Walsh ve P. Haywood,

Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi adına Dava Avukatları S. Cox ve C. Banner, Dosya Avukatı L. Barratt,

Birleşik Krallık Hükümeti adına Temsilci olarak S. Ossowski ve Dava

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı  
Arastirma Gorevlisi-deniztekin2@yahoo.co.uk

Avukatı R. Palmer,- Avrupa Komisyonu adına Temsilciler E. Paasivirta ve M. Wilderspin'in sunduğu görüşleri de dikkate alarak 14 Nisan 2011'de yapılan oturumda Hukuk Sözcüsü'nün mütalaasını da dinledikten sonra şu kararı vermiştir:

## **GEREKÇELER**

1. Ön Karar için yapılan bu gönderme, 23 Kasım 1970'de Brüksel'de imzalanmış ve Topluluk adına 19 Aralık 1972'de 2760/72 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ 1973 C 113, p. 0017; 'Katma Protokol') ile akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmış olan Katma Protokolün 41(1) Maddesinin yorumuna ilişkindir.

2. Gönderme, bir Türk vatandaşı olan Bay Oğuz ile İçişleri Bakanlığı ('Devlet Bakanlığı') arasında sonrakinin Bay Oğuz'un Birleşik Krallık'da serbest meslek sahibi kişi olarak kalma iznini uzatmasını ret kararı ile ilgili davada yapılmıştır.

Yasal Çerçeve

Avrupa Birliği ('AB') Mevzuatı

AET-Türkiye Ortaklığı

3. 12 Eylül 1963'te Ankara'da imzalanan, bir tarafı Türkiye Cumhuriyeti, diğer tarafı AET Üye Ülkeleri ve Topluluk olan ve Topluluk adına 23 Aralık 1963 tarihli ve 64/732/EEC sayılı Komisyon Kararı (OJ 1973 C 113, p.0001; 'AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması') tarafından akdedilen, kabul edilen ve onaylanan Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında Ortaklık kuran Anlaşma'nın 2(1) Maddesi uyarınca, bu anlaşmanın amacı, Türk halkının yaşam standartlarını yükseltmek için ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ileriki bir tarihte Topluluk'a girişini kolaylaştırmak için iş sektörü de dahil olmak üzere, aşamalı olarak işçilerin serbest dolaşımını güvence altına almak ve iş kurma ile hizmet sağlama özgürlüklerine kısıtlamaları kaldırmak, Âkit Taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri devamlı ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektir.

4. Katma Protokol'ün 1. Maddesi, 62. Madde uyarınca AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve bu anlaşmanın 4. Maddesinde bahsedilen geçiş aşamasının yürürlüğe konmasının düzenlemesini, takvimini ve şartlarını ortaya koyar.

5. Katma Protokol Madde 41(1) aşağıdaki şekilde bir geriye dönük kötüleştirme yasağı ihtiva eder:

‘1. Âkit Taraflar kendi aralarında iş kurma ve hizmet sağlama özgürlüğü üzerine yeni kısıtlamalar getirmekten kaçınacaktır.’

Ulusal Mevzuat

6. Göçmen Kanunu 1971 şunu öngörür:

‘... 3. Düzenleme ve kontrol için genel hükümler

(1) Bu Kanun tarafından başka türlü öngörülmedikçe, bir kişi Britanya vatandaşı olmadığı takdirde - (a) bu kişi bu Kanunun hükümleri tarafından izin verilmiş olmadıkça Birleşik Krallık'a girmeyecek; (b) bu kişiye Birleşik Krallık'a girmeye (veya zaten orada ise, Birleşik Krallık'ta kalmaya) sınırlı veya sınırsız bir müddet için izin verilebilir;

(c)

eğer bu kişiye Birleşik Krallık'a sınırlı bir girme veya kalma izni verilirse, bu, aşağıdaki şartların tamamına ya da herhangi birine bağlı olarak verebilir, bunlar-

(i) bu

kişinin işini veya meşgalesini Birleşik Krallık'a hasreden bir koşul;

159

...

(2) Devlet Bakanı muhtelif zamanlarda (ve mümkün olduğu ilk anda) kanunların ifadelerini veya, bu Kanun uyarınca girişleri izne tabi olan kişilerin izninin geçerlilik süresi ve değişik durumlarda öngörülen ek şartlar da dahil olmak üzere Birleşik Krallık'a giriş ve kalmasını düzenleyen, kendisi tarafından yapılan ve bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin izlenecek prosedüre dair herhangi bir kanun değişikliğini Parlamento'ya sunacaktır;

...

(3) Birleşik Krallık'a sınırlı giriş veya kalma izni verildiği durumlarda, -

(a) bir kimsenin izni, süre sınırını kısıtlama, genişletme veya kaldırma ya da şartlara ekleme yapma, değişiklik yapma bunları ortadan kaldırma biçiminde değiştirilebilir, ancak süre üzerindeki sınırlama kaldırıldığı takdirde, izne bağlı tüm koşullar düşer.’

7. 1972 tarihli Giriş Sonrası Kontrole Dair Göçmen Kuralları Beyannamesi (‘1972 Göçmen Kuralları’) şunu öngörür:

## 'KISIM A. GİRİŞ VEYA KALMA İZİNİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ BÖLÜM I. GENEL

...

### Genel Mülahazalar

...

4. Müteakip paragraflar sınırlı giriş izni verilmiş ve izinlerinde değişiklik yapmayı isteyen kişilerin başlıca kategorileri ile bu kişilerin başvurularını değerlendirmede ya da izinlerinde herhangi bir değişiklik yapma girişiminde takip edilecek prensipleri ortaya koyar. Bu konuların karara bağlanmasında ilgili tüm vakıalar dikkate alınacaktır; başvuru sahibinin kendisinden beklenen kalma ya da kalma süresini uzatma kurallarının gerektirdiği resmi şartları yerine getirmiş olması onun lehine karar verilmesi için yeterli değildir. Örneğin, kişinin süre kısıtlamasına ve kabulünün şartlarına uyup uymaması; özellikleri, davranışları ve ilişkileri göz önüne alındığında kişinin kalmasına izin verilmesinin istenmiyor olması; ulusal güvenlik açısından kişinin bir tehlike oluşturması; veya talep ettiği süre kadar kalmasına izin verildiği takdirde, başka bir ülkeye geri dönmeme durumları ilgili sayılacaktır.

...

İşadamları ve serbest meslek sahibi kişiler

21. Ziyaretçi olarak giriş izni verilen kişiler ister kendi adlarına veya yeni ya da var olan bir işyerine ortak olmak suretiyle burada kendilerine iş kurmak amacıyla yerleşmek için Devlet Bakanı'nın iznine başvurabilirler. Buna dair her başvuru kendi esaslarına göre değerlendirilecektir. İznin verilmesi, başvuru sahibinin çıkarıyla orantılı bir miktar varlığını bu işe vakfettiğine, bu kişinin işin gerektirdiği ve kendi üzerine düşen sorumluluklarını yerine getirebildiğine, ve kendi payına düşen kazancın kendisini ve ona bağlı olanları geçindirmeye yeterli olduğuna dair kanıtları da içeren bir takım faktörlere bağlı olacaktır. Başvuru sahibinin işteki payı gizli işçiliğe tekabül etmemeli, ve bu kişi işini çalışma izni gerektiren bir işte işçi olarak çalışmak suretiyle takviye etmemelidir...'

8. 1972 Göçmen Kuralları'nın, Katma Protokol Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı açısından yürürlüğe girdiğinde -yani 1 Ocak 1973'te- yürürlükte olduğu üzerinde mutabık olunan bir husustur,

ve bu hükümler geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanabilmek için Katma Protokol'ün 41(1) Maddesine dayanan Türk vatandaşlarına uygulanır. Ulusal mahkemenin görüşüne göre, serbest meslek sahibi bir kişi olarak faaliyet göstermek için Birleşik Krallık'da kalma izni başvurularının incelenmesinde o dönemde yürürlükte olan 1972 Göçmen Kuralları, 2008 Göçmen Kuralları Beyannamesinden ('2008 Göçmen Kuralları') daha lehtedir.

Esas yargılamadaki anlaşmazlık ve ön karar için gönderilen soru

9. 27 Ekim 2000'de Bay Oğuz'a Birleşik Krallık'a öğrenci olarak giriş izni verilmiştir. Kendisine, sonuncusu 31 Ağustos 2006 da sona ermiş olan, müteaddit defalarca yenilenen öğrenci olarak kalma izni verilmiştir. İznin verilmesi Bay Oğuz'un '...İçişlerinden Sorumlu Devlet Bakanı'nın izni olmaksızın hiçbir işle veya meslekle iştigal etmeyeceği' şartına bağlı tutulmuştur.

10. 18 Ağustos 2006'da İçişleri Bakanlığı'nın Birleşik Krallık'daki çalışma izni başvurularını incelemekle yükümlü merci olan Çalışma İzinleri (Work Permits), Trade Link Limited Şirketine ('Trade Link') Bay Oğuz'a çalışma izni verilmesine dair yaptıkları başvuruyu kabul ettiklerini bildirdi. Akabinde, Bay Oğuz'a 29 Ağustos 2006'dan başlamak üzere beş yıllığına çalışma izni sahibi olarak yeniden kalma izni verilmiştir. Bu yeniden kalma izni kendisi Birleşik Krallık'a girdiği zaman verilen izne ilişik şartlarla aynı şartlara tabi tutulmuştur.

11. 16 Kasım 2006'da Bay Oğuz'a, finansal gerekçelerle iş akdinin derhal etkili olmak üzere sona erdirildiği Trade Link tarafından bildirmiştir. 14 Kasım 2007'de Bay Oğuz tarafından bir gazete için satış ve pazarlama yöneticisi olarak çalışabilmek için yapılan yeni çalışma izni başvurusu Çalışma İzinleri tarafından söz konusu pozisyon için aranan özelliklerin çok kısıtlayıcı olduğu ve bunların oturum hakkı olan işçileri başvurudan caydırabilecek nitelikte olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir.

12. 20 Mart 2008'de Bay Oğuz 1972 Göçmen Kuralları uyarınca serbest meslek sahibi bir kişi olarak Birleşik Krallık'da yeniden kalma izni için başvuruda bulunmuştur.

13. Yeniden kalma izni başvurusundan açıkça anlaşıldığı üzere 20 Mart 2008 tarihinde Bay Oğuz finansal hizmetler ve pazarlama danışmanı olarak kendi işini yapmaya evvelden başlamıştır. Bunu müteakiben Bay Oğuz işini Şubat 2008'de kurduğunu ve aynı yılın Mart ayında işletmeye

başladığını teyit etmiştir. Ancak 2 Eylül 2008'de Bay Oğuz kendi çalıştığı işini 11 Ağustos 2008'de durdurduğunu ve başvurusu hakkında bir karar verilene dek tekrar işletmeye niyeti olmadığını ilgili makamlara bildirmiştir.

14. Bay Oğuz'un yeniden kalma izni başvurusu Devlet Bakanlığı tarafından 21 Ekim 2008 tarihinde 2008 Göçmen Kuralları'na dayanarak reddedilmiştir. Ayrıca, Bay Oğuz'un mevcut kalma izni de bu izne ilişik şartların yerine getirilmesinin son bulması nedeniyle sona erdirilmiştir.

15. Reddin gerekçesi Bay Oğuz'un çalışma izni sahibi olarak evvelden kendisine verilmiş olan kalma iznine ilişik şartları ihlal ederek kendisine ait iş kurmuş olması ve Devlet Bakanlığı'na Trade Link ile olan iş sözleşmesinin sona erdirildiğini bildirmemiş olmasıydı. Bu tür ihlaller onu Katma Protokol Madde 41(1)'de yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaktan alıkoyan hileli veya kötü amaçlı harekete tekabül ettiği kabul edilmiştir.

16. Bay Oğuz bu kararı 4 Kasım 2008'de İltica ve Göçmen Mahkemesi'ne temyiz etti. 19 Ocak 2009 kararıyla Göçmen Yargıcı temyizi reddetti. Göçmen Yargıcı Bay Oğuz'un hileli hareket etmediğini ve Trade Link ile olan iş akdinin sona erdiğinin 1 Haziran 2007'de Devlet Bakanlığı'na bildirildiğini ortaya koymuştur. Ancak yine de, bir iş kurup işletmek suretiyle Bay Oğuz çalışma izni sahibi olarak kendisine verilen kalma iznine ilişik şartları ihlal etmiş olup, bu nedenle geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaya hakkı olmadığına kanaat getirilmiştir.

17. Bay Oğuz kararın tekrar gözden geçirilmesini talep etmiştir. 26 Haziran 2009 kararıyla Yüksek Göçmen Yargıcı, Göçmen Yargıcının hukuki bir hata yapmadığını ve buna göre Bay Oğuz'un temyiz talebinin reddi yönündeki kararın gerekçesinin doğru olduğunu hükme bağlamıştır.

18. 11 Kasım 2009'da, Bay Oğuz'a Temyiz Mahkemesi'ne (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) başvurma izni verilmiştir. İnsan hakları konusunda tavsiye verme amaçlı bir yardım kuruluşu olan Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye Merkezi'ne ulusal mahkeme nezdinde davalara katılma izni verilmiştir.

19. Mahkeme, Adalet Divanı'nın C-235/99 Kondova [2001] ECR I-6427 Davasındaki gerekçesinin önündeki davaya da uygulanıp uygulanamayacağını sormaktadır. Bu koşullar altında Temyiz



Mahkemesi (İngiltere ve Galler) (Hukuk Dairesi) davayı bekletmeye ve şu soruyu Adalet Divanı'na Ön Karar için göndermeye karar verir: 'Herhangi bir iş ya da meslek ile iştigal etmemek şartıyla Birleşik Krallık'da kalma izni verilmiş olan bir Türk vatandaşı, bu izni ihlal ederek iş kurup işletirse ve daha sonra ulusal makamlara kurulmuş olan işe dayanarak yeniden kalma başvurusunda bulunursa, bu kişi Katma Protokol'ün 41(1) Maddesinden faydalanabilir mi...?'

Ön Karar için gönderilmiş olan sorunun değerlendirilmesi

20. Sorusuyla Ulusal Mahkeme, herhangi bir iş ya da meslek ile iştigal etmemek şartıyla bir Üye Ülke'de kalma izni verilmiş olan bir Türk Vatandaşı, yine de bu şartı ihlal ederek kendi serbest işini kurup işlettiğinde ve daha sonra ulusal makamlara bir yandan işlemekte olan işe dayanarak yeniden kalma başvurusunda bulunduğu, Katma Protokol'ün 41(1) Maddesi bu kişi tarafından dayanak edilebilir şekilde mi yorumlanmalıdır diye sormaktadır.

21. Mahkeme tarafından sunulan dosyaya göre Bay Oğuz'un Katma Protokol'ün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralından faydalanmaya hakkı olmadığı takdirde serbest meslek sahibi bir kişi olarak yeniden kalma izni başvurusu 2008 Göçmen Kuralları uyarınca otomatik olarak reddedilecektir. Bunun aksine, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı uygulanırsa ilgili makamların Bay Oğuz'un başvurusunu 1972 Göçmen Kuralları uyarınca değerlendirmeleri gerekecektir.

22. Katma Protokolün 41(1) Maddesi, ev sahibi Üye Ülkenin bir parçası haline gelen yasa hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu ekonomik serbestilerden faydalanmak isteyen Türk vatandaşlarının söz konusu Üye Ülke'nin topraklarına ilk girişindeki içeriksel ve/veya prosedürel şartlar da dahil olmak üzere iş kurma serbestisi ve hizmet sağlama serbestisine ilişkin şartlara herhangi yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamaktadır (bakınız Dava C-16/05 Tüm ve Darı, [2007] ECR I-7415, paragraf 69, ve Dava C-92/07 Komisyon Hollanda'ya karşı [2010] ECR I-0000, paragraf 47).

23. Katma Protokol Madde 41(1)'in Üye Ülkelerde direkt etkili olduğu ve bu nedenle maddenin uygulandığı Türk vatandaşlarına sağlanan hakların ulusal kuralların tutarsız uygulamalarını engellemek için ulusal mahkemelerde öne sürülebildiği hukuken sabittir. Bu hüküm, âkit taraflarca hukuken yapmama ödevi teşkil eden bir yükümlülük ihtiva

eden, açıkça, net ve koşulsuz bir şüpheye mahal vermeyecek geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı ortaya koyar (bakınız Dava C-37/98 Savaş [2000] ECR I-2927, 46 ve 54. paragraflar arası, ve Dava C-228/06 Soysal ve Savatlı [2009] ECR I-1031, paragraf 45).

24. 1972 Göçmen Kuralları'nın kendisine uygulandığını temin etmek için Bay Oğuz'un Katma Protokol'ün 41(1) Maddesini ulusal mahkemeler huzurunda öne sürebilme hakkına, Devlet Bakanlığı'nca, bir kişi kendisinin serbest çalışmasını yasaklayan bir izin şartını ihlal ettiğinde serbest çalışmasına dayalı bir kalma izni başvurusunda bulunmasının hakların kötüye kullanılması teşkil edeceği gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bu tür bir kötüye kullanma söz konusu kişiyi geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralına dayanmaktan mahrum eder.

25. Divanın dava hukukundan da açıkça anlaşılacağı gibi AB hukuku kötüye kullanma ve hileli maksatlar için dayanak yapılamaz ve ulusal mahkemeler her bir davada ayrı ayrı –objektif kanıtlar ışığında– ilgili kişilerce kötüye kullanma ve hileli davranış olup olmadığına da bakar ve lüzum hasıl olduğu takdirde bu kişilerin AB hukuku hükümlerinden faydalanmalarını engeller. Ancak ulusal mahkemeler bu tür davranışları ilgili AB hukuku hükmünün güttüğü amaç ışığında değerlendirmelidir (bakınız Dava C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, paragraf 25, ve Dava C-436/00 X ve Y [2002] ECR I-10829, paragraf 42).

26. Katma Protokolün 41(1) Maddesinin bir Türk vatandaşına maddi bir hak sağlamadığının belirtilmesi önemlidir ki, olayımızda bu hak, ulusal hukuka tabi olan bir iş kurma hakkıdır (bakınız, o anlama gelen, Soysal ve Savatlı, paragraf 47).

27. Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, Üye Ülkeler ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki bu özgürlüğün aşamalı olarak teminini daha zor hale getirmemek için ulusal makamlar üzerinde onları bu özgürlüğün kullanılmasına ilişkin belirli bir dönemde var olan şartları daha da ağırlaştırıcı yeni engellemeler yaratmaktan men eden kesin bir yasak empoze etmek suretiyle iş kurma hakkının aşamalı olarak tesis edilebilmesi için gerekli koşulları yaratmak amaçındadır (bakınız Tüm ve Darı, paragraf 61, ve Birleşik Davalar C-300/09 Toprak ve Oğuz [2010] ECR I- 0000, paragraf 53).

28. Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan gibi bir geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, yerini aldığı ilgili maddi hukuku uygulanmaz

kılan bir maddi hukuk kuralı şeklinde işlemez, ve fakat, 'ratione temporis'i, bir Üye Ülkede iş kurma özgürlüğünü kullanmak isteyen bir Türk vatandaşının durumunu tayin etmek amacıyla başvuru bir Üye Ülke mevzuatının hükümlerini belirleyen yarı prosedürel bir kural olarak işler (Tüm ve Darı, paragraf 55).

29. Bu nedenle, gönderen mahkemenin elindeki bu davadaki geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı yalnızca ulusal makamların Bay Oğuz'un serbest iş sahibi bir kişi olarak yeniden kalma izni verilmesi başvurusu üzerine karar verirken esas alması gereken BK [Birleşik Krallık Ç.N.] göçmen kuralları hükümlerini tayin eder, ve asla bu başvurunun esaslarının değerlendirilmesi üzerine hüküm vermez.

30. Yazılı görüşlerini sunarken Bay Oğuz, kendisine atfedilebilecek herhangi bir kötüye kullanmanın daha sonraki bir aşamada ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre, yani 1972 Göçmen Kuralları uygulandığında göz önüne alınabileceğini belirtmiştir. Duruşmada BK Hükümeti bu kuralların 4. Paragrafının hakların kötüye kullanılmasını cezalandıran bir mekanizma ihtiva ettiğini teyit etmiştir.

31. Bu nedenle, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, Üye Ülkelerin ulusal hukuk çerçevesinde göçmenlikle ilgili kötüye kullanmayı cezalandırmasını engellemez.

165

32. Buna göre, geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı, dava konusu olayın esaslarının incelenmesinden evvelki aşamada ve ilgili tarafa yüklenebilecek bir kötüye kullanma olup olmadığına dair bir inceleme yapılmasından evvel uygulanır şeklinde anlaşılmalıdır.

33. Bu anlamda, Divan, bir Türk vatandaşının bir ülkede iş kurma başvurusu yaptığı zamanda o Üye Ülkenin topraklarında yasal kalma hakkı olup olmasının geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralının uygulanması konusunda ilgisi olmadığına hükmetmiştir (bakınız Tüm ve Darı, paragraf 59).

34. Sonuç olarak, dava hukuku açısından, Bay Oğuz gibi bir bireyin kalma iznine ilişkin şartlara uymamış olmasının Katma Protokol Madde 41 (1) in uygulanmasıyla bir ilgisi yoktur.

35. Ulusal mahkeme aynı zamanda Divan'ın Kondova'daki tespitlerinin asıl yargılamadaki uyumsuzluğa uygulanıp uygulanmayacağını da sorar.

36. Bir tarafta Avrupa Toplulukları ve bunların Üye Ülkeleri, diğer tarafta Bulgaristan Cumhuriyeti olmak üzere bir ortaklık kurulmasına

dair imzalanan ve Topluluk adına Konsey ve Komisyon'un 19 Aralık 1994 tarihli 94/908/AKÇT, AT, EURATOM Kararı (OJ 1994 L 358, p.0001; 'AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması') ile kabul edilen Avrupa Anlaşması'na ilişkin Kondova'da, Divan, eğer Bulgar vatandaşlarına ulusal göçmen mevzuatını evvelki ihlallerine bakılmaksızın ev sahibi ülkede iş kurmak için her zaman başvuru yapabilme izni verilirse, bu vatandaşların söz konusu ülkenin topraklarında yasadışı kalmaları ve o mevzuata göre maddi şartlar karşılanmadıkça ulusal kontrol sistemine tabi olmaktan kaçınmaları teşvik edilmiş olabilir şeklinde hükmetmiştir (bakınız Kondova, paragraf 77).

37. Divan, bu tür bir yorumun, AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması Madde 59(1)'in etkinliğini kaybettirmesi ve yabancıların kabulü ve yerleşmesine dair ulusal hukukun ihlallerine destek vererek kötüye kullanmalara yol açması tehlikesi yaratacağını belirtir (Kondova, paragraf 79).

38. Bu değerlendirmeler ışığında Divan, işçi ya da iş sahibi olarak bir Üye Ülkede çalışma niyetinde olan ama o Üye Ülkeye ilgili ulusal kontrollerden kaçmak için mevsimlik işçi olduğunu söylemek suretiyle yanlış beyanda bulunarak giren bir Bulgar vatandaşının söz konusu işbirliği anlaşması ile tanınan korumanın dışında kalacağını karara bağlamıştır (Kondova, paragraf 80).

39. Dava hukukuna dayanarak BK hükümeti Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralının bir kişi tarafından ulusal sistemin önceki kontrolünden uygunsuz bir şekilde kaçmak için kullanılamayacağı anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini öne sürmüştür. Gerçekten de Kondova'da Divan'ın belirttiği gibi eğer Türk vatandaşlarına ev sahibi ülkede yerleşmek için her zaman başvuru yapabilme izni verilirse, bu vatandaşlar ev sahibi ülkede yasadışı olarak kaldıkları sürede edindikleri müşteri ve iş birikimlerine veya belki de çalışarak orada edindikleri sermayeye dayanarak kendilerini ulusal makamlara AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması uyarınca hakları tanınması gereken muteber bir faaliyette bulunan serbest iş sahibi olarak çalışan bir kişi olarak ya da çalışması muhtemel bir kişi olarak göstermeleri mümkündür.

40. Bu tür bir iddia muvaffak olamaz.

41. Her şeyden önce, Kondova'daki hükme esas teşkil eden vakıaların göndermede bulunan mahkemece bakılan davanın vakıalarından ciddi bir biçimde farklı olduğunun altını çizmek gerekir.

42. Birleşik Krallık'a yasal olarak girme ve kalma izni verilmiş olan ve o Üye Ülkeye girişinden sekiz yıl sonra iş kurana kadar ulusal mevzuat tarafından getirilmiş şartları ihlal etmeyen Bay Oğuz'un aksine Bayan Kondova Birleşik Krallık'a girebilmek için kendisine Bulgaristan'da vize veren o Üye Ülkenin giriş müsaadesi memurunu ve Birleşik Krallık'a geldiğinde kendisini sorgulayan göçmen memurunu aldattığını kabul etmiştir.

43. Bu nedenle, söz konusu davranışla Bayan Kondova'nın konu Ülkenin sorumlu olduğu o Üye Ülkeye üçüncü ülke vatandaşlarının ilk girişlerine dair Birleşik Krallık kurallarını ihlal ettiği hususuna itiraz edilmemektedir.

44. Dahası, Kondova'da söz konusu olan hukuki çerçeve de farklıydı. Katma Protokolün 41(1) Maddesinin aksine, AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması 45(1) Maddesi, Bayan Kondova'nın davasında ihlal edilmiş olduğu ileri sürülen ve iş kurma başvurusunun esasları incelenirken esas alınacak olan bir maddi hukuk kuralıdır. Bu hüküm uyarınca her Üye Ülke kendi topraklarında iş kurmuş olan Bulgar vatandaşlarına kendi vatandaşlarından daha az gözetir bir muamelede bulunmamama hakkı tanır. Bu değerlendirmeler ışığında ve AT-Bulgaristan Ortaklık Anlaşması 45(1) Maddesinde geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı bulunmadığı göz önüne alındığında bu hükmün Katma Protokolün 41(1) Maddesinden yapısal olarak farklı olduğu kabul edilmelidir.

45. Bu koşullar altında Hukuk Sözcüsünün (Advocate-General Ç.N.) Görüşününün 58 ve 59 sayılı hususlarında işaret ettiği üzere, Divan'ın Kondova'da maddi haklardan yararlanılmasının hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilmesini kabul etmesi hayret verici değildir. Geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı maddi bir iş kurma hakkı tanımadığı ve Üye Ülkenin kendi vatandaşlarıyla eşit muamele öngörmediği için, Kondova'daki tespit, Katma Protokolün 41(1) Maddesinde yer alan gibi bir geriye dönük kötüleştirme yasağı kuralı davasına uyarlanamaz.

46. Yukarıdakiler ışığında sorunun cevabı, Katma Protokolün 41(1) Maddesinin, hiçbir iş ya da meslekle iştigal etmemek kaydıyla bir Üye Ülkede kalma izni olan, ancak bu hükmü ihlal ederek serbest iş kuran ve daha sonra ulusal makamlara o esnada kurmuş olduğu işe istinaden kalma izninin uzatılması için başvuran bir Türk vatandaşı tarafından dayanak yapılabileceği anlamında yorumlanması gerektiğidir.

#### Masraflar

47. Bu muameleler, asıl yargılamanın tarafları açısından ulusal mahkemede beklemekte olan davanın bir aşaması olduğundan masraflara ilişkin kararın verilmesi de o mahkemenin karar vereceği bir konudur. Tarafların masrafları hariç, Divan'a görüşlerin sunulmasına dair masraflar geri talep edilemez.

#### KARAR

Bu gerekçelerle Divan (İkinci Daire) şu kararı verir:

23 Kasım 1970'de Brüksel'de imzalanmış ve Topluluk adına 19 Aralık 1972'de 2760/72 sayılı (AET) Konsey Tüzüğü ile akdedilmiş, kabul edilmiş ve onaylanmış olan Katma Protokolün 41(1) Maddesi, hiçbir iş ya da meslekle iştigal etmemek kaydıyla bir Üye Ülkede kalma izni olan, ancak bu hükmü ihlal ederek serbest iş kuran ve daha sonra ulusal makamlara o esnada kurmuş olduğu işe istinaden kalma izninin uzatılması için başvuran bir Türk vatandaşı tarafından dayanak yapılabileceği anlamında yorumlanmalıdır.

**Karar Tarihi:** 21/07/2011

**Tevdi Tarihi:** 15/04/2010

#### Davadaki Atıflar:

Anlaşma	[21964A1229(01)]-A02P1	N	3
Anlaşma	[21964A1229(01)]-A04	N	4
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A01	N	4
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A41P1	N 1 5 19 21 -	46
Anlaşma	[21970A1123(01)]-A62	N	4
Karar	1964/732	[31964D0732]	N 3
Tüzük	No 2760/1972	[31972R2760]	N 1
Karar	1994/908	[31994D0908]	N 36
Karar	1994/908	[31994D0908]-A45P1	N 44
Karar	1994/908	[31994D0908]-A59P1	N 37

Dava	C-212/97	[61997J0212]	N	25
Dava	C-37/98	[61998J0037]	N	23
Dava	C-235/99	[61999J0235]	N 35 - 39	41
Dava	C-436/00	[62000J0436]	N	25
Dava	C-16/05	[62005J0016]	N 22 27 28	33
Dava	C-228/06	[62006J0228]	N 23	26
Dava	C-92/07	[62007J0092]	N	22
Dava	C-300/09	[62009J0300]	N	27
Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü 186/10 [62010C0186] N 45				

\*\*\*





## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN LİBYA HAKKINDAKİ 1973 (2011) SAYILI KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Naim DEMİREL\* –Arş.Gör. Miray AZAKLI\*\*

**Bu Karar<sup>1</sup> Güvenlik Konseyi'nin 6498'inci toplantısında 17 Mart 2011'de kabul edildi.**

*Güvenlik Konseyi,*

26 Şubat 2011 tarihli 1970 sayılı kararına dayanarak,

Libyalı yetkililerin 1970 sayılı kararı uygulamamalarını kabul etmeyerek, Durumun kötüleşmesi, şiddetin tırmanması ve sivillere ağır zararların verilmesinden duyduğu büyük endişeyi belirterek,

Libya halkını koruma sorumluluğunun Libyalı yetkililerde olduğunu yineleyerek ve sivillerin korunması için uygun adımları atma sorumluluğunu silahlı çatışmanın taraflarının taşıdığını onaylayarak,

Keyfi gözaltılar, cebri kaybolmalar, işkence ve toplu idamları içeren ağır ve sistematik insan hakları ihlallerini kınayarak,

Ayrıca Libyalı yetkililerce gazetecilere, medya mensuplarına ve ilgili personele karşı işlenen şiddet ve tehdit fiillerini kınayarak ve bu yetkililerden 1738 sayılı (2006) kararda altı çizilen, uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan zorunluluklara uymalarını talep ederek,

Libya Arap Cumhuriyeti'nde hali hazırda yapılmakta olan sivil halka yönelik yaygın ve sistematik saldırıların insanlığa karşı suç kabul edilebileceğini dikkate alarak,

Konsey'in Libya Arap Cumhuriyeti'nde gerekirse ek uygun önlemleri almaya, insani örgütlerin gelişini sağlamaya ve desteklemeye ve Libya'da

\* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hukuku Anabilim Dalı Başkanı - ndemirel@dogus.edu.tr -

\*\* Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası hukuk Anabilim Dalı Araş. Gör.. mirayazakli@gmail.com

<sup>1</sup> S/RES/1973 (2011)

insani yardım bulundurmaya hazır olduğunu belirttiği, 1970 sayılı karar (2011) 26'ncı paragrafını yineleyerek,

Sivillerin ve sivillerin bulunduğu alanların korunmasını, insani yardımın hızlı ve kesintisiz geçişini ve insani yardım personelinin güvenliğini sağlama konusundaki kararlılığını belirterek,

Libya Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelmiş ve gelmekte olan insan hakları ve uluslararası insancıl hukuka yönelik ciddi ihlallerin, Arap Devletleri Ligi, Afrika Birliği ve İslam Konferansı Örgütü Genel Sekreteri'nce kınandığı hatırlatılarak,

İslam Konferansı Örgütü'nün 8 Mart 2011 tarihli sonuç bildirgesini ve Afrika Birliği Barış ve Güvenlik Konseyi'nin Libya'da bir *ad hoc* Yüksek Düzeyli Komite kuran 10 Mart 2011 tarihli bildirgesini dikkate alarak,

Arap Devletleri Ligi Konseyi'nin 12 Mart 2011 tarihli Libya askeri uçakları için uçuşa yasak bölge ilan eden ve Libyalı halk ile Libya'da bulunan yabancı ülke vatandaşlarının korunması için emniyetli bölgeler tesis eden kararını nazara alarak,

Genel Sekreter'in 11 Mart 2011 tarihli acil ateşkes çağrısını dikkate alarak,

15 Şubat 2011'den bu yana Libya Arap Cumhuriyetinde süren durumun Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına sunulması kararını hatırlatarak ve deniz ve karadan saldırıları içeren ve sivilleri hedef alan saldırıların yargı önüne getirilmesi zorunluluğunu vurgulayarak,

Libya Arap Cumhuriyetindeki şiddetten kaçmak zorunda kalan mülteci ve yabancı işçilerin durumundan duyduğu endişeyi yineleyerek, bu mülteci ve yabancı işçilerin ihtiyaçlarını karşılayan komşu devletlerin, özellikle Tunus ve Mısır'ın bu çabalarını memnuniyetle karşılayarak ve uluslararası topluluğu bu çabaları desteklemeye çağırarak,

Libyalı yetkililerce paralı asker kullanımına devam edilmesini reddederek,

Libya hava sahasında tüm uçuşlar üzerine yasak konulmasının sivillerin korunmasında olduğu kadar insani yardımın güvenlik ve ulaşımı açısından da önemli bir unsur olacağı ve Libya'daki düşmanlıkların sona ermesi için önemli bir adım olacağı dikkate alınarak,

Libya Arap Cumhuriyetindeki yabancı uyruklular ve hakları için de duyduğu endişeyi belirterek,

Genel Sekreterce, Libya Özel Temsilcisi Abdel-Elah Mohamed Al-Khatib in görevlendirilmesini memnuniyetle karşılayarak ve Libya Arap Cumhuriyetindeki krize sürdürülebilir ve barışçıl bir çözüm bulma çabalarını destekleyerek,

Libya Arap Cumhuriyetinin egemenliği, bağımsızlığı, toprak bütünlüğü ve ulusal birliğine güçlü bağlılığını onaylayarak,

Libya Arap Cumhuriyetindeki durumun uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit oluşturmaya devam ettiğini belirleyerek,

Birleşmiş Milletler Şartı 7. Bölümü'ne dayanarak,

1. Şiddet kullanımının ve sivillere karşı yapılan bütün saldırı ve kötü muamelelerin tamamıyla sona erdirilmesini ve hemen ateşkes ilan edilmesini talep eder;

2. Krize Libya halkının meşru taleplerine cevap verecek bir çözüm bulunmasının önemini vurgular, barışçı ve sürdürülebilir bir çözüm için gerekli olan politik reformların sağlanması amacıyla BM Genel Sekreterinin Libya'ya temsilci göndermesi ve yine aynı şekilde Afrika Birliğinin Barış ve Güvenlik Konseyinin bir Ad-hoc Komisyon oluşturup Libya'ya göndermesi kararını kabul eder;

3. Libya idaresinden özellikle uluslararası insancıl hukuka, uluslararası insan hakları normlarına ve göçmenler hukukunun kurallarına yönelik sorumluluklarını yerine getirmesini ve bu bağlamda sivil halkın korunması ve temel ihtiyaçlarının karşılanması için hızlı ve engelsiz bir şekilde insani yardımların önünün açılmasının sağlanmasını talep eder;

### **Sivil Halkın Korunması**

4. Genel Sekretere bildirimde bulunan bütün üye devletleri tek başlarına ya da bölgesel organizasyonlar ya da düzenlemeler yoluyla ve Genel Sekreter ile işbirliği içinde tüm gerekli önlemleri almaya, 2011(1970) sayılı kararın 9.paragrafı göz önüne alınmaksızın, saldırı tehdidi altında olan sivil halkın ve Bingazi dahil olmak üzere Libya-Arap Cumhuriyeti'nde sivillerin yaşadığı alanların korunması için, Libya topraklarında herhangi bir şekilde yabancı işgalci güç oluşturmamak üzere yetkilendirir ve bu paragraf kapsamında verilen yetkiyi kullanan

ilgili üyelerin Genel Sekreteri hemen bilgilendirmelerini ve yine derhal Güvenlik Konseyine bilgi vermelerini ister;

5. Arap Devletleri Ligi'nin bölgede uluslar arası barış ve güvenliğin devamlılığı ile ilgili konulardaki önemli rolünü tanır ve BM Sözleşmesinin VIII Bölümü kapsamında Arap Devletleri Ligi üyelerinin diğer üye devletlerle 4. paragrafın icra edilmesi için işbirliği yapmasını ister;

### **Uçuş Yasağı Bölgesi**

6. Sivillerin korunmasına yardım etmek için Libya Arap Cumhuriyeti hava sahasındaki tüm uçuşlar üzerine yasak konulmasına karar verir;

7. Libya'da bulunan yabancıları taşıyan, yardım sağlayan, özellikle tıbbi malzeme , gıda ve insani yardım yapacak personeli taşıyan ve sadece insancıl hedefleri olan uçuşların 6.maddedeki yasak kapsamında olmadığına karar verir; yine 4.paragraf ya da 8.paragraf kapsamında izinli olan uçuşlar ile Devletlerce 8.paragraf kapsamında gerekli görülen ve Libya Halkının yararına olan uçuşlar ve 8.paragraf kapsamında oluşturulan mekanizma içerisinde olan uçuşların bu yasak kapsamında olmadığına karar verir;

8. Genel Sekretere ve Arap Devletleri Ligi Genel Sekreterine bildirimde bulunan üye devletleri, tek başlarına ya da bölgesel organizasyonlar veya düzenlemeler aracılığıyla 6.madde kapsamında koyulan uçuş yasağını uygulamak için gereken tüm önlemleri almak üzere yetkilendirir. Üye devletlerin bu yasağın uygulanması ve 6. ve 7. paragraflardaki hükümlerin yürütülmesi için yapacakları işleri Genel Sekreterin görüşünü de alarak Arap Devletleri Ligiyle işbirliği içinde yapmalarını ister;

9. Tek başına veya bölgesel organizasyonlar aracılığıyla hareket eden tüm üye devletlerden 4, 6,7,8 paragrafların icrası amacıyla hava sahalarından geçiş izni vererek yardım sağlamalarını ister;

10. İlgili üyelerden, insancıl uçuşların ve insanların nakli için yapılan uçuşların izlenmesi ve izni için gerekli olan pratik önlemler de dahil olmak üzere 4, 6,7,8 maddelerin icrası için alınan bütün önlemleri kendi aralarında ve Genel Sekreter ile işbirliği içinde yapmalarını ister.

11. İlgili üye devletlerin 8. Paragraf kapsamında verilen yetkinin icrası için eylemde bulunması halinde ve özellikle müdahale yapılması

planlanıyorsa BM Genel Sekreterini ve Arap Devletleri Ligi Genel Sekreterini bilgilendirmelerine karar verir.

12.Genel Sekreterin 8.madde kapsamındaki ilgili üye devletlerce alınan bütün önlemler hakkında Konseyi derhal bilgilendirmesini ve 7 gün içinde Konseye rapor vermesini ve bundan sonra her ay bu kararın yürütülmesi kapsamında yapılanlarla ilgili olarak ve özellikle 6.madde kapsamındaki uçuş yasağının herhangi bir şekilde ihlal edilmesiyle ilgili olarak bir uygulama raporu sunmasını ister.

### **Silah Ambargosunun Uygulanması**

13. 1970 sayılı kararın (2011) 11. paragrafının aşağıdaki şekilde değiştirilmesine karar verir:

Tüm devletleri, özellikle bölgedeki tek başına ya da bölgesel organizasyonlar veya düzenlemeler aracılığıyla hareket eden devletleri, 1970 sayılı kararın 9. Ve 10. Paragraflarınca konan silah ambargosunun katı şekilde uygulanmasını sağlamaya çağırır.

İlgili Devlet'i, paralı askerler de dahil olmak üzere, 1970 sayılı karar 9. Ve 10. Paragrafının (bu karar ile değiştirilmiş haliyle) tedariki, satışı, transferi veya ihracını yasakladığı öğeler içerdiğinden şüphelenilmesini gerektirecek makul nedenlerin bulunduğu dair bilgiye sahip olması halinde; limanlar ve hava alanları dahil olmak üzere ülkesinde ve Libya'dan gelen yahut Libya'ya giden açık denizdeki gemilerde ve hava araçlarında denetleme yapmaya çağırır. Bu gemi ve hava araçlarının bayrak devletlerini bu denetimlere yardımcı olmaya davet eder ve üye devletleri bu denetimleri yürütürken somut durum ile orantılı önlemler almak üzere yetkilendirir.

14. Açık denizlerde 13. Paragraf kapsamında hareket eden üye devletlerin hem birbirleriyle ve BM Genel Sekreteriyle işbirliği içinde olmalarını, hem de 13. paragraftaki yetkinin kullanılmasıyla ilgili alınan önlemler hakkında Genel Sekretere ve 1970 sayılı kararın 24. paragrafı ile kurulan Komite'ye derhal bilgi vermelerini ister.

15. Tek başına veya uluslararası organizasyonlar veya düzenlemeler aracılığıyla hareket eden her üye devletin, 13. Paragraf çerçevesinde denetim görevi üstlendiğinde Komiteye, denetimin sebepleri, sonuçları ve işbirliğinin sağlanıp sağlanmadığı hakkında derhal yazılı bir başlangıç raporu sunmasını ister ve eğer nakli yasak olan bir mal bulunursa bu üye devletlerden sonraki aşamada denetim, el koyma ve tasarrufla ilgili

detayları, malların çeşidi ve hangi ülkeden gelip nereye götürülmekte olduğu ile ilgili detayları içeren ikinci bir rapor sunmalarını ister.

16. Libya Arap Cumhuriyeti'ne paralı asker girişinin devam etmesini kabul etmeyerek, bütün üye devletlerin paralı askerlerin Libyaya girmelerini önlemek için 9.paragraftaki zorunluluklara katı şekilde uymasını ister.

### **Uçuş Yasağı**

17. Hiçbir devletin Libya devletine kayıtlı ya da Libya vatandaşlarının ya da şirketlerinin sahip olduğu ya da işlettiği uçakların kendi egemenlik sahalarından kalkış veya inişine ya da hava sahalarından geçişine izin vermemesine karar verir. Komite tarafından önceden izin verilmiş bazı uçuşlar ve zorunlu iniş halleri bunun istisnasıdır.

18. Eğer bir uçakla 9 ve 10. maddelerde yer alan yasak malların nakliye, satış, yada dışarıya çıkartılması söz konusuysa, hiçbir devletin bu uçaklara kendi hava sahasından uçuş yada kendi topraklarına iniş ve kalkış iznini vermemesine karar verir, bu uçaklarda silahlı paralı asker taşınması da aynı hükme tabidir. Zorunlu iniş hali istisna tutulmuştur.

### **Malların Dondurulması**

19. 1970 sayılı kararın 17, 19, 20 ve 21. paragrafları ile uygulamaya konan malların dondurulması kararının, kendi ülkelerinde bulunan, Komite'nin belirlediği direkt veya dolaylı olarak Libya otoritelerine ait olan veya Komite'nin belirlediği Libya otoritelerince kontrol edilen, Libya otoriteleri adına veya onların talimatıyla hareket eden kişi veya kuruluşlara, bunların sahibi olduğu veya kontrolünde olan kuruluşlara ait; tüm para kaynaklarına, diğer finansal varlıklara ve ekonomik kaynaklara uygulanmasına karar verir; ayrıca bütün devletlerin uyrukları veya ülkelerindeki kişi veya kuruluşlar tarafından tüm para kaynaklarının, finansal varlıkların ve ekonomik kaynakların Komite'nin belirlediği Libya otoritelerinin veya Komite'nin belirlediği onlar adına veya onların talimatıyla hareket eden kişi veya kuruluşların veya onların sahibi oldukları yahut onların kontrolünde olan kuruluşların yararına veya kullanımına açık hale getirilmesini önlemelerine karar verir ve Komite'den ilgili Libya otoritelerini, kişi veya kuruluşları bu kararın kabulü tarihinden itibaren 30 gün içinde ve gerekirse daha sonra da belirlemesini ister.

20. 17. paragraf kapsamında dondurulan malvarlığının mümkün olan en kısa zamanda Libya halkının yararına kullanılacağını beyan eder.

21. Bütün devletlerin, yapılan işin şiddet veya sivillere karşı güç kullanmaya yol açacağına dair haklı gerekçe oluşturan bir bilgiye sahip olmaları durumunda vatandaşlarını, kendi yargı yetkileri altında bulunan kişileri ülkelerinde kurulu veya yargı yetkileri altında bulunan firmaları Libyalı kurumlar ya da onlar namına iş yapan kişiler veya kurumlar ya da bunların kontrolü altında bulunan yerlerle iş yapmaları halinde, bu işten saldırı ve şiddet için faydalanılacak bir durumun oluşturulmaması için dikkatli olmaya çağrılarını ister.

### **Karara Konu Olanlar**

22. Liste I'de yer alan kişilerin 15 ve 16 maddede yer alan seyahat sınırlamasına tabi olduklarına karar verir. Liste II de yer alan kişi ve kurumların malvarlıklarının 17, 19, 20 ve 21'e göre dondurulacağına karar verir.

23. 15, 16, 17, 19, 20 ve 21. paragraflarda yer alan önlemlerin Konsey ya da Komite tarafından 1970 sayılı kararın hükümlerini - özellikle 9. ve 10. maddeleri- ihlal ettiği ya da bunun yapılmasına yardım ettiği belirlenen birey veya varlıklara da uygulanmasına karar verir

### **Uzmanlar Kurulu**

24. Genel Sekreter'den Komite'ye danışarak, görev süresi 1 yıl olmak üzere 8 kişilik bir uzmanlar kurulu kurmasını ister. Komite'nin idaresinde çalışacak olan bu grubun görevleri aşağıdaki gibidir:

a) 1970 sayılı kararın 24.maddesi ve bu kararla kurulan Komite'ye yardım etmek;

b) Devletlerden, BM'in yetkilin organlarından, bölgesel örgütlerden ve diğer ilgili taraflardan gelen 1970 sayılı kararın uygulaması hakkındaki bilgileri ve bu konudaki tedbirleri özellikle uygulama yapılmayan olayları toplamak, incelemek ve analiz etmek,

c) Uygulanan tedbirlerin iyileştirilmesi için uygun tedbirlerin icrasıyla ilgili Konseye, Komite'ye ve devlete gerekli tavsiyelerde bulunmak,

d) Uzmanlar grubunun tayininden itibaren en geç 90 gün içinde Konsey'e işler hakkında bir ara rapor sunmak ve en geç görevinin bitmesine 30 gün kala tavsiye ve tespitleri içeren bir sonuç raporu sunmak.

25. Bütün devletleri, BM yetkili organlarını ve diğer ilgili tarafları özellikle 1970 sayılı kararın ve bu kararın icrasıyla ilgili olarak alınan önlemler hakkında ve bilhassa ihlal olayları hakkında bilgi sağlamak konusunda Komite ve Bilirkişi Heyeti ile tam bir işbirliği yapmaya davet eder.

26. 1970 sayılı kararın 24 paragrafı ile düzenlenen Komite'nin görevlerinin, bu kararda kararlaştırılan önlemleri de içerebileceğine karar verir

27. Libya Arap Cumhuriyeti dahil olmak üzere bütün devletlerin, Güvenlik Konseyinin 1970 (2011) sayılı karar, bu karar ve ilgili kararlarda alınan önlemler dolayısıyla uygulaması zarar gören herhangi bir sözleşme veya başka bir hukuki işlemle bağlantılı olarak Libya otoriteleri, Libya Arap Cumhuriyetindeki bir kişi veya kurum veya bu kişi veya kurum vasıtasıyla veya onlar yararına hak ileri süren bir kişi tarafından herhangi bir hak iddia edilmemesi için gereken önlemleri almalarına karar verir.

178

28. Libya idaresinin eylemlerini takip edeceğini yineler ve herhangi bir zaman 1970 sayılı karar ve bu karar kapsamında alınan önlemleri gözden geçirmeye; Libya idaresininin tavrına göre bu önlemlerin artırılmasına, askıya alınmasına veya kaldırılmasına karar vermeye hazır olduğunu vurgular.

29. Güvenlik Konseyi'nce konunun aktif olarak gündemde tutulmasına karar verir.

\*\*\*



# HÜKÜMLÜLERİN NAKLINE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ<sup>1</sup>

## ÇEKİNCE VE BEYANLAR<sup>2</sup>

Çeviren: Dr. Hakan A. YAVUZ\*

Süleyman ÖZAR\*\*

Nurcan DÖNMEZ\*\*\*

### ALMANYA:

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Genel olarak Sözleşme hakkında:

Sözleşme'nin önsözüne uygun olarak, Almanya Federal Cumhuriyeti, Sözleşme'nin uygulanmasının sadece hükümlülerin sosyal rehabilitasyonuna değil aynı zamanda adaletin tecellisine de katkıda bulunması gerektiği şeklinde yorumlar. Benzer şekilde, Almanya, hükümlülerin nakline dair kararı ceza hukukunun üzerinde durduğu tüm cezai amaçlar temelinde her bir bireysel olayda alacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade - Maddeye ilişkindir.

<sup>1</sup> Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nce 21.03.1983 tarihinde Strasbourg'da kabul edilerek 01.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 19.06.1985 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanan sözleşme, 03.09.1987'de T.B.M.M. tarafından onaylanarak 01.01.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> Sözleşmenin 23.03.2011 tarihi itibarıyla çekince ve beyanlarına ilişkin bölümleri İngilizce aslından Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünde görevli Tetkik Hakimleri Dr. Hakan A. YAVUZ, Süleyman ÖZAR ve mütercim Nurcan DÖNMEZ tarafından gayri resmi olarak tercüme edilmiştir. Orjinal metine ulaşmak için bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=112&CM=8&CL=ENG>. Çalışmada ilgili ülkenin Türkiye dışında münhasıran başka ülke veya ülkeleri ilgilendiren çekince ve beyanları tercüme edilmemiştir.

\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü - Tetkik Hâkimi-hayavuz@gmail.com

\*\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü - Tetkik Hâkimi suleyman.ozar@adalet.gov.tr

\*\*\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü- Mütercim-Tercüman Ab125045@adalet.gov.tr

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti, Sözleşmenin sadece taraflar arasında hak ve borçlar doğurduğu ve Sözleşme nedeniyle hükümlülerin sübjektif hak iddiaları veya haklara sahip olamayacağı ve böyle hak iddiaları ve haklar yaratılamayacağı şeklinde yorumlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade - maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan**

Almanya Federal Cumhuriyeti, Sözleşme uyarınca cezaların infazı sorumluluğunu sadece aşağıdaki şartlarda alır:

- a) Cezanın, Almanya Federal Cumhuriyetinin taraf olduğu 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi ve ek Protokollerine uygun bir yargılamada verilmiş olması,
- b) Almanya Federal Cumhuriyetinde aynı suçtan kovuşturulan kişi hakkında bir hüküm ya da aynı etkiye sahip bir kararın verilmemiş olması,
- c) Cezanın infazının Almanya Federal Cumhuriyeti cari hukuku uyarınca veya dönüşüm kararı sonucunda zamanaşımına uğramamış olması.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti, Sözleşme uyarınca kararların infazını sadece aşağıdaki garantiler verildiği takdirde diğer üye Devletlere nakledecektir:

- a) Hükümlünün tesliminden önce işlenmiş olan ve nakline konu olan dışında bir suça ilişkin olarak bir ceza veya tutuklama emrinin infazı için kovuşturulması, mahkumiyeti, tutuklanması veya diğer şahsi özgürlüğün kısıtlanmasına maruz kalması sadece aşağıdaki durumlarda yapılabilir:
  - aa) Almanya Federal Cumhuriyetinin rızası halinde,

bb) Nakledilen kişinin, olanağı olmasına rağmen, nihai tahliyesinden sonraki 45 gün içinde İnfaz Devleti ülkesini terk etmemesi veya ülkeyi terk etmesinden sonra, tekrar geri dönmesi halinde,

ve

b) İnfaz Devleti, tekrar kovuşturmayacak veya karara konu olan suçla ilişkin yeni bir ceza uygulamayacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti, cezaların infazı sorumluluğunu sadece Alman Mahkemesinin, Hüküm Devletinde verilen kararın uygulanabilir olduğunu beyan etmesi şartıyla alacaktır. İnfazın kabul edilmesi şartlarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmesinde mahkeme kararda ortaya konan gerçekler ve hukuki değerlendirmelerden yola çıkacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyetinin Temel Kanunu'nun 116(1) maddesi anlamında “vatandaş” terimi, tüm Almanları kapsar.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti, yetkili Alman makamlarının görüşüne göre, infazın nakli talebinin önsel olarak reddedilmesi halinde, 4.2 madde ile 4.5 madde arasında öngörülen bilgileri dikkate almaz. Hükümlünün bilgilendirilmesi yükümlülüğün sadece ulusal kanun hükümleriyle uyumlu olması halinde mevcut olduğu ve özellikle, hükümlünün resmi iç usuller hakkında bilgilendirilme hakkı olmadığı şeklinde yorumlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 4. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Talepler sadece Almanya Federal Cumhuriyeti Länder (Eyalet adalet idaresi) adalet bakanlıkları tarafından veya bu bakanlıklara yapılabilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti kanunları uyarınca, rıza geri alınamaz.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 7. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti makamları, hükümlünün gözaltından kaçması veya İnfaz Devleti makamlarının kişiyi sorumluluğu altına almasından sonra ve cezanın infazının tamamlanmasından önce cezayı çekmekten kaçması halinde ve en kısa zamanda cezanın infazına devam etmek için tedbir alacaktır. Bu nedenle, hükümlünün, verilen veya İnfaz Devletinde çevrilen cezanın çekilmesi gereken süresinin yarısı bitmeden Almanya Federal Cumhuriyeti ülkesinde yakalanması halinde, kişinin kaçtığı düşünülecek ve 15. Maddede öngörülene ek olarak İnfaz Devleti hükümlünün şartla tahliye edildiği veya cezanın infazının başka sebeplerle kesildiği bilgisini göndermediği takdirde, sorgulama için kişi tutuklanacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 8. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyetinin federal yapısı ve Eyaletlerin özel aflara ilişkin kararlar açısından yetki sahibi olması karşısında, Almanya Federal

Cumhuriyeti, İnfaz Devletinin genel veya olay bazında beyanına dayanarak, İnfaz Devletinde özel affın sadece Alman özel af makamıyla mutabakat halinde verileceği şartıyla Sözleşme uyarınca başka bir üye Devlete kararın infazının nakli hakkını saklı tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 12. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan.**

Almanya Federal Cumhuriyeti, 16.2-a,b maddesi hükümleri uyarınca transit geçiş iznini reddetme olanağından yararlandığını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**31 Ekim 1991 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Daimi Temsilcilik tarafından teslim edilen mektubun içerdiği beyan – Orj. Alm./İng.**

Nakil talebi ve destekleyici belgelerin Almanca hazırlanmamış olması durumunda, talep ve belgeler Almanca veya Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümeyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1992 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ:**

**Amerika Birleşik Devletleri Başkonsolosunun 2 Eylül 1997 tarihli mektubuyla gönderilen, 3 Eylül 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'nin 3. Madde, 1(f) Fıkrası uyarınca, hem Hüküm hem de İnfaz Devleti hükümlünün nakli konusunda anlaşmalıdır. Amerika Birleşik Devletleri açısından, bir hükümlünün Amerika Birleşik Devletlerinin bir eyaletinde, o eyaletin kanunları uyarınca bir suçtan hüküm giymesi ve o eyaletin makamlarının gözetimi altında olması halinde, Birleşik Devletler Hükümeti, yetkili eyalet makamları rıza vermeden nakli kabul etmeyecektir.

Bu durumda, eyalet nakle rıza veren bir mevzuata sahip ve eyalet hükümeti bu yetkiyi belirli davalarda uygulamaya hazır olmalıdır.

Üye Devletler ve Sözleşme'nin diğer Taraflarının yararına, gözetimleri altındaki hükümlülerin naklinde yasal yetkiye sahip Birleşik Devletler eyaletlerinin cari bir listesi ektedir. Birleşik Devletler Hükümeti, Sözleşme uyarınca nakle katılım için gerekli kanuni yetkiyi almak üzere eyaletlerini teşvik etme çabalarını yinelemektedir.

Ancak belirtildiği üzere, bu yetkiye sahip eyaletlerde dahi, bir eyaletin kanunlarını ihlal etmekten mahkum edilen herhangi bir bireyin nakli için uygun eyalet makamlarının belirli rızası gerekecektir. Kanuni yetkinin varlığı rızanın olduğu anlamına gelmeyebilir; gerçekten de, rıza için kanuni yetkiye bakmaksızın çok az nakle izin veren veya hiç nakle izin vermeyen eyaletler vardır. Birleşmiş Devletler Hükümeti Sözleşme uyarınca eyaletlerin nakle katılımını şiddetle teşvik etse de, Birleşik Devletler Hükümeti, bir eyaletin kanunlarını ihlal etmekten hüküm giyen bir bireyin nakline rıza vermesi için o eyaleti zorlayamaz.

Birleşik Devletler Federal makamları, üye Devletler ve Sözleşme'nin diğer Taraflarına ilgili eyalet makamlarıyla iletişime geçmede yardımcı olmaya hazırdır ve bunun resmi nakil talebinin gönderilmesinden önce gayriresmi olarak yapılmasını önerir. Ek olarak, üye Devletler ve Sözleşme'nin diğer Tarafları, belirli bir bireyin naklinin uygunluğu konusunda ikna etmeye çalışmak üzere eyalet makamlarıyla doğrudan da iletişime geçebilirler.

Birleşik Devletler Merkezi Makamı International Prisoner Transfer Unit, Office of Enforcement Operations, Criminal Division, Department of Justice, Washington, D.C. 20530'dur. Eyaletler Listesi:

Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Northern Marianna Islands (U.S. Territory), Ohio, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Vermont (sadece Kanada), Virginia, Washington, Wisconsin and Wyoming.

**Geçerlilik dönemi: 3/9/1997 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

## **ANDORRA:**

### **13 Temmuz 2000 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

3. madde, 3. fıkra uyarınca, Andorra Prenslığı, İnfaz Devleti olduğunda, 9.1.b maddesinde öngörülen usullerin uygulanmasını hariç tuttuğunu beyan eder.

3. madde, 4. fıkra uyarınca, Andorra Prenslığı, Andorra vatandaşlığına dair “lei qualificada” (geçmesi için diğer kanunlardan daha yüksek çoğunluk gerektiren kanun) uyarınca, “vatandaş” teriminin suçun işlendiği sırada Andorra vatandaşı anlamına geldiğini beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/11/2000 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

### **13 Temmuz 2000 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

5. madde, 3. fıkra uyarınca Andorra Prenslığı, nakil taleplerinin Dışişleri Bakanlığı tarafından alınıp dağıtılacağını beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/11/2000 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

### **13 Temmuz 2000 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

17. madde, 3. fıkra uyarınca, Andorra Prenslığı, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Katalonca, İspanyolca veya Fransızca dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/11/2000 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

## **ARNAVUTLUK:**

### **4 Nisan 2000 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyanlar.**

3. madde, 3. fıkra uyarınca, Arnavutluk Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 9. madde, 1. fıkra, “a” bendinde sağlanan usullerin uygulanmasını hariç tutmak niyetinde olduğunu beyan eder.

3. madde, 4. fıkra uyarınca, Sözleşme amacıyla, “vatandaş” terimi, Arnavutluk vatandaşlarının yanı sıra Arnavutlukta daimi ikameti olan ülkesiz kişiler ve biri Arnavutluk olan çifte vatandaşlık sahibi kişiler anlamına gelir.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/2000 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**4 Nisan 2000 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

17. madde, 3. fıkra uyarınca, Arnavutluk Cumhuriyeti, hükümlülerin nakli talebi ve destekleyici belgelerin Arnavut diline veya Avrupa Konseyinin resmi dillerinden birine tercümesi ile birlikte gönderilmesi gerektirdiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/2000 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**AVUSTURYA:**

**9 Eylül 1986 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Avusturya, prensipte, 9. madde, 1. fıkra, b bendi ve 11. maddede değinilen usulleri uygular. Ancak, diğer Akit Tarafın 9. madde, 1. fıkra, b bendi ve 11. maddede değinilen usulü uygulamak istememesi durumunda ve naklin yararı üstün geldiğinde 9. madde, 1. fıkra, a bendi ve 10. maddede değinilen usullerin uygulanması göz ardı edilmez.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1987 –**

Yukarıdaki ifade 3 ve 9. maddelere ilişkindir.

**9 Eylül 1986 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Avusturya, hükümlülerin hava yolu ile transit geçişinden haberdar edilmeyi talep eder. Nakli gerçekleştirilecek kişi Avusturya vatandaşı ise, hava yoluyla transit geçişe izin verilmeyecektir.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1987 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**9 Eylül 1986 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**



Nakil talebi ve destekleyici belgeler Almanca, Fransızca veya İngilizce dillerinden birinde yazılmamışsa, bu dillerden birine çevirisiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1987 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**AZERBAYCAN:**

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği çekince.**

Azerbaycan Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 4. madde, 5. fıkrasında öngörülen usullerin uygulanmasının ulusal hukuka uygun olduğu takdirde gerçekleştirileceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 4. maddeye ilişkindir.

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Azerbaycan Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 9. madde, 1. fıkra b bendinde öngörülen usullerin tamamını hariç tuttuğunu beyan eder.

Bu Sözleşme amacıyla, Azerbaycan Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyetine ilişkin olarak “vatandaş” teriminin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasasının 52. maddesinde sözü edilen kişiler anlamına geldiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Azerbaycan Cumhuriyeti, bu Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin yazışmalar için Adalet Bakanlığı ve diplomatik kanalları kullanacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca, Azerbaycan Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti tarafından nakledilen hükümlülerin özel ve

genel aflarına ilişkin kararların ilgili Azerbaycan Cumhuriyeti yetkili makamları kabulünü gerektirdiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 12. maddeye ilişkindir.

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 16. madde, 7. fıkrası uyarınca, Azerbaycan Cumhuriyeti hükümlülerin bu ülke üzerinden yapılacak tüm transit geçişlerinin bildirilmesini ister.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**25 Ocak 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Azerbaycan Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Azeri diline tercümesiyle birlikte Fransızca veya İngilizce gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/2001 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**BAHAMALAR:**

**12 Kasım 1991 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşmenin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Bahama Adaları, bu madde ışığında ve 9. madde, 1. fıkra hususunda, Bahama Adalarının İnfaz Devleti olması durumunda Sözleşme'nin 9. madde, 1.fıkra, b bendinde öngörülen usullerin uygulanmasını hariç tuttuğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/3/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**12 Kasım 1991 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşmenin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Bahama Adaları, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İngilizce tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/3/1992 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddelere ilişkindir.

**12 Kasım 1991 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşmenin 5. madde, 2. fıkrası hükümleri uyarınca, Bahama Adaları, taleplerin gönderileceği ve alınacağı Merkezi Makamın “The Attorney General, Post Office Box N-3007 NASSAU, The Commonwealth of The Bahamas” olduğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/3/1992 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**12 Kasım 1991 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Bahama Adaları, 5. madde, 3. fıkra uyarınca, tarafların taleplere ve cevaplara ilişkin yazışmaların ve hukuki evrakların Diplomatik Kanal yoluyla gönderilmesini isteme hakkını kabul ettiğini de beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/3/1992 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**25 Mart 1992 tarihinde Bahamalar Büyükelçisinin Birleşik Krallık’a gönderdiği mektubun içerdiği ve1 Nisan 1992 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Sözleşme’nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Bahama Adaları Hükümeti “vatandaş” teriminin tanımına ilişkin katılım belgesinin tevdi sırasında yapmış olduğu Beyannamesini düzeltir (3. madde, 1.a fıkrası).

Bahama Adaları Hükümeti, şimdi, “vatandaş” teriminin (3. madde, 1.a fıkrası) “Bahamalar vatandaşı veya Bahamalar vatandaşı olan bir kişinin eşi olup Göçmen Yasası altında daimi ikamet sertifikası sahibi olan” anlamına geldiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1992 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**BELÇİKA:**

**6 Ağustos 1990 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında yapılan beyan.**

Belçika’nın İnfaz Devleti olduğu durumda Belçika 9. maddenin 1. fıkrasının b bendinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutma niyetindedir.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1990**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**6 Ağustos 1990 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında yapılan beyan.**

Belçika, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine veya Flemenkçe tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1990**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**BOLİVYA:**

**Bolivya Büyükelçiliğinin 30 Nisan 2004 tarihli Sözlü Notasının içerdiği ve 5 Mayıs 2004 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan – Orj. Fr./İsp.**

Sözleşme'nin 3. Madde, 4. Fıkrası uyarınca, Bolivya Devlet Siyasi Anayasası Başlık III, Bölüm 1 uyarınca bu konuma sahip kişileri vatandaşları olarak kabul eder.

190 **Geçerlilik dönemi: 1/6/2004 –**

Yukarıdaki ifade 3. Maddeye ilişkindir.

**Bolivya Büyükelçiliğinin 30 Nisan 2004 tarihli Sözlü Notasının içerdiği ve 5 Mayıs 2004 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Bolivya, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İspanyolca tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/6/2004 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Bolivya Büyükelçiliğinin 30 Nisan 2004 tarihli Sözlü Notasının içerdiği ve 5 Mayıs 2004 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Bolivya Cumhuriyeti Büyükelçiliği, Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşmeye ilişkin beyannamenin talihsiz bir idari dikkatsizlik sonucu iletiminin gecikmesinden müteessirdir. Fransa'daki Bolivya Cumhuriyeti Büyükelçiliği, çekinceler ve beyannamelerin formülasyonuna ilişkin

Sözleşme hükümlerine Akit Tarafların saygı göstermesi gerektiğini tanır. Ancak, beyannamelerin Sözleşmenin iç onayı sürecinde Bolivya Parlamentosu tarafından yapıldığının belirtilmesi gerekir. Bolivya Anayasası tarafından yetkili kılınan tek makam olan Parlamento bu nitelikteki uluslararası anlaşmaları onaylama hakkına sahiptir. Bunun sonucunda, bu bağlamda, beyannameler Parlamento kararının ayrılmaz bir parçasını oluşturur.

**Geçerlilik dönemi: 1/6/2004 –**

Yukarıdaki ifade - maddeye ilişkindir.

**Bolivya Büyükelçiliğinin 30 Nisan 2004 tarihli Sözlü Notasının içerdiği ve 5 Mayıs 2004 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan**

Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, Bolivya nakil talepleri işlemleri için Dışişleri ve İnanç Bakanlığını kullanacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/6/2004 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**BULGARİSTAN:**

**30 Eylül 1993 tarihinde imzada yapılan ve 17 Haziran 1994 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında teyit edilen beyan.**

Bulgaristan Cumhuriyeti, mevcut kanun uyarınca, Sözleşme'nin 9. madde, 1. fıkra a bendi ve 10. maddesinde öngörülen usulü uygulayacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1994 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**30 Eylül 1993 tarihinde imza sırasında yapılan ve 17 Haziran 1994 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında teyit edilen beyan.**

Bulgaristan Cumhuriyeti, nakilden sorumlu makamların kararı vermelerinden sonra ilgili kişinin rızasının geri alınamayacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1994 –**

Yukarıdaki ifade 7. maddeye ilişkindir.

**Bulgaristan Daimi Temsilciliğinin 7 Mart 2002 tarihli Sözlü Notasının içerdiği ve 11 Mart 2002 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Bulgaristan Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Bulgarca tercümeleriyle birlikte, bunun yokluğunda ise Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 11/3/2002 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**DANİMARKA:**

**Danimarka Daimi Temsilciliğinin 6 Ocak 1987 tarihli mektubunun içerdiği ve 16 Ocak 1987 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterlikte teslim edilen beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Danimarka yurtdışında verilen cezaların kendi ülkesinde yerine getirilmesinin cezanın çevrilmesine ilişkin Sözleşme'nin 9. madde, 1.b fıkrası ve 11. maddesi hükümleri uyarınca yerine getirileceğini ve çevirme kararının adli karar şeklini alacağını beyan eder. Bununla beraber, bir hükümlünün Danimarka'ya naklinin mümkün olmaması durumunda, 4 Haziran 1986 tarihli ve 323 sayılı Cezaların Uluslararası Yerine Getirilmesi vb. Kanununun 3. maddesi uyarınca, Danimarka Adalet Bakanlığının, yurtdışında verilen cezaların yerine getirilmesinin Sözleşmenin devam eden infaza dair 9. madde, 1.a fıkrası ve 10. maddesi uyarınca yerine getirilmesi konusunda karar vermesine izin verilmelidir. Bu durumda, cezayı Sözleşme'nin 10. madde, 2. fıkrası uyarınca kabul etmek gerekecek ve bu kabule ilişkin kararlar adli karar şeklini alacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 10, 3, 9. maddelere ilişkindir.

**Danimarka Daimi Temsilciliğinin 6 Ocak 1987 tarihli mektubunun içerdiği ve 16 Ocak 1987 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterlikte teslim edilen beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Danimarka, “vatandaş” teriminin (3. madde, 1.a fıkrası) Danimarka vatandaşı olan veya Danimarka Krallık'ında (Faroe Adaları ve Grönland dahil) sabit ikameti olan kişiler anlamına geldiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**Danimarka Daimi Temsilciliğinin 6 Ocak 1987 tarihli mektubunun içerdiği ve 16 Ocak 1987 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterlikte teslim edilen beyan.**

17. madde, 3. fıkra uyarınca, Danimarka, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Danca, Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine, veya Norveççe, İsveççe veya Almanca tercümesiyle birlikte gönderilmeleri gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Danimarka Daimi Temsilciliğinin 18 Ocak 1988 tarihli mektubunun içerdiği ve 19 Ocak 1988 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

20. madde, 2. fıkra uyarınca, Sözleşme 1 Mayıs 1988 tarihinde yürürlüğe girmek üzere Faroe Adaları için geçerlidir. Bu tarihten itibaren, Sözleşme, Grönland haricinde tüm Danimarka Krallık'ında uygulanabilir.

193

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**EKVADOR:**

**Ekvador Cumhuriyetinin 27 Haziran 2005 tarihli mektubunun içerdiği ve 12 Temmuz 2005 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterliğe teslim edilen beyan.**

Ekvador Cumhuriyeti nakil talebi ve destekleyici belgelerin İspanyolca tercümesiyle birlikte gönderilmeleri gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Ekvador Dışişleri Bakanının 19 Nisan 2006 tarihli mektubunun içerdiği, Fransa'daki Ekvador Büyükelçiliği tarafından gönderilen ve 22 Mayıs 2006 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, Ekvador Adalet İnsan Hakları ve İbadet Bakanlığının (\*) Sözleşme hükümleri uyarınca yapılan nakil

taleplerine ilişkin uygulamalar ve çözümlerden sorumlu yetkili olarak belirlendiğini beyan eder.

(\*) **Sekretaryanın Notu:** Fransa'daki Ekvador Büyükelçiliğinin 20 Eylül 2010 tarihli Sözlü Notasıyla güncellenen ve 21 Eylül 2010 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.

**Geçerlilik dönemi: 22/5/2006 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**ERMENİSTAN:**

**11 Mayıs 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşmenin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Ermenistan Cumhuriyeti, Sözleşme amacıyla, “vatandaş” teriminin suçun işlendiği sırada Ermenistan vatandaşı olan kişi anlamına geldiğini beyan eder.

Ancak, Ermenistan Cumhuriyeti, talep sırasında Ermenistan vatandaşı olması halinde, suçun işlenmesi sırasında Ermenistan vatandaşı olmayan kişinin Ermenistan Cumhuriyetine nakline izin verebilir.

194

**Geçerlilik dönemi: 1/9/2001 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**11 Mayıs 2001 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşmenin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Ermenistan Cumhuriyeti, hükümlülerin nakli talebi ve destekleyici belgelerin Ermeni diline veya Avrupa Konseyinin resmi dillerinden birine veya Rusça diline tercümesi ile birlikte gönderilmesi gerektirdiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/2001 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**ESTONYA:**

**28 Nisan 1997 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Estonya Cumhuriyeti, Estonya'ya gönderilen nakil talebi ve destekleyici belgelerin Estonca veya İngilizce tercümeleriyle birlikte gönderilmeleri gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/1997 –**



Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

### **FİNLANDİYA:**

#### **29 Ocak 1987 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

3. maddenin 4. fıkrası uyarınca, Finlandiya, “vatandaş” teriminden İnfaz Devleti vatandaşı veya İnfaz Devletinde ikameti olan yabancı anlamını çıkarır.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

#### **29 Ocak 1987 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

17. maddenin 3. fıkrası uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgeler Fince, İsveççe, İngilizce veya Fransızca olmalı veya bu dillerden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

### **FRANSA:**

#### **27 Nisan 1983 tarihinde imzada yapılan ve 11 Şubat 1985 tarihinde onay belgesinin tevdi sırasında yenilenen beyan.**

Fransız Hükümeti 9. madde, 3. fıkrayı ve 10. madde, 1. fıkrayı, sadece infaz devletinin bir hükümlüye yönelik cezanın infazının ertelenmesi ve hafifletilmesine ilişkin kararları almaya ve hüküm devleti mahkemesi tarafından verilen cezanın niteliğini ve süresini etkilemeksizin diğer infaz yöntemleri hakkında karar vermeye yetkili olduğunu belirtir şeklinde yorumlamaktadır.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 10, 9. maddelere ilişkindir.

#### **11 Şubat 1985 tarihinde onay belgesinin tevdi sırasında yapılan beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Fransa Hükümeti, diğer taraflarla ilişkisinde, 9. madde, 1. fıkra, b bendinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

## **GÜRCİSTAN:**

### **21 Ekim 1997 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Diğer devletlere ilişkin olarak Gürcistan, Gürcistan'ın infaz devleti olması halinde, 9. madde, 1. fıkra, a bendinin öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tutar.

### **Geçerlilik dönemi: 1/2/1998 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

### **21 Ekim 1997 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Gürcistan, işbu Sözleşme amacıyla, “vatandaş” teriminin Gürcistan vatandaşı olan kişiler ile Gürcistan ülkesinde sabit ikameti olan kişiler anlamına geldiğini beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/2/1998 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

## **196 21 Ekim 1997 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Gürcistan, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Gürcüce, İngilizce veya Rusça dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/2/1998 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

## **HIRVATİSTAN:**

### **Daimi Temsilcilik tarafından 27 Haziran 2001 tarihinde gönderilen ve 28 Haziran 2001 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyanda değişiklik.**

Hırvatistan Parlamentosu'nun 6 Nisan 2001 tarihli kararı uyarınca, Hırvatistan Cumhuriyeti'nin katılım belgesini tevdi ettiği tarihteki beyanında yer alan istisnaların bir bölümünü, Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca 10. maddenin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen usuller açısından Sözleşmenin uygulanmasını genişletmek amacıyla, geri alınmasına karar verdiğini bildirmekten onur duyuyorum.

Hırvatistan Cumhuriyeti katılım belgesini tevdi ettiği tarihteki beyanında değişiklik yapmıştır ve beyan aşağıdaki gibidir:

Sözleşmenin 3. maddesini 3. paragrafı *uyarınca*, *Hırvatistan Cumhuriyeti*, kendi ülkesi içinde yabancı bir ülkenin müeyyidelerinin uygulanmasında Sözleşmenin 9. maddesin 1.b bendi ve 11. maddesinde yer alan hükümlere *uygun* usullere bağlı kalacağını *beyan eder*.

Ancak bu, 9. maddede tanımlanan usule başvurulmasına bir istisna teşkil etmemektedir, örneğin, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası veya 2. fıkrası, *diğer* tarafın 9. maddenin 1.b bendinde ve 11. maddede *tanımlanan usulü* uygulamak *istememesi* halinde ve eğer söz konusu *nakil* için böyle gerekiyorsa uygulama alanı bulacaktır. *Bu durumda*, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası veya 2. fıkrası *uyarınca*, *nakil şartlarına* ve hüküm devletince verilen mahkumiyetin infazının devamına *bağlı olarak* mahkemece yaptırma hükmedilecektir.

Sözleşmenin 10. maddesinin 1. veya 2. fıkrasında öngörün usullerin *uygulanmasında*, hüküm devletince konulan *nakil* koşulları *uyarınca*, *Hırvatistan Cumhuriyeti* hüküm devletinin muvafakati olmaksızın Sözleşmenin 12. maddesinde *öngörülen haklarını* kullanmayacağına *karar verebilir.*”

**Geçerlilik dönemi: 28/6/2001 –**

Yukarıdaki ifade 10, 11, 3, 9. maddelere ilişkindir.

**HOLLANDA:**

**30 Eylül 1987 tarihinde tevdi edilen kabul belgesiyle birlikte gönderilen beyan.**

Hollanda Krallığına göre, “vatandaş” terimi 9 Eylül 1976 tarihli Molüklülerin (Moluccans) konumunu yöneten Kanun (Kanunlar, Emirler ve Kararnameler Bültenleri 468) hükümlerinin kapsadığı kişilerin yanı sıra, olağan ikamet yeri Krallık’ta olan yabancılar ve vatansız kişiler, ve Hollanda Hükümeti tarafından bu amaçla hüküm Devleti Hükümetine gönderilen açıklamaya göre, Sözleşme hükümleri gereğince, bir cezanın veya tedbirin infazı sonucunda Krallık’ta oturma hakkını kaybetmeyen kişileri kapsar.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**30 Eylül 1987 tarihinde tevdi edilen kabul belgesiyle birlikte gönderilen beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrasına ilişkin olarak: Krallık'a gönderilen belgeler Flemenkçe, Fransızca, İngilizce veya Almanca olmalı veya bu dört dilden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Hollanda Daimi Temsilciliğinin 12 Şubat 1996 tarihli Sözlü Notasının içerdiği, 28 Şubat 1996 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Hollanda Krallığı tarafından 30 Eylül 1987 tarihinde yaptığı beyan Hollanda Antilleri ve Aruba için geçerli olmaya devam eder.

(Sekretaryanın Notu – Beyan aşağıdaki gibidir:

Hollanda Krallığına göre, “vatandaş” terimi 9 Eylül 1976 tarihli Molüklülerin konumunu yöneten Kanun (Kanunlar, Emirler ve Kararnameler Bültenleri 468) hükümlerinin kapsadığı kişilerin yanı sıra, olağan ikamet yeri Krallık'ta olan yabancılar ve vatansız kişiler, ve Hollanda Hükümeti tarafından bu amaçla hüküm Devleti Hükümetine gönderilen açıklamaya göre, Sözleşme hükümleri gereğince, bir cezanın veya tedbirin infazı sonucunda Krallık'ta oturumunu kaybetmeyen kişileri kapsar.)

**Geçerlilik dönemi: 1/6/1996 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Hollanda Daimi Temsilciliğinin 12 Şubat 1996 tarihli Sözlü Notasının içerdiği, 28 Şubat 1996 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Hollanda Antilleri veya Aruban makamlarına yönelik belgeler Flemenkçe, İngilizce veya İspanyolca hazırlanmalı veya bu üç dilden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/6/1996 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

## **İNGİLTERE (BİRLEŞİK KRALLIK):**

**30 Nisan 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında genel Sekretere verilen, Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 30 Nisan 1985 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Birleşik Krallık, Birleşik Krallık'ın İnfaz Devleti olması halinde, 9.(1)(b) maddesinin öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tutmayı amaçlar.

**Kapsadığı dönem: 1/8/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. Maddelere ilişkindir.

**30 Nisan 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında genel Sekretere verilen, Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 30 Nisan 1985 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme amacıyla, Birleşik Krallık açısından, “vatandaş” Britanya vatandaşı veya Birleşik Krallık ile yakın bağları nedeniyle nakli Birleşik Krallık tarafından uygun görülen kişi ve 20.2 madde uyarınca bu Sözleşme'nin uygulama alanının o bölgeyi kapsayacak şekilde genişletilmesine ilişkin olarak, bu genişletme sırasında o bölgede vatandaş olarak tanımlanan kişi anlamına gelir.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**30 Nisan 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekretere verilen, Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 30 Nisan 1985 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Bir Devletin, bu madde uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgelerin kendi diline veya İngilizce dışında bir dile veya dillere tercümesiyle birlikte gönderilmesi beyanında bulunmuş olması halinde, Birleşik Krallık, karşılıklılık temelinde, bu Devletin nakil talebi ve destekleyici belgelerinin İngilizce diline tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/1985 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**30 Nisan 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekretere verilen, Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 30 Nisan 1985 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Birleşik Krallık, daha ileriki bir tarihte, Sözleşme’yi uluslararası ilişkilerinden Birleşik Krallık’ın sorumlu olduğu ülkelere genişletme hakkını saklı tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/8/1985 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 19 Ağustos 1986 tarihli mektubunun içerdiği, 22 Ağustos 1986 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

20. madde, 2. fıkra uyarınca, Birleşik Krallık Hükümeti adına, söz konusu Sözleşme’nin Man Adasını kapsadığını beyan ederim.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1986 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 19 Ağustos 1986 tarihli mektubunun içerdiği, 22 Ağustos 1986 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

200

3.4 maddesi uyarınca, Sözleşme amacıyla, “vatandaş”ın, Man Adasına ilişkin olarak, Britanya vatandaşı veya Man Adası ile yakın bağları nedeniyle nakli Birleşik Krallık tarafından uygun görülen kişi anlamına geldiğini beyan ederim.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1986 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 21 Ocak 1987 tarihli mektubunun içerdiği, 23 Ocak 1987 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Söz konusu Sözleşme’nin 20. madde, 2. fıkrası uyarınca, Birleşik Krallık Hükümeti adına, söz konusu Sözleşme’nin uygulanmasının Anguilla, Britanya Hint Okyanusu Bölgesi, Cayman Adaları, Falkland Adaları, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, Henderson, Ducie ve Oeno Adaları, St Helena, Ascension ve Tristan da Cunha (\*), ve Kıbrıs Adasındaki Akrotiri ve Dhekelia Egemenlik Bölgesi’ni kapsadığını beyan ederim.

**(Sekretarya Notu: Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 18 Kasım 2009 tarihli olan, 19 Kasım 2009 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen yazısına bakınız.)**

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 21 Ocak 1987 tarihli mektubunun içerdiği, 23 Ocak 1987 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Söz konusu Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Sözleşme amacıyla, “vatandaş” teriminin, Anguilla, Britanya Hint Okyanusu Bölgesi, Cayman Adaları, Falkland Adaları, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, Henderson, Ducie ve Oeno Adaları, St Helena, Ascension ve Tristan da Cunha (\*), ve Kıbrıs Adasındaki Akrotiri ve Dhekelia Egemenlik Bölgesi bölgelerinin her biriyle ilişkili olarak, Britanya vatandaşı veya o Bölgeyle ilişki nedeniyle Britanya'ya Bağlı Bölgeler Vatandaşı, veya o Bölgeyle yakın bağları nedeniyle nakli o Bölge Hükümetini yöneten görevli tarafından uygun görülen kişi anlamına geldiğini beyan ederim.

(\*) **Sekretaryanın Notu:** Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 18 Kasım 2009 tarihli olan, 19 Kasım 2009 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen yazısına bakınız.)

201

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1987 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 31 Ağustos 1988 tarihli mektubunun içerdiği, 2 Eylül 1988 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

20. madde, 2. fıkra uyarınca, Birleşik Krallık adına, Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'nin uygulamasının Britanya Virgin Adalarını kapsadığını beyan ederim.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1988 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 31 Ağustos 1988 tarihli mektubunun içerdiği, 2 Eylül 1988 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Söz konusu Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Sözleşme amacıyla, “vatandaş” teriminin, Britanya Virgin Adaları ile ilişkili olarak, Britanya vatandaşı veya o Britanya Virgin Adaları ile ilişki nedeniyle

Britanya'ya Bağlı Bölgeler Vatandaşı, veya Britanya Virgin Adaları ile yakın bağları nedeniyle nakli Britanya Virgin Adaları Hükümetini yöneten görevli tarafından uygun görülen kişi anlamına geldiğini beyan ederim.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 19 Haziran 1997 tarihli mektubunun içerdiği, 19 Haziran 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Britanya Dışişleri Bakanı tarafından şu anda Hong Kong için geçerli olan 21 Mart 1983 tarihinde Strasbourg'da imzalanan Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'ye değinme talimatı aldım.

19 Aralık 1984 tarihinde imzalanan Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti'nin Hong Kong Sorununa İlişkin Ortak Beyannamesi uyarınca, Birleşik Krallık Hükümetinin Hong Kong'u 1 Temmuz 1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Çin Halk Cumhuriyetine devredeceğini bildirme talimatı da aldım. Birleşik Krallık Hükümeti'nin o tarihe kadar Hong Kong'un uluslararası sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle, o tarihten itibaren, Birleşik Krallık Hükümeti'nin Sözleşme'nin Hong Kong'a uygulanmasından doğan uluslararası haklar ve yükümlülüklerinden sorumluluğu sona erecektir.

Bu Notun içeriğinin resmi olarak kayıtlara geçmesinden ve diğer Akit Tarafların dikkatine sunulmasından memnuniyet duyuyorum.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1997 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 9 Eylül 2002 tarihli mektubunun içerdiği, 10 Eylül 2002 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti, Birleşik Krallık'ın Sözleşme tasdikinin, uluslararası ilişkilerinden Birleşik Krallık'ın sorumlu olduğu şu bölgeyi kapsamasını ister: Bermuda

**Geçerlilik dönemi: 1/1/2003 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.



**Birleşik Krallık'ın 20. maddeye ilişkin Mauritius'un bulunduğu beyana karşı beyanı tercüme edilmemiştir.**

**Birleşik Krallık Daimi Temsilciliğinin 18 Kasım 2009 tarihli mektubunun içerdiği, 19 Kasım 2009 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen yazı.**

St Helena, Ascension ve Tristan da Cunha Anayasa Emri 2009 (Birleşik Krallık Kanun Hükmünde Kararnamesi 2009/1751) uyarınca, daha önce “St Helena ve Bağımlıları” olan Britanya denizaşırı bölgesinin adının “St Helena, Ascension ve Tristan da Cunha” olarak değiştiğini bildirmekten onur duyarım. Bölgenin Britanya denizaşırı bölgesi olma durumu değişmemiştir ve dolayısıyla Birleşik Krallık bölgenin dış işlerinden sorumlu olmaya devam eder. Anlaşmalar, St Helena, Ascension ve Tristan da Cunha'yı St Helena ve Bağımlılarını kapsadığı ölçüde kapsamaya devam eder.

**Geçerlilik dönemi: 19/11/2009 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**İRLANDA:**

**31 Temmuz 1995 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Hapis koşullarındaki baskıdan dolayı, İrlanda'ya nakil başvuruları konusunda karar verirken, İrlanda,

a) Hapishanede mevcut yer açıklığı çerçevesinde, içe naklin dışa nakli aşmasını sınırlama hakkını saklı tutar ve

b) Başvuranların İrlanda ile bağlarının yakınlık derecesini birincil önem olarak değerlendirecektir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1995 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Temmuz 1995 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İrlanda, İrlanda'nın İnfaz Devleti olduğu durumda, 9.1.b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1995 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**31 Temmuz 1995 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Bu Sözleşme amacıyla, “vatandaş” terimi, İrlanda ile ilişkili olarak, İrlanda vatandaşı veya kişinin İrlanda ile yakın bağlantıları nedeniyle İrlanda tarafından İrlanda’ya nakli uygun görülen kişi anlamına gelir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1995 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**31 Temmuz 1995 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

9. madde, 4. fıkra hükümleri uyarınca, İrlanda Sözleşme’yi mahkemeler tarafından cezai yargı yetkisinin kullanımı sırasında verilen emir gereğince hastanede veya diğer kurumlarda tutulan kişilere uygulayabilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1995 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

**İSPANYA:**

**10 Haziran 1983 tarihinde Sözleşme’nin imzalanması sırasında yapılan ve 11 Mart 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında yinelenen beyan .**

İspanya, diğer Taraflarla olan ilişkilerinde 9.1-b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**10 Haziran 1983 tarihinde Sözleşme’nin imzalanması sırasında yapılan ve 11 Mart 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında yinelenen beyan.**

Sözleşme amacıyla, İspanya, İspanyol Medeni Kanunu’nun (Kısım I, Başlık I) bu niteliği verdiği herkesi vatandaş olarak kabul eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**10 Haziran 1983 tarihinde Sözleşme'nin imzalanması sırasında yapılan ve 11 Mart 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında yinelenen beyan.**

16.7 maddesi amacıyla, İspanya, ülkesi üzerinden hava yoluyla hükümlülerin transit geçişinden bilgilendirilmeyi talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**10 Haziran 1983 tarihinde Sözleşme'nin imzalanması sırasında yapılan ve 11 Mart 1985 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında yinelenen beyan.**

İspanya, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İspanyolcaya tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**İspanya Daimi Temsilciliğinin 5 Haziran 1987 tarihli mektubunun içerdiği, 9 Haziran 1987 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Hükümlülerin Nakline dair Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine ilişkin olarak, Merkezi Makamın aşağıdaki olduğunu bildirmekten onur duyuyorum:

Secretario General Técnica

Ministerio de Justicia

San Bernardo, 47

28015 MADRID

**Geçerlilik dönemi: 9/6/1987 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**Daimi Temsilciliğin 21 Ekim 1994 tarihli mektubunun içerdiği, 21 Ekim 1994 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

İspanya, İnfaz Devleti olması halinde, 9.1.b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tuttuğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 21/10/1994 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

## **İSRAİL:**

### **24 Eylül 1997 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrasına uygun olarak, İsrail, Sözleşme'nin 9. madde, 1. fıkra, a bendi ve 10. maddesi uyarınca, hapis cezası veren bir yabancı kararın veya bakiye cezanın çekilmesine ilişkin yabancı kararının İsrail'de infazının, İsrail'de bir mahkemenin hapis cezasının veya bakiye hapis cezasının İsrail'de infazına karar vermesi sonrasında devam edeceğini beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/1/1998 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

### **24 Eylül 1997 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrasına uygun olarak, İsrail, “vatandaş” teriminin, bu Sözleşme amacıyla, suçun işlenmesi sırasında İsrail vatandaşı olan kişi anlamına geldiğini beyan eder. Ancak, İsrail, takdir yetkisinde olmak üzere, talep sırasında vatandaşı olduğu takdirde, suçun işlendiği sırada vatandaşı olmayan kişinin İsrail'e nakline izin verebilir.

### **Geçerlilik dönemi: 1/1/1998 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

### **24 Eylül 1997 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrasına uygun olarak, İsrail, bir kararın İsrail'de infazı talebinin veya bu talebe ilişkin belgelerin İbraniceye veya İngilizceye tercümesini talep eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/1/1998 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

### **24 Eylül 1997 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 9. madde, 4. fıkrasına uygun olarak, İsrail, zihinsel durumları nedeniyle suçun işlenmesinden cezai olarak sorumlu tutulamayan kişilere Sözleşme'yi uygulayabileceğini, ve bu kişileri kabul etmeye ve daha ileri tedavi görecekları bir yerde tutmaya hazır olacağını beyan eder.

### **Geçerlilik dönemi: 1/1/1998 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

## **İSVEÇ:**

### **9 Ocak 1985 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsveç Hükümeti, ülkesi açısından, “vatandaş” teriminin, Sözleşme amacıyla, İnfaz Devletinde meskun yabancıları da kapsayacak şekilde ele alınması gerektiğini beyan etmiştir.

#### **Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

### **9 Ocak 1985 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsveç Hükümeti, ülkesi açısından, belirtilen fıkrada belirtilen durumlarda cezanın çevrilmesinin uygulanabileceğini beyan etmiştir.

#### **Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

### **9 Ocak 1985 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsveç Hükümeti, İsveç’e gönderilen talepler ve bilginin – Danca, İngilizce, Norveççe veya İsveççe yazılmamış olması halinde – İsveççeye veya İngilizçeye tercüme edilmiş olması gerektiğini beyan etmiştir.

#### **Geçerlilik dönemi: 1/7/1985 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**İsveç Hükümetinin, 4. maddeyle ilgili olarak Azerbaycan çekincesine karşı beyanı tercüme edilmemiştir.**

## **İSVİÇRE:**

### **15 Ocak 1988 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsviçre, İnfaz Devleti olduğu durumlarda, 9.1.b maddesinin öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tutar.

#### **Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**15 Ocak 1988 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan ve İsviçre Daimi Temsilciliğinin 23 Ocak 2002 tarihli mektubuyla, isimlendirmeye ilişkin, 29 Ocak 2002 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen güncelleme.**

İsviçre, 5.3 maddesi uyarınca, Adalet ve Polis Federal Departmanı, Federal Adalet Ofisinin (“Office fédéral de la justice”) aşağıdakileri göndermede ve almada yetkili makam olduğunu beyan eder:

- 4. madde, 2 ve 4. fıkralarda belirtilen bilgi;
- 2. madde, 3. fıkra ve 5. madde, 4. fıkrada belirtilen nakil talepleri ve cevaplar;
- 6. maddede belirtilen destekleyici belgeler;
- 14 ve 15. maddelerde belirtilen bilgi;
- 16. maddede belirtilen transit geçiş talebi ve cevapları.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**15 Ocak 1988 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsviçre, 6.2-a maddesini kararın onaylı örneğinin, onun uygulanabilirliğini tasdik eden bir sertifika ile birlikte gönderilmesi gerektiği şeklinde yorumlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 6. maddeye ilişkindir.

**15 Ocak 1988 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan ve İsviçre Daimi Temsilciliğinin 23 Ocak 2002 tarihli mektubuyla, isimlendirmeye ilişkin, 29 Ocak 2002 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen güncelleme.**

İsviçre, nakil talebinin, ilgili Devletlerin anlaşmaları uyarınca, Federal Adalet Ofisinin nakil kararı verdiği andan itibaren geri alınamaz olduğunu kabul eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 7. maddeye ilişkindir.

**15 Ocak 1988 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

İsviçre, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Fransız, Alman veya İtalyan dillerinden birinde hazırlanmamaları halinde, bu dillerden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelerini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

### **İTALYA:**

**30 Haziran 1989 tarihinde tasdik belgesinin tevdiî sırasında Genel Sekretere verilen İtalya Daimi Temsilcisinin aynı tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, İtalya Cumhuriyeti Sözleşme'nin 9. madde, 1.b fıkrasının öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1989 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**30 Haziran 1989 tarihinde tasdik belgesinin tevdiî sırasında Genel Sekretere verilen İtalya Daimi Temsilcisinin aynı tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

3. madde, 4. fıkra uyarınca, İtalya Cumhuriyeti açısından “vatandaş” terimi, bu Sözleşme amacıyla, ayrıca İtalya Devleti ülkesinde ikamet eden vatansız kişileri de kapsar.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1989 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**30 Haziran 1989 tarihinde tasdik belgesinin tevdiî sırasında Genel Sekretere verilen İtalya Daimi Temsilcisinin aynı tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

17. madde, 3. fıkra uyarınca, İtalya Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İtalyancaya veya Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1989 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

### **İZLANDA:**

**6 Ağustos 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdiî sırasında Genel Sekretere verilen İzlanda Daimi Temsilcisinin Sözlü Notasının içerdiği beyan.**

3. madde, 4. fıkra hükümleri uyarınca, İzlanda “vatandaş” teriminin (3. madde, 1.a fıkrası), bu Sözleşme amacıyla, İzlanda vatandaşlığı sahibi

kişiler veya İzlanda Cumhuriyetinde sabit ikametgahı olan kişiler anlamına geldiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**6 Ağustos 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen İzlanda Daimi Temsilcisinin Sözlü Notasının içerdiği beyan.**

9. madde, 3. fıkra hükümleri uyarınca, İzlanda, akıl hastalığı olan kişilerin koruyucu tutukluluk altına alma veya hastaneye yatırma hakkını saklı tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1993 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

**6 Ağustos 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen İzlanda Daimi Temsilcisinin Sözlü Notasının içerdiği beyan.**

17. madde, 3. fıkra hükümleri uyarınca, İzlanda nakil talebi ve destekleyici belgelerin İzlandaca, İngilizce, Danca, Norveççe veya İsveççeye tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1993 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**JAPONYA:**

**17 Şubat 2003 tarihinde katılım belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Japonya Avrupa Konseyi Daimi Gözlemcisi, Japonya Başkonsolosunun 17 Şubat 2003 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Japonya, Japonya'nın İnfaz Devleti olduğu hallerde, 9. madde, 1(b) fıkrasında öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutmayı amaçlar.

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Sözleşme amacıyla, "vatandaş" terimi, Japonya'ya ilişkin olarak, Japon vatandaşı veya "Japonya ile Barış Anlaşmasına Dayanarak Japon Vatandaşlığını Kaybedenlerin Göç Kontrolü Özel Kanunu" uyarınca öngörülen "özel kalıcı oturma izinli" kişi anlamına gelir.



**Geçerlilik dönemi: 1/6/2003 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**17 Şubat 2003 tarihinde katılım belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Japonya Avrupa Konseyi Daimi Gözlemcisi, Japonya Başkonsolosunun 17 Şubat 2003 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 5. Madde, 3. Fıkrası uyarınca, acil ve olağanüstü durumlar haricinde yazışmalar diplomatik kanaldan yapılır.

**Geçerlilik dönem: 1/6/2003 –**

Yukarıdaki ifade 5. Maddeye ilişkindir.

**17 Şubat 2003 tarihinde katılım belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Japonya Avrupa Konseyi Daimi Gözlemcisi, Japonya Başkonsolosunun 17 Şubat 2003 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Japonya nakil talebi ve destekleyici belgelerin Japonca veya İngilizce tercümeleriyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/6/2003 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**KORE:**

**20 Temmuz 2005 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Kore Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyetinin İnfaz Devleti olduğu hallerde, 9. madde, 1(b) fıkrasında öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutmayı amaçlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**20 Temmuz 2005 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, Kore Cumhuriyeti, acil ve diğer olağanüstü durumlar haricinde diplomatik kanalın kullanılacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**20 Temmuz 2005 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 16. madde, 7. fıkrası uyarınca, Kore Cumhuriyeti, iniş planlanmamış olsa dahi ülkesi üzerinden hava yolu ile hükümlü transiti durumunda önceden bilgilendirilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**20 Temmuz 2005 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Kore Cumhuriyeti nakil talebi ve destekleyici belgelerin Korece veya İngilizce tercümeleriyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**20 Temmuz 2005 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Kore Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti cari hukuku uyarınca, ilgili kişinin rızasının, bu kişi tarafından imzalanmış yazılı belge yoluyla Kore Cumhuriyeti yetkili makamları tarafından onaylandıktan sonra geri çekilemeyeceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2005 –**

Yukarıdaki ifade 7. maddeye ilişkindir.

**LETONYA:**

**2 Mayıs 1997 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Letonya Dışişleri Bakanlığının 17 Nisan 1997 tarihli Sözlü Notasının içerdiği beyan – Orj. İng.**

1983 tarihli Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Letonya Cumhuriyeti, Sözleşme anlamı içinde, "vatandaş" terimini Letonya Cumhuriyeti vatandaşları ve Letonya veya

Herhangi Başka bir Devletin Vatandaşı Olmayan Eski SSCB Vatandaşı Statüsü Kanunu'na tabi vatandaş olmayan kişiler olarak tanımlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1997 –**

Yukarıdaki ifade 3. Maddeye ilişkindir.

**2 Mayıs 1997 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekretere verilen Letonya Dışişleri Bakanlığının 17 Nisan 1997 tarihli Sözlü Notasının içerdiği beyan.**

1983 tarihli Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, Letonya Cumhuriyeti, nakil taleplerinin Letonya Cumhuriyeti Başsavcılığına hitaben gönderilmesi gerektiğini belirtir.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1997 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**2 Mayıs 1997 tarihinde tasdik belgesinin tevdii sırasında Genel Sekretere verilen Letonya Dışişleri Bakanlığının 17 Nisan 1997 tarihli Sözlü Notasının içerdiği beyan.**

1983 tarihli Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Letonya Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İngilizce tercümeleriyle birlikte gönderilmelerini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1997 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**LİHTENŞTAYN:**

**14 Ocak 1998 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Lihtenştayn Prensiği, Sözleşme'nin 9.1.b maddesinin öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1998 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**14 Ocak 1998 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği ve Lihtenştayn Daimi Temsilciliğinin 7 Şubat 2005 tarihli Sözlü Notasıyla güncellenen ve 8 Şubat 2005 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Lihtenştayn Prenslığı, 5.3 maddesi uyarınca, aşağıda talepleri gönderecek ve alacak Merkezi Makamı beyan eder:

Ressort Justiz, Regierungsbäude, FL – 9490 Vaduz Liechtenstein

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1998 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**14 Ocak 1998 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Lihtenştayn Prenslığı, 6.2 maddesini kararın onaylı örneğinin uygulanabilirliğini tanıyan bir sertifika ile gönderilmesi gerektiği şeklinde yorumlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1998 –**

Yukarıdaki ifade 6. maddeye ilişkindir.

**14 Ocak 1998 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Lihtenştayn Prenslığı, Lihtenştayn Prenslığıne hitaben gönderilen nakil talebi ve destekleyici belgelerin Almanca hazırlanmamış olması halinde bu dile tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/5/1998 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**LİTVANYA:**

**24 Mayıs 1996 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme amacıyla, Litvanya Cumhuriyeti “vatandaş” terimini İnfaz Devletinin kanunlarına göre o Devletin vatandaşı olan kişi şeklinde yorumlar.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1996 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**24 Mayıs 1996 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 5. madde, 2. fıkrasında belirtilen nakle ilişkin yazışma kanallarını kullanma olanağını benimsemekle birlikte, Litvanya Cumhuriyeti nakil taleplerini ve buna ilişkin cevapları diplomatik kanal yoluyla gönderme olanağını reddetmez.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1996 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**24 Mayıs 1996 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Litvanya Cumhuriyeti yetkili makamları, iniş planlanmamış olsa dahi ülkesi üzerinden hava yolu ile hükümlü transiti durumunda önceden bilgilendirilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1996 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**24 Mayıs 1996 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Litvanya Cumhuriyeti ülkesi yoluyla hükümlülerin transit geçişine ilişkin tüm nakil talepleri ve destekleyici belgeler Litvanya diline veya Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/1996 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**LÜKSEMBURG:**

**9 Ekim 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesiyle gönderilen beyan – Orj. Fr.**

215

Lüksemburg Büyük Dukalığı, İnfaz Devleti olarak, diğer Taraflara ilişkin 9.1.b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutmayı amaçladığını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**9 Ekim 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesiyle gönderilen beyan.**

Lüksemburg Büyük Dukalığı, Sözleşme'nin 17(3) maddesi uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Fransızca veya Almanca tercümeleriyle birlikte gönderilmeleri gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/2/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**MACARİSTAN:**

**13 Temmuz 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Macaristan Daimi Temsilcisinin mektubunun içerdiği beyan.**

Macaristan tarafından, Sözleşme'nin uygulanmasında “vatandaş” terimi ayrıca İnfaz Devletinde sabit ikametgahı olan yabancıları da kapsar.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**13 Temmuz 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Macaristan Daimi Temsilcisinin mektubunun içerdiği beyan.**

Macaristan, hükümlülerin hava yoluyla transit geçişlerinden bilgilendirilmeyi talep eder. 3. madde, 4. fıkraya yapılan beyan uyarınca, nakledilen kişinin Macaristan vatandaşı olması halinde, bu transit geçişe izin verilmeyecektir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1993 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**13 Temmuz 1993 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen Macaristan Daimi Temsilcisinin mektubunun içerdiği beyan.**

Nakil talebi ve destekleyici belgeler Macarca, İngilizce veya Fransızca hazırlanmamışsa, bu dillerden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelidir. Ancak, bir Devletin bu madde uyarınca nakil talebi ve destekleyici belgelerin kendi diline veya İngilizce veya Fransızca haricindeki bir dile tercümesiyle gönderilmesi gerektiği beyanında bulunmuş olması halinde, Macaristan, karşılıklılık temelinde, bu Devletin göndereceği nakil talebi ve destekleyici belgelerin Macarca dilinde hazırlanmış olmasını veya Macarca tercümesiyle birlikte gönderilmesini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1993 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**MALTA:**

**Daimi Temsilciliğin 13 Mayıs 1991 tarihli mektubunun içerdiği ve aynı tarihte Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Malta, 9.1.b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını tamamen hariç tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1991 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**Daimi Temsilciliğin 13 Mayıs 1991 tarihli mektubunun içerdiği ve aynı tarihte Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Bir kişinin delilik savunması üzerine bir mahkeme emri uyarınca hastanede gözlem altına alınması halinde, usul, 1976 Akıl Sağlığı Kanunu'nun 49. madde, 4 ve 5. fıkraları hükümleri uyarınca uygulanır.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1991 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

**Daimi Temsilciliğin 13 Mayıs 1991 tarihli mektubunun içerdiği ve aynı tarihte Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Nakil talebi ve destekleyici belgeler, İngilizce olmadığı takdirde, İngilizce tercümeleriyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/7/1991 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**MAURİTİUS:**

**18 Haziran 2004 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

20. madde, 1. fıkra uyarınca, Mauritius Cumhuriyeti, Mauritius Anayasasının 111. Bölümü uyarınca, Sözleşme, Diego Garcia dahil olmak üzere Mauritius, Rodriguesi Agelega, Tromelin, Cargados Carajos ve Chagos Archipelago Adalarını içeren Mauritius Cumhuriyeti için geçerli olduğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/2004 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**Mauritius Cumhuriyetinin 20 maddeye ilişkin İngiltere ve Fransa'nın koymuş olduğu çekincelere karşı beyanları tercüme edilmemiştir.**

**MEKSİKA:**

**13 Temmuz 2007 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Meksika Hükümeti, işbu Sözleşme anlamında ve 3. madde, 4. fıkra uyarınca aşağıdakilerin vatandaş olarak kabul edileceğini beyan eder:

- a) Ebeveynlerinin uyruğuna bakılmaksızın, Meksika Cumhuriyeti ülkesinde doğanlar;
- b) Ulusal sınırlar içinde doğan ebeveynlerden veya ulusal sınırlar içinde doğan bir babadan veya ulusal sınırlar içinde doğan bir anneden yabancı bir ülkede doğanlar;
- c) Yurttaşlığa kabul edilen Meksikalı ebeveynlerden, veya yurttaşlığa kabul edilen Meksikalı babadan veya yurttaşlığa kabul edilen Meksikalı anneden yabancı bir ülkede doğanlar;
- d) Askeri veya sivil Meksika deniz araçları veya hava taşıtlarında doğanlar;
- e) Dışişleri Bakanlığında yurttaşlığa kabul sertifikası alan yabancılar, ve
- f) Bir Meksikalı kadın veya erkekle evlenip ulusal ülke sınırları içinde ikamet kuran ve bu amaçla Kanun'un ortaya koyduğu gerekliliklere uyan kadın veya erkek.

218

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2007 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**13 Temmuz 2007 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Meksika Hükümeti, Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, nakil talepleri ve cevaplarının Dışişleri Bakanlığı yoluyla diplomatik kanallar tarafından yapılacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2007 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**13 Temmuz 2007 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Meksika Hükümeti, talebe olumlu yanıt veren Devletin Meksika Hükümeti olması halinde 9. madde, 1. fıkra, b bendinin uygulanmayacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2007 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.



**13 Temmuz 2007 tarihinde tevdi edilen katılım belgesinin içerdiği beyan.**

Meksika Hükümeti, Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İspanyolcaya tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/2007 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**MOLDOVA:**

**12 Mayıs 2004 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Moldova Cumhuriyeti, Sözleşme'nin hükümlerinin Moldova Cumhuriyeti ülkesel bütünlüğünün tamamen oluşturulmasına kadar sadece Moldova Cumhuriyeti Hükümeti tarafından kontrol edilen sınırlarda geçerli olacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/2004 –**

Yukarıdaki ifade - maddeye ilişkindir.

**12 Mayıs 2004 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Moldova Cumhuriyeti, “vatandaş” teriminin Moldova Cumhuriyeti vatandaşlarını, Moldova Cumhuriyetinde oturma izni olan yabancı vatandaşları veya vatansız kişileri kapsadığını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/2004 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**12 Mayıs 2004 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 4. fıkrası uyarınca, Moldova Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Moldova diline veya Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/9/2004 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**NORVEÇ:**

**9 Aralık 1992 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, Norveç Krallığı, bu Sözleşme amacıyla, “vatandaş” teriminin İnfaz Devletinin bir vatandaşı olan kişi veya o Devlette ikameti olan kişi, veya kişinin o ülkeyle yakın bağlantılarının göz önüne alınarak naklin uygun görüldüğü anlamına geldiğini kabul eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**9 Aralık 1992 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

9. madde, 4. fıkra uyarınca, Norveç Krallığı, akıl sağlığı bozuk kişilerin muhafaza veya tedavi tedbirine tabi tutulmasına dair hakkını saklı tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1993 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

**9 Aralık 1992 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

17. madde, 3. fıkra hükümleri uyarınca, Norveç, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Norveççe, İngilizce veya Danca veya İsveççeye tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1993 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**9 Aralık 1992 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 20. maddesi şartları gereğince, Norveç, Sözleşme'nin ayrıca Bouvet Adası, Peter I's Adası ve Queen Maud Land için geçerli olduğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1993 –**

Yukarıdaki ifade 20. maddeye ilişkindir.

**PANAMA:**

**5 Temmuz 1999 tarihinde katılım belgesinin tevdi sırasında Genel Sekreterliğe verilen, Dışişleri Bakanlığının 5 Mayıs 1999 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3.4 maddesi uyarınca, Panama Cumhuriyetine ilişkin olarak “vatandaş” terimi, doğum, yurttaşlığa kabul veya Panama

Cumhuriyeti Siyasi Anayasasının 8. maddesinde öngörüldüğü üzere anayasal hükümlerle vatandaşlık anlamına gelir.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1999 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**5 Temmuz 1999 tarihinde katılım belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterliğe verilen, Dışişleri Bakanlığının 5 Mayıs 1999 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 5.3 maddesi uyarınca, Panama Cumhuriyeti, işbu maddenin 1. fıkrasında belirtilen nakil talepleri için diplomatik kanalları kullanacağını beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1999 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**5 Temmuz 1999 tarihinde katılım belgesinin tevdii sırasında Genel Sekreterliğe verilen, Dışişleri Bakanlığının 5 Mayıs 1999 tarihli mektubunun içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17.3 maddesi uyarınca, Panama Cumhuriyeti, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İspanyolcaya tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/11/1999 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Brüksel'deki Panama İşlerinden Sorumlu Büyükelçiliğinin 18 Şubat 2000 tarihli mektubunun içerdiği, 18 Şubat 2000 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, Panama Cumhuriyeti, Panama Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığını nakil taleplerini almaktan, bunları cevaplamaktan ve Sözleşme'nin öngördüğü görevleri icra etmekten sorumlu makam olarak belirler.

**Geçerlilik dönemi: 18/2/2000 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

## **POLONYA:**

**Polonya Daimi Temsilciliğinin 13 Şubat 1995 tarihli mektubunun içerdiği, 15 Şubat 1995 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Bir ihmal nedeniyle, 17. madde, 3. fıkraya uygun olarak yapılan beyan, 8 Kasım 1994 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında gönderilmemiştir.

Polonya Cumhuriyeti Hükümeti bu hatayı düzeltmek ister.

17. madde, 3. fıkra uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgeler Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine veya Lehçe diline tercümesiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/3/1995 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

## **PORTEKİZ:**

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Portekiz, İnfaz Devleti olması halinde 9(1) a maddesindeki usulü uygulayacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yabancı bir kararın infazı, inceleme ve önceden tasdikini müteakip bir Portekiz mahkemesinin uygulanabilirlik kararına dayanır.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yabancı bir cezanın uyarlanması gerektiğinde, Portekiz, davaya bağlı olarak ve Portekiz kanunu uyarınca, yabancı cezayı çevirecek veya Portekiz kanununun gerektirdiği cezanın üst haddini geçmesi halinde süresini azaltacaktır.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

3(4) maddesi amacıyla, Portekiz, “vatandaş” teriminin vatandaşlığın nasıl elde edildiğine bakılmaksızın tüm Portekiz vatandaşları için geçerli olduğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Portekiz, genellikle İnfaz Devletinde ikamet eden yabancıların ve vatansız kişilerin naklini kabul edebilir.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

16(7) madde uyarınca, Portekiz ülkesi üzerinden hava yoluyla gerçekleştirilecek transit geçişten bilgilendirilmeyi talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**28 Haziran 1993 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Portekiz, 17(3) maddesinde belirtilen belgelerin Portekizce veya Fransızcaya tercümesiyle birlikte gönderilmelerini talep eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/1993 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**ROMANYA:**

**Romanya Daimi Temsilciliğinin 23 Ekim 1997 tarihli mektubunun içerdiği, 24 Ekim 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 4. fıkrası uyarınca, “vatandaş” terimi İnfaz Devleti vatandaşı (bakınız 3. madde, 1.a fıkrası ve 6. madde, 1.a fıkrası) veya transit geçiş Devleti vatandaşı (bakınız 16. madde, 2a fıkrası) anlamına gelir.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1996 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**Romanya Daimi Temsilciliğinin 23 Ekim 1997 tarihli mektubunun içerdiği, 24 Ekim 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

17. madde, 3. fıkrası uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgeler Romence veya Avrupa Konseyi resmi dillerinden birine tercümesiyle birlikte gönderilmelidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1996 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**Romanya Daimi Temsilciliğinin 23 Ekim 1997 tarihli mektubunun içerdiği, 24 Ekim 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen yazı.**

ROMANYA AVRUPA KONSEYİ DAİMİ TEMSİLCİLİĞİ

Strasbourg, 23 Ekim 1997

Büyükelçi

Bildiğiniz üzere, Romanya 21 Mart 1983 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılan Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme (ETS 112)nin tasdik belgesini 23 Ağustos 1996 tarihinde tevdi etmiştir.

Daha önce, 12 Temmuz 1996 tarih ve 76 sayılı Tasdik Kanunu Romanya Resmi Gazetesinde (19 Temmuz 1996 tarih ve 154 sayılı) yayınlanmıştır.

Tasdik belgesinin Fransızca örneği ve Tasdik Kanunu'nun Romence ve Fransızca örneği ektedir.

Gördüğünüz üzere, Tasdik Kanunu, yayınlandığı şekilde, Sözleşme metninin 3. madde, 4. fıkrası ve 17. madde, 3. fıkrasına ilişkin beyanlarla birlikte gönderilmeleri gerektiğini öngörür.

Ne yazık ki, kesinlikle dikkatsizlik sonucu, yukarıda belirtilen beyan tasdik belgesinde belirtilmemiştir, ve bu neden Sözleşme Taraflarına

bildirilmediğini ve, elbette, “İmzalar ve tasdikler tablosu” içinde yer almadığını açıklar.

Yukarıdakiler ışığında, Romanya makamları, Sözleşme Taraflarına en kısa sürede belirtilen beyanın bildirilmesini rica eder. Ayrıca, Romanya ile diğer Sözleşme Tarafları arasındaki gelecekte gerçekleşecek hükümlülerin nakline ilişkin işbirliğinde bu beyanlar göz önüne alınmalıdır.

(imza) Sabin POP

**Geçerlilik dönemi: 1/12/1996 –**

Yukarıdaki ifade 25. maddeye ilişkindir.

**RUSYA:**

**28 Ağustos 2007 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 3. madde, 3. fıkrası uyarınca, Rusya Federasyonu, diğer Taraflarla olan ilişkisinde, Sözleşme'nin 9. madde, 1. fıkra, a bendinin öngördüğü usulün uygulanmasını hariç tuttuğunu beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/2007 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**28 Ağustos 2007 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 9. madde, 4. fıkrası uyarınca, Rusya Federasyonu, akıl durumu nedeniyle bir suçun işlenmesinden cezai olarak sorumlu tutulamayan kişilerin naklinin Rusya Federasyonunun taraf olduğu uluslararası bir anlaşma uyarınca veya karşılıklılık ilkesi temelinde gerçekleştirileceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/2007 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.

**28 Ağustos 2007 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 16. madde, 7. fıkrası uyarınca, Rusya Federasyonu, Rusya Federasyonu ülkesi üzerinden hava yoluyla yapılacak hükümlü naklinin bildirilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/2007 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**28 Ağustos 2007 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, Rusya Federasyonu, Rusya Federasyonu ile talep eden Tarafın farklı şekilde anlaşmamış olması halinde, Rusya Federasyonuna yönelik hükümlü nakli talebi ve destekleyici belgelerin Rusça diline tercümesiyle gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/12/2007 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**SAN MARİNO:**

**25 Haziran 2004 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen, San Marino Dışişleri Bakanının mektubunun içerdiği beyan.**

226 San Marino Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 5. madde, 3. fıkrası uyarınca, nakil talepleri “Segretaria di Repubblica per gli Affari Esteri” (Palazzo Begni – Contrada Omerelli, 31-47890 San Marino – Repubblica di San Marino) yönelik ve tarafından gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/2004 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**25 Haziran 2004 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen, San Marino Dışişleri Bakanının mektubunun içerdiği beyan.**

San Marino Cumhuriyeti, San Marino'nun İnfaz Devleti olması durumunda, Sözleşme'nin 9. madde, 1(a) fıkrasında öngörülen usulün uygulanmasını hariç tutmayı amaçlar.

Bununla beraber, San Marino Cumhuriyeti, özel durumlarda 9. madde, 1(a) fıkrasında öngörülen usulü uygulama hakkını saklı tutar.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/2004 –**

Yukarıdaki ifade 9. maddeye ilişkindir.



**25 Haziran 2004 tarihinde tasdik belgesinin tevdi sırasında Genel Sekretere verilen, San Marino Dışişleri Bakanının mektubunun içerdiği beyan.**

San Marino Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 17. madde, 3. fıkrası uyarınca, nakil talebi ve destekleyici belgelerin İtalyanca tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/10/2004 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**SLOVAKYA:**

**Slovakya Daimi Temsilciliğinin 2 Ekim 1995 tarihli Sözlü Notasının içerdiği, 3 Ekim 1995 tarihinde Genel Sekreterlikte kaydedilen beyan.**

Slovakya Cumhuriyeti, bu Sözleşme amacıyla, 3. madde, 1. fıkra, a bendi uyarınca kişinin sabit ikametinin Slovakya Cumhuriyeti ülkesinde olması halinde vatansız kişileri veya başka bir Devletin vatandaşını kendi “vatandaşı” olarak kabul edeceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1993 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**TÜRKİYE:**

**3 Eylül 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Bu sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin yazışmalar Diplomatik Kanal yoluyla yapılır.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1988 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**3 Eylül 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Nakil talebi ve destekleyici belgeler Türkçe tercümeleriyle birlikte gönderilecektir.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**3 Eylül 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Nakil masrafları ya İnfaz Devleti tarafından veya, ilgili Türk mevzuatı gereğince, taraflar arasında yapılan bir anlaşmanın olması halinde, Hüküm Devleti tarafından karşılanır.

**Geçerlilik dönemi: 1/1/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

**YUNANİSTAN:**

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan, 9.1.b maddesinde öngörülen usulün uygulanmasını hariç tuttuğunu beyan eder. İstisna olarak, 9.1.a maddesinde öngörülen usul uyarınca hükümlü Yunanistan'a nakledilemezse, Yunanistan Adalet Bakanlığı 9.1.b maddesinde öngörülen usulün takip edilip edilmeyeceğine karar vermeye yetkilidir.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan, vatandaşlığın, Yunanistan Vatandaşlık Kanunu hükümlerince belirleneceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3. maddeye ilişkindir.

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan, diplomatik kanalları da kullanabileceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 5. maddeye ilişkindir.

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan 9.1.b maddesinin öngördüğü usulü takip edeceğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 3, 9. maddelere ilişkindir.

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan ülkesi üzerinden herhangi bir transit geçiş hakkında bilgilendirilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 16. maddeye ilişkindir.

**17 Aralık 1987 tarihinde tevdi edilen tasdik belgesinin içerdiği beyan.**

Yunanistan, nakil talebi ve destekleyici belgelerin Yunan diline tercümesiyle birlikte gönderilmesi gerektiğini beyan eder.

**Geçerlilik dönemi: 1/4/1988 –**

Yukarıdaki ifade 17. maddeye ilişkindir.

\*\*\*

