



KÜRESEL BAKIŞ

ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanan Çeviri Hukuk Dergisidir)



YIL: 2, SAYI: 5, NİSAN 2012

www.humanlawjustice.gov.tr

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

*

EDİTÖR

Burak Cenk İLHAN

Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Hakan ÖZTÜRK

Hâkim

*

YAYIN KURULU

Hüseyin YILDIRIM

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Yargıtay Üyesi

Dr. Fikret ERKAN

Danıştay Genel Sekreter Yardımcısı

Dr. Hasan Mutlu ALTUN

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

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@taa.gov.tr

general_editor@yahoo.com

article.makale@taa.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr

www.humanlawjustice.gov.tr

*

BASKI

MATUS Basımevi Reklam ve Yay. Tic. Ltd. Şti.

İvedik Organize Sanayi Bölgesi Matbaacılar Sitesi 558. Sokak 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 adresine veya 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 yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle PDF veya metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- 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, soyad, 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 Küçükgüngör
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 Feyzioğlu
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

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar	1-26
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr.Emine KARACAOĞLU</i>	
Şiddet, Adalet ve Yapıbozum	27-36
<i>Çevirenler: Rabia SAĞLAM – Dr. Kasım AKBAŞ</i>	
ABD Yüksek Mahkemesinin GPS Cihazlarının İzleme Amacıyla Takılması ve Bunun Üzerinden Yapılan Yer ve Güzergâh Tespitine İlişkin U.S. / Jones Kararı.....	37-46
<i>Çeviren: Dr.İlyas ŞAHİN</i>	
Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Centros / Erhvervs-Og Selskabsstyrelsen Kararı.....	47-58
<i>Çeviren: Alper Hakkı YAZICI</i>	
Uluslararası Adalet Divanı'nın Büyük Kemer Geçidine İlişkin Dava ile İlgili Kararının Analizi	59-108
<i>Çeviren: Seyfullah ÇAKMAK</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geleceğine İlişkin Üst Düzey Konferans (Brighton Deklarasyonu)	109-124
Fransa Anayasa Konseyi'nin 2012-647 DC Sayılı 28 Şubat 2012 Tarihli Kanunla Tanınan Soykırımların Varlığının Tartışılmasını Cezalandırmayı Öngören Kanunun Anayasaya Aykırılığı Hakkındaki Kararı.....	125-128
<i>Çeviren: Dr. Nevzat AKBİLEK</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin SARAR / Türkiye Kararı.....	129-136
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin Ümmühan KAPLAN / Türkiye Kararı	137-156

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veritabanı :



LATİN AMERİKA'DA YENİ ANAYASA HUKUKU DÖNÜŞÜMLERİ: EĞİLİMLER VE SORUNLAR*

Rodrigo UPRIMNY**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Emine KARACAOĞLU***

1980'lerin ortalarından bu yana, Latin Amerika çok yoğun bir anayasal değişim süreci yaşamaktadır, hemen hemen bütün ülkeler ya yeni anayasa kabul etmiş (diğerleri arasında bakınız, 1988'de Brezilya,¹ 1991'de Kolombiya,² 1992'de Paraguay,³ 1998⁴ ve 2008'de Ekvator,⁵ 1993'te Peru,⁶ 1999'da Venezüella⁷ ve 2009'da Bolivya⁸) ya da mevcut anayasalarında çok büyük reformlar yapmışlardır (1994'te Arjantin,⁹ 1992'de Meksika,¹⁰ ve 1989'da Kosta Rika¹¹). 1988 tarihli yeni Brezilya Anayasası hala gelişmekte olan bu reform sürecinin başlangıç noktası olarak görülebilir. Kuşkusuz önemli ulusal farklılıklar bulunmaktadır.

* Makalenin İngilizce orijinal biçimi için bakınız: Rodrigo Uprimny, "The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges", *Texas Law Review*, Volume 89, 2011, pp. 1587-1609.

** Center for the Study of Law, Justice and Society (DeJUSTicia) Müdürü, National University of Colombia'da Profesör. Bu makaledeki çevirilere yaptıkları çok büyük katkılar için DeJUSTicia araştırmacıları Lina Santos ve Vivian Newman'a teşekkür ederim.

*** Yrd. Doç.Dr., Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Çeviriye izin verdikleri için bu makalenin yazarı Profesör Rodrigo Uprimny ile *Texas Law Review*'e teşekkür ederim.

¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL [CF.] [ANAYASA].

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] (KOLOMBİYA)

³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY [PARAGUAY ANAYASASI].

⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 1998 (2008'de yenilendi).

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR [EKVATOR ANAYASASI].

⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO REPÚBLICA DEL PERU [PERU ANAYASASI].

⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA [VENEZÜELLA ANAYASASI].

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA [BOLİVYA ANAYASASI].

⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL [ULUSAL ANAYASA] (1994'te değiştirildi).

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], *değiştirilmiş biçimiyle*. *Diario Oficial de la Federación* [DO], 5 de Febrero de 1917 (Meksika); *Bakınız* Jose Luis Soberanes Fernandez, *Mexico and the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief* 2002 BYU L. REV. 435, 448-50 (Meksika Anayasasının 1992 değişikliğini tartışmaktadır).

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA [KOSTA RİKA ANAYASASI]; *bakınız aynı zamanda* Bruce M. Wilson, *Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court, in* THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN LATIN AMERICA, 47, 49-50 (Rachel Sieder et al. eds., 2005) (Kosta Rika Anayasasında 1989 yılında yapılan değişiklikleri tartışmaktadır).

Ancak, ulusal farklılıklara karşın, Latin Amerika'daki bu anayasal reform dalgası bazı ortak özelliklere sahip görünüyor.

Latin Amerika'daki yeni anayasal değişimlerin yoğunluğuna karşın, bölgedeki anayasacılık gelişmelerinin ortak özelliklerini sistematik olarak incelemeye çalışan bir metnin olmadığını biliyorum. Boaventura de Sousa Santos'un Ekvator ve Bolivya¹² üzerine çalışmaları gibi, bazı spesifik ülkelerin anayasal evrimleri ile ilgili önemli görüşler bulunmaktadır. Diğer çalışmalar, Latin Amerika anayasacılığının yerli toplulukların kolektif haklarını¹³ tanınması ve uluslararası insan hakları hukukuna¹⁴ açıklığı gibi, bazı yönlerini incelemiştir. Son olarak, diğer çalışmalar, anayasal reform ile uluslararası finans kurumları tarafından yönlendirilen devlet reformları arasındaki gerilim ve uyumu karşılaştırmaktadır.¹⁵ Bu Makale, çok derin ve karmaşık anayasal

¹² *Örneğin bakınız*, BoAVENTURA DE Sousa SANTOS, REFUNDACIÓN DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA: PERSPECTIVAS DESDE UNA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR [REEOUNDING THE STATE IN LATIN AMERICA: PERSPECTIVES FROM AN EPISTEMOLOGY OF THE SOUTH] 8-10 (2010) (Bolivya ve Ekvator Anayasalarını hukuk sosyolojisi ve yeni "Güney Epistemolojisi" kapsamında incelemektedir).

¹³ *Örneğin bakınız*, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Aos 20 anos da Convenio 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina [20 Years of ILO Convention 169: Balance and Challenges of Implementing the Rights of Indigenous Communities in Latin America]*, in POVOS INDÍGENAS: CONSTITUIÇÕES E REFORMAS POLÍTICAS NA AMÉRICA LATINA [INDIGENOUS COMMUNITIES: CONSTITUTIONS AND POLITICAL REFORMS IN LATIN AMERICA] 9, 31-32 (Ricardo Verdum ed., 2009) [bundan sonra Povos INDÍGENAS] (Latin Amerika'da yerli toplulukları etkileyen anayasa hükümlerini nicel açıdan değerlendirmektedir).

¹⁴ *Örneğin bakınız*, Carlos M. Ayaia Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias [The Constitutional Status of Human Rights Treaties and Their Consequences]*, in DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: MEMORIA DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL [INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: REPORT OF THE VII IBEROAMERICAN CONGRESS OF CONSTITUTIONAL LAW] 37, 37 (Ricardo Méndez Silva ed., 2002) [bundan sonra DERECHO INTERNACIONAL] (Latin Amerika ülkelerinin anayasalarında uluslararası insan hakları gelişimini araştırmaktadır); Pablo Luis Manili, *La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano [The Reception of International Human Rights Law by Latin American Constitutional Law]*, in DERECHO INTERNACIONAL, *supra*, s. 371, 371 (uluslararası insan hakları ile ilgili Latin Amerika anayasalarının hükümlerini incelemektedir). *Bakınız genel olarak* LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES [THE APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES BY LOCAL TRIBUNALS] (Martín Abregú & Christian Courtis eds., 1997).

¹⁵ *Örneğin bakınız*, Rodrigo Uprimny, *Agendas económicas de modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros [Economic Agendas of Modernization of the State and Constitutional Reforms in Latin America: Encounters and Misunderstandings]*, in LOS PROCESOS DE CONTROL ESTRATÉGICO COMO PILARES DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO [THE PROCESSES OF STRATEGIC CONTROL AS PILLARS OF MODERNIZATION OF THE STATE] 191, 191-220 (Martha Lucia Rivera & Diego Arisi eds., 2007) (uluslararası finans kurumlarından gelen önerilerden kaynaklanan Latin Amerika'daki yeni

değişimleri sadece birkaç sayfada özetlemeye çalışmanın aşikar sınırlarına karşın, bu boşluğu bir dereceye kadar doldurmayı amaçlamaktadır. Sonuç olarak, amaç, bu reformları nitelenmek ve bölgede güçlü demokrasilerin kurulmasındaki temel sorunları saptamak açısından, son dönem Latin Amerikan anayasal değişimleri arasındaki ortak eğilimlere ve önemli farklılıklara işaret etmektir.

Yukarıdaki değerlendirmeler makalenin yapısını açıklamaktadır. I. Bölüm, II. Bölümde yer alan organik hükümlerdeki büyük değişiklikleri incelemek için, çeşitli Latin Amerikan anayasalarındaki dogmatik bölümlerdeki değişiklikleri tanıtmaktadır. Farklı ülkelerdeki tesadüfi reform eğilimlerine vurgu yapan bu iki Bölüm, esas olarak betimseldir. Buna karşılık, III. Bölüm daha fazla sonuç ve değerlendirme içerir. Bu Bölümde, bu anayasal gelişmelerin temel özelliklerini nitelendirmeye çalışacağım ve ulusal farklılıkların ulusal ayrıntılara değil, fakat bölgede farklı yönelimlerle değişik anayasal eğilimlere yol açacak derinlikte olup olmadığını tartışacağım. Makale, anayasal değişikliklerin muhtemel önemi ile demokrasi ve anayasal düşünce açısından ortaya çıkardığı sorunlarla ilgili kısa değerlendirmelerle tamamlanacaktır.

I. Dogmada Değişimler: Çeşitliliğin Tanınması, Genişleme ve Bireysel ve Kolektif Hakların Korunması

Yeni anayasal gelişmelerin kısaca incelenmesi, bariz ulusal farklılıklara karşın, çoğu reformların devletin ideolojik ilkeleri ve vatandaşların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi gibi, aynı ortak özellikleri paylaştığını gösterir. İlk olarak, reformların çoğunluğu ve yeni anayasalar, ulusal birlik anlayışını dikkate değer bir biçimde değiştirmiştir: önceki onyıllarda bazı anayasal projelerin etkilemeye çalıştığı gibi,¹⁶ birliğin, kültürel farklılıkların homojenleştirilmesi yoluyla başarılamayacağını, fakat farklılıkların kesin takdiri ve her çeşit kültürel çoğulculuğun daha geniş tanınması yoluyla olabileceğini vurgularlar.¹⁷ Bunun bir sonucu olarak, birçok anayasa kendi uluslarını çok etnikli ve

ekonomik reformları tanımlamakta ve bu reformlar ile bölgedeki anayasal reformlar arasındaki etkileşimi açıklamaktadır).

¹⁶ *Bakınız* Donna Lee Van Cott, *Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Right*, 53 PARLIAMENTARY AFF. 41, 43 (2000) (1990'lardaki reformlardan önce, Latin Amerika anayasalarının, "sömürge Latin Amerika'da var olan farklı kültürel özellikler ve kimliklerin birbirine karışması ve asimilasyonunun yeni bir melez tipte birleştiği faraziyesine dayanarak, Latin Amerikan toplumlarının homojen niteliğini ilan eden resmi bir söylem" içerdiğini açıklamaktadır.).

¹⁷ *Bakınız id.* ("Yedi Latin Amerikan anayasası, kendi toplumlarını çok etnikli, çok kültürlü ve/veya çok dilli nitelikte kabul eden bölümler içermektedir").

çok kültürlü tanımlamaya başlamıştır ve çeşitliliğin desteklenmesi anayasal ilke olarak düzenlemiştir.¹⁸ Bu nedenle çeşitlilik anayasacılığının bir biçimi ile karşı karşıyayız.

İkinci olarak, Latin Amerikan anayasal reformları, genel olarak, Katolik Kilisesine önemli imtiyazlar tanıyan birçok ülkenin yasal sistemindeki malum dini eğilimlerin üstesinden gelme eğilimindedir. Seküler olduğu açık olmayan yeni anayasalar, yerli dinler de dahil olmak üzere, değişik dinler arası eşitliği tanıma eğilimindedir.¹⁹ Etnik ve kültürel çeşitliliğin tanınmasına ayrıca farklılığın ve dini eşitliğin eklenmesi eşlik etmektedir.

Üçüncü ve yukarıdakilerle doğrudan bağlantılı olanı, anayasal reformların yerli ve siyah toplulukların da içinde olduğu, geleneksel ayrımcılık hedefleri olan gruplara özel güvence sağlamasıdır.²⁰ Hatta bazı ülkeler, dillerini resmi dil olarak tanıyarak, özerklik ve dünya görüşlerine göre anlaşmazlıkları çözmeleri için kendi bölgelerinde tam yargı yetkisi tanıyarak, bu gruplara özel haklar ve siyasi temsilleri için özel bölgeler oluşturarak, farklılaşmış vatandaşlık vermektedir.²¹ Böylece, bazı araştırmacılara göre, bu reformlar sadece ulusal kimliğin çoğulculuğu düşüncesine yönelen bir hareket değildir, fakat aynı

¹⁸ *Örneğin* *bakınız*, BOLİVYA ANAYASASI, md. 1 (Bolivya'nın, kültürler-arası ve kültürel çoğulculuğa dayanan bir "Çok-Uluslu Komüniter Hukuk" devleti olarak kurulduğunu ilan etmektedir); C.F. md. 215 (Brezilya) (devletin, kültürel manifestoların takdirini ve yayılmasını teşvik edeceğini ilan etmektedir); C.P. md. 7 (Kolombiya) ("Devlet Kolombiya Ulusunun etnik ve kültürel çeşitliliğini tanıır ve korur."); PERU ANAYASASI, md. 2(19) (etnik ve kültürel kimlik hakkı sağlamaktadır); VENEZÜELLA ANAYASASI, başlangıç (çok etnikli ve çok kültürlü toplum kurma hedefini ilan etmektedir).

¹⁹ *Örneğin* *bakınız*, C.P. md. 19 (Kolombiya) (bütün dini inançların ve kiliselerin "kanunen eşit derecede serbest" olacağını ilan etmektedir); PERU ANAYASASI, md. 2(3) (dini özgürlüğü tanımakta ve bütün inanç sahiplerinin inançlarını alenen kullanmakta özgür olduğunu söylemektedir.).

²⁰ *Bakınız* Peter Wade, *Identity, Ethnicity, and "Race," in A COMPANION TO LATIN AMERICAN HISTORY* 420, 486-89 (Thomas H, HoUoway ed., 2008) (yerli ve Afro-Latin kökenlilerin korunması için Latin Amerika'da yapılan anayasal reformları listelemekte ve tartışmaktadır).

²¹ 1991 Kolombiya Anayasası, devletin yargı yetkisi ile yerli yargı yetkisinin başdaştığı derecede, yerli toplulukların kendi teamül hukuklarına göre yargı yetkisi kullanmalarını ilk kabul eden anayasadır. C.P, md. 246 (Kolombiya). Bu düzenleme, Bolivya, Ekvator, Paraguay, Peru, ve Venezuela Anayasaları tarafından da benimsenmiştir. BOLİVYA ANAYASASI, md. 2; EKVATOR ANAYASASI, md. 57; PARAGUAY ANAYASASI, md. 63; PERU ANAYASASI, md. 149; VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 119- 126. Yerli halkların özerk haklarının tanınmasının kapsamı ve sınırları bakımından eleştirel bir tartışma için, *bakınız* Anthony Stocks, *Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America*, 34 ANN. REV. ANTHROPOLOGY 85 (2005).

zamanda farklılaşmış ve çok kültürlü vatandaşlık unsurlarının ve biçimlerinin birleşmesidir.²²

Çeşitliliğin kabulü ve yerli topluluklar için özel haklar tanınması yönündeki bu eğilim, yeni tarihli Bolivya ve Ekvator Anayasalarında daha da radikaldir, iki Anayasa bir halklar ulusunun veya çok uluslu bir devletin mevcut olduğu izlenimi vermekte ve yerli geleneklerine ait kavramları anayasallaştırmaktadır.²³ Bundan başka bu anayasalar kendi ilişkilerini düzenlemek için, yerli halklara özerklik tanınmasını güçlendirmektedir.²⁴ Bazı araştırmacılara göre, milliyet konusunun bu daha radikal yönü ve yerli halkların tanınması, Bolivya ve Ekvator Anayasalarını farklı ve yeni Anayasacılığın bir parçası yapmaktadır.²⁵ Bu anayasal değişimler, liberal anayasacılık alanının ötesine geçtikleri- hatta çok kültürlü ve çok etnikli biçimiyle bile- diğer Latin Amerika ülkelerindeki son değişimlerden farklıdır ve çok uluslu, kültürler arası ve deneysel nitelikte farklı bir anayasal biçime doğru gitmektedirler.²⁶

Dördüncüsü, reformların neredeyse tamamı, ülke nüfusunun anayasal haklarını tanıma bakımından oldukça cömerttir: reformlar, demokratik-liberal siyasi ve temel haklara (özel yaşamın gizliliği, hukuka uygun usül, ifade özgürlüğü ve oy hakkı gibi); çok geniş bir biçimde düzenlenmiş ekonomik, sosyal, ve kültürel haklara (eğitim, konut, ve sağlık gibi); ve

²² Bakınız Will Kymlicka & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, 104 ETHICS 352, 370-77 (1994) (farklılaşmış vatandaşlık haklarını tartışmaktadır).

²³ *Örneğin bakınız*, BOLİVYA ANAYASASI, md. 306 (ekonomik modelin bütün Bolivya'ların refahına yönelmesini şart koşmaktadır); EKVATOR ANAYASASI, md. 10-15 (sırasıyla halkların, ulusların ve doğanın haklarını ve iyi yaşam hakkını tanımaktadır).

²⁴ Bakınız ROBERT ANDOLINA, NINA LAURIE & SARAH A. RADCLIFFE, INDIGENOUS DEVELOPMENT IN THE ANDES: CULTURE, POWER AND TRANSNATIONALISM 241 (2009) (yeni Bolivya Anayasasında önerilen "bölgesel yerli yönetimi'ni vurgulamaktadır.); *id.* s. 50 ("1998 Ekvator Anayasasının yerlilerin ortak topraklarını, özerklik haklarını ve yerli yargı sistemini tanıdığını" not etmektedir.)

²⁵ Bakınız Robert Albro, *Confounding Cultural Citizenship and Constitutional Reform in Bolivia*, LATIN AM. PERSP., May 2010, s. 71, 72 (Bolivya Anayasasının çok uluslu kültür yaklaşımını "özgün" olarak açıklamakta ve "Bolivya'nın radikal çok kültürlü Anayasasının temsil ettiği tarihi dönüşümün derecesinin ... hafifsenmemesi gerektiğini" kabul etmektedir; Marc Becker, *Correa, Indigenous Movements and the Writing of a New Constitution in Ecuador*, LATIN AM. PERSP., Jan, 2011, s. 47, 60 (Ekvator Anayasasının çok uluslu devleti tanyan ilk Latin Amerikan Anayasası olması bakımından nasıl "tek" olduğunu tartışmaktadır.).

²⁶ Bakınız DE SOUSA SANTOS, *supra* dipnot 12, s. 77, 123-28 (değişikliklerin deneysel olduğunu gözlemlemektedir); Agustín Grijalva, O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008 [The Multinational and Intercultural State in the Ecuadorian Constitution of 2008], in POVOS INDÍGENAS, *supra* dipnot 13, s. 115-32 (değişikliklerin çokuluslu ve kültürlerarası olduğunu gözlemlemektedir).

hatta kolektif haklara (çevre hakkı gibi) yer vermiştir.²⁷ Bu açıdan, Ekvator Anayasası, sadece önceden tek tek sayılmayan bireysel hakları-örneğin, su hakkını²⁸ değil, fakat aynı zamanda doğanın haklarını veya *Pacha Mama*'nın haklarını tanıması bakımından orijinaldir.²⁹ Ek olarak, Ekvator ve Bolivya'nın yeni Anayasaları yerli halkların kolektif haklarını, diğer Latin Amerika ülkelerinin bir çoğundan çok daha geniş kabul ederek, güçlendirmiştir.³⁰

Latin Amerika ülkeleri bireysel hakları tanımada kullanılan mekanizmalarda da farklılaşmaktadır. Bazı durumlarda, Arjantin gibi, mekanizma, çeşitli insan hakları anlaşmalarının doğrudan ve açık anayasalaştırılması biçimindedir.³¹ Diğer ülkelerde, örneğin Brezilya'da, mekanizma bireysel hakları Anayasada doğrudan tanımlamak ve düzenlemek biçimindedir.³² Kolombiya ve Venezüella Anayasaları gibi diğer anayasalar, her iki mekanizmayı da kullanırlar, sadece belli insan hakları anlaşmalarını anayasalaştırmakla kalmamakta, aynı zamanda doğrudan Anayasada kapsamlı bir bireysel haklar beyanamesi düzenlemektedirler.³³ Kullanılan hukuki mekanizma ne olursa olsun, eğilim ve sonuçlar birbirine benzer: anayasal olarak tanınmış hakların dikkat çekici genişliği, önceki anayasal metinlerin ötesindedir.

6

Latin Amerikan anayasal reformlarının beşinci ortak özelliği iç hukuk sisteminin uluslararası insan hakları hukukuna, özellikle de insan hakları anlaşmalarının özel ve ayrıcalıklı muamele görme hükümlerine

²⁷ Örneğin bakınız, CF. md. 6 (Brezilya) (sağlık, beslenme, çalışma, ve konut haklarını güvence altına almaktadır); EKVATOR ANAYASASI, md. 66, 71 (eğitim, konut, sağlık ve çevre sağlığı haklarını güvence altına almaktadır).

²⁸ EKVATOR ANAYASASI, md. 12.

²⁹ *Id.* md. 71 ("Yaşamı yeniden üreten ve oluşturan Doğa veya *Pacha Mama*, varlığının bölünmez bütünlüğü ve yaşam döngüsünü, yapısını, işlevlerini ve gelişimini sürdürme ve yenileme hakkına sahiptir."). Anayasa doğa hakkını resmi, hukuki bir özne olarak tanıırken, bu tanımın olası etkisi henüz belli değildir.

³⁰ BOLİVYA ANAYASASI, md. 2 (yerli halklar için özerklik ve self-determinasyon hakkını güvence altına almaktadır), ve EKVATOR ANAYASASI, md. 57'yi (yerli topluluklar, halklar ve ulusların haklarını tek tek saymaktadır), CONST. NAC. (Arjantin) (yerli halklar için güvence ve bildirim getirmemiş olanı), ve C.V. (MEKSİKA.) (yerli halklar için güvence ve bildirim getirmemiş olan) ile karşılatırın.

³¹ *Bakınız* Md. 75(22), CONST. NAC. (Arjantin.) (çeşitli insan hakları anlaşmalarını içermekte ve bunların Arjantin Anayasasının hak ve özgürlüklerini tamamladığı şeklinde anlaşılacağını belirtmektedir.).

³² *Bakınız* C.F. md. 5, 8 (bireysel hakları tek tek saymaktadır).

³³ *Bakınız* C.P. md. 11-15, 93 (Kolombiya) (bir çok özel hakkı tek tek saymakta ve Kolombiya tarafından onaylanan insan hakları anlaşmalarını kapsamaktadır); VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 23, 43-129 (taraf olunan anlaşmalara anayasal değer tanımakta ve sayısız bireysel hakkı listelemektedir).

açıklığıdır.³⁴ Bu özel muamele uluslararası insan hakları standartlarının, Latin Amerika'da özel bir anlama sahip olan “anayasal blok” gibi mekanizmalar yoluyla ulusal mahkemeler tarafından uygulanması sonucunu doğurur.³⁵

Altıncısı, uluslararası insan hakları hukukuna açıklıkla beraber, çok kültürlülüğün (hatta çok ulusluluğun) ve yerlilerin yargı yetkisinin tanınması, Latin Amerika'da arttırılmış çoğulculuğa yol açmıştır.³⁶ Bu arttırılmış çoğulculuk, hem geleneksel hukukun kaynakları sisteminde hem de ulusal hukuk sistemlerinde kanun ve yürütme düzenlemelerinin geçmişte oynadığı merkezi rolün aşınmasına yol açmıştır.³⁷

Yedinci olarak, birçok anayasa sadece ırk, cinsiyet, ve diğer faktörlere dayanan ayrımcılığı yasaklayarak eşitliği güçlü bir şekilde vaat etmemekte, aynı zamanda eşitliği gerçek ve etkili kılmak için özel olumlu eylemler politikasının uygulanmasını emretmektedir.³⁸ Özellikle, çeşitli reformların kadın ve erkek arasındaki eşitlik ve ayırım gözetmeme kavramlarını açıkça düzenlemesi, Latin Amerikan anayasacılığının kamu siyasetinde ve yasal açılımlarda belli cinsiyet yaklaşımlarının benimsenmesini yetkilendirdiği -hatta gerektirdiği- anlamındadır.³⁹

Sekizinci olarak, liberal, demokratik ve sosyalist-çeşitli düşüncelerin haklarının cömertçe tanınması, çeşitli ülkelerin, savaş sonrası Avrupa anayasacılığında geliştirilenlere benzer ideolojik reçeteleri, yeni Latin Amerikan hukuki örgütlenmesinin çerçevesi olarak kullanmalarına yol açmıştır.⁴⁰ Devletin hukuki tanımının böyle kullanılması mekaniksel

³⁴ *Bakınız* Ayala Corao, *supra* dipnot 14, s. 44-48 (uluslararası insan hakları anlaşmaları arasındaki ilişkiyi gözlemlemekte ve uluslararası insan hakları normlarının iç hukuktaki haklara üstünlüğünün örneklerini vermektedir.); Manili, *supra* dipnot 14, s. 371, 408 (uluslararası insan hakları hukukunun egemenliğini ve örneğin, Venezüella ve Guatemala Anayasalarındaki uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin yollarını tartışmaktadır).

³⁵ *Bakınız* RODRIGO UPIUMNY YÉPES, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL [CONSTITUTIONAL BLOCK, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL PROCEDURE] 53-62 (2006) (uluslararası insan hakları anlaşmalarının Latin Amerika anayasalarında benimsenmesi ve bütünleşmesi tartışmaktadır).

³⁶ Yrigoyen Fajardo, *supra* dipnot 13, s. 26, 28,

³⁷ *Id* s. 27.

³⁸ *Örneğin* *bakınız*, Md. 37, CONST. NAC, (Arjantin.) (“Kadın ve erkeklerin seçim ve siyasi partilere ilişkin durumları açısından gerçek fırsat eşitliği, siyasi partiler ve seçim sistemine ilişkin düzenlemelerde olumlu eylemler yoluyla güvence altına alınacaktır.”); C.P, art, 40 (Kolombiya.) (“Yetkili makamlar kadınların Kamu Yönetiminin karar kademelerine yeterince ve etkili katılımını güvence altına alacaklardır.”).

³⁹ *Örneğin* *bakınız*, CF, art, 7, cl, XX (Brezilya) (“Aşağıdakiler kentsel ve kırsal işçilerin haklarıdır: .. kadınlar bakımından iş pazarının özel teşvikler kanalıyla kanunla korunması [.]”)

⁴⁰ *Bakınız* FERRAN REQUEJO COLL, LAS DEMOCRACIAS: DEMOCRACIA ANTIGUA, DEMOCRACIA LIBERAL Y ESTADO DE BIENESTAR [THE DEMOCRACIES: TRADITIONAL DEMOCRACY,

değildir; sadece önemli ulusal farklılıkları yoktur, aynı zamanda 1950'de Avrupa'da ifade edilen çerçevenin değişken nüanslarını kapsamaktadır.⁴¹ Örneğin, bazı metinler, ulusun, hukuk devletine tabi sadece sosyal bir durum değil, aynı zamanda, açıkça adil bir sosyal düzenin bütün hakları içine aldığı bulgusunun önemini vurgulamak bakımından, adalet ve haklardan birisi olduğunu düşüncesini içerirler.⁴² Ekvator ve Bolivya Anayasaları gibi diğer metinler, Avrupa geleneklerinden uzaklaşarak, yerine anayasal formüller için kendi araştırmalarını yapmış, devlet biçiminin yeni tanımları bakımından kendi arayışlarını takdim etmişlerdir.⁴³

Dokuzuncusu, temel hakları güvence altına almaya çalışan reformların çoğunluğu, sadece söylemsel değildir, pratik etkilere sahiptir, ki bu hakların korunma ve güvence mekanizmalarının niçin genişlediğini açıklar. Böylece, bazı reformlar, temel hakların yasal korunması için yargısal emir (*acción de tutela*)⁴⁴ gibi, hakların doğrudan yargısal korunması yollarını oluşturmuş veya mevcut mekanizmaları

LIBERAL DEMOCRACY AND THE WELFARE STATE] 128-43 (1990) (Avrupa ve Birleşik Devletlerde liberalci modelden sosyal refah modeline geçişi kayda geçirmektedir); Rodrigo Uprimny, *Constitución de 1991, estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas* [1991 Constitution, Social State and Human Rights: Unfulfilled Promises, Diagnosis and Prospects], in EL DEBATE A LA CONSTITUCIÓN [THE DEBATE OVER THE CONSTITUTION] 55, 63-66 (2002) (sosyal refahın 1991 Anayasasında somutlaşan yasal modelin ayrılmaz bir parçası olduğunu açıklamaktadır). Bu kavramın İngilizceye doğrudan bir çevirisi olmamasına karşın, hukuk devletine saygı gösteren fakat aynı zamanda sosyal veya refah haklarını tanıyan bir durumu betimler. Kavrama genellikle İspanyolca'da *Estado social de derecho*, Fransızca'da *Etat social*, veya Almanca'da *sozialer Rechtsstaat* olarak yollama yapılır.

⁴¹ Örneğin bakınız, C.F. md. 1 (Brezilya.) (insan onurunu devletin kurucu ilkesi olarak tanımlamaktadır); C.P. md. 1 (Kolombiya) (ülkenin insan onuruna saygı üzerine kurulduğunu söylemektedir); PARAGUAY ANAYASASI, md. 1 (insan onurunu kurucu ilke olarak kabul etmektedir); VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 2 (sosyal sorumluluğu devletin bir değeri olarak tanımlamaktadır ve insan haklarının üstünlüğünü kaydetmektedir).

⁴² Örneğin bakınız, C.F. md. 3 (Brezilya) (cumhuriyetin temel hedeflerinin, adil bir toplumun gelişimi ile sosyal eşitsizliği ortadan kaldırmak olduğunu kaydetmektedir); VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 1-2 (Venezüella'nın "özgürlük, eşitlik, adalet ve uluslararası barış" değerlerine dayanan sosyal bir hukuk devleti olduğunu ilan etmektedir).

⁴³ Bakınız *supra* dipnot 23-26 ve içindeki açıklamalar (Bolivya ve Ekvator'un özgün anayasal yapısını tartışmaktadır).

⁴⁴ Bir *tutela*, vatandaşın, temel anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürdüğü bir kamu makamının eylem ya da ihmallerine karşı derhal yargısal emir (injunction) alabilmek için bir yargıca yapabileceği bir şikayettir. Örneğin, 1991 tarihli Kolombiya Anayasasının 86. maddesi doğrudan koruma mekanizması olarak, temel hakların hukuken korunması için yazılı emiri ve kolektif hakların korunması için, toplu dava gibi, diğer mekanizmaları yaratmıştır. C.P. md. 86 (Kolombiya.). Brezilya Anayasası, *mandado de segurança* gibi, çok sayıda hak koruma aracına yer vermiştir. C.F. md. 5, cl. LXIX (Brezilya).

güçlendirilmiştir.⁴⁵ Çeşitli ülkeler anayasal adaleti de kurmuş ya da güçlendirmiştir.⁴⁶ Ek olarak, yeni anayasaların büyük çoğunluğu (değişik isimlerde) insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasından sorumlu kamu denetçilikleri kurmuştur.⁴⁷

Son olarak, reformların çoğu, devletin ekonomik rolünün yeniden değerlendirilmesini önermektedir. Bu noktada, önemli ulusal farklılıklar olduğundan, çeşitli anayasalarda ortak bir eğilim bulmak kolay değildir. Örneğin, Washington konsensüsü altında yapılan⁴⁸ - Peru Anayasası gibi metinler—pro-market mekanizmaları daha fazla içerme eğilimindedir, buna karşılık, Ekvator veya Bolivya Anayasaları gibi metinler devletin ekonomideki rolünü önemli ölçüde güçlendirmiştir ve hatta anti kapitalist eğilimlere sahiptir.⁴⁹ Ancak, değiştirilmiş metinler ve yeni anayasalar bu noktada tam bir açıklığa sahip değildir. Gerçekte, 1991 tarihli Kolombiya Anayasası gibi, bazı anayasalar, hükümetin müdahalesi ve yeniden paylaşırma işlevlerini hem genişleten hem de azaltan özellikler içermektedir.⁵⁰

II. Katılım Mekanizmaları ile Kurumsal ve Organik Rollerde Değişimler

Son yirmi yılın anayasa reformları aynı zamanda hem vatandaşların katılım mekanizmaları hem de Latin Amerika uluslarının siyasi ve

⁴⁵ *Örneğin bakınız, C.P. md. 214.2 (Kolombiya.) (olağanüstü hal süresince insan hakları ve temel özgürlüklerinin durdurulmasını önlemektedir.); Bakınız aynı zamanda Donald T. Fox & Anne Stetson, The 1991 Constitutional Reform: Prospects for Democracy and the Rule of Law in Colombia, 24 CASE W. RES. J. INT'L L. 139, 147 (1992) (temel hakları durdurmak bakımından başkanlık yetkilerine getirilen sınırlamaları açıklamaktadır).*

⁴⁶ Latin Amerika'daki anayasal adaletin yapısı ile hakların korunmasına sistematik bir bakış için, genel olarak bakınız NORBERT LOSING, LA JURISDICCIONALIDAD CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA [CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN LATTN AMERICA] (Marcela Anzola Giltrans., 2002).

⁴⁷ *Örneğin bakınız, Md. 86, CONST. NAC. (Arjantin) (kamu denetçisinin bağımsız bir makam olduğunu söylemekte ve görevini, atanmasını, görev süresini ve görevden alınmasını ana hatlarıyla belirtmektedir); C.P. md. 281-282 (Kolombiya) (Kamu denetçisini Kamu Bakanlığı içinde kurmakta ve seçimi, görev süresi ve işlevlerini düzenlemektedir); PARAGUAY ANAYASASI, md. 276-277 (Kamu denetçisinin sorumluluklarını, atanmasını, görev süresini ve görevden alınmasını belirtmektedir); PERU ANAYASASI, md. 161-162 (kamu denetçisinin nitelikleri, seçim yöntemi, görev süresi ve görevlerini ana hatları ile belirtmektedir).*

⁴⁸ *Cf. Susan C. Stokes, Democratic Accountability and Policy Change: Economic Policy in Fujimori's Peru, 29 COMP. POL. 209, 211-12 (1997) (Yönetiminde 1992 Peru Anayasasının biçimlendiği geleceğin Peru Başkanı Alberto Fujimori'nin, ağırlıkla Washington konsensusundan ödünç alınan bir platformda görev yapacağını not etmektedir.).*

⁴⁹ *Bakınız DE SOUSA SANTOS, supra dipnot 12, s. 57-65 (Ekvator ve Bolivya'daki kapitalizm karşıtı siyasetten esinlenen anayasal dönüşüm sürecinin nasıl olduğunu tartışmaktadır).*

⁵⁰ *C.P. md. 49-51 (Kolombiya) (konut hakkı ve çocuklar için ücretsiz sağlık hakkı tanımaktadır) ile, id. md. 336'ı (Kolombiya) (hükümetin tekel yaratabilmesini sınırlamaktadır) karşılaştırın.*

bölgesel örgütlenmesi bakımından da önemli değişiklikler getirmiştir. İlk olarak, reformların çoğunluğunu, demokrasi ve vatandaş katılımını genişletme ve güçlendirme düşüncesi yönlendirmiştir. Bundan dolayı, reformlar sadece –askeri rejimleri ortadan kaldırmada çok önemli olan- temsili demokrasiyi onarmayı amaçlamamakta, aynı zamanda vatandaş katılımı için yeni alanlar yaratmaktadır. Reformlar bunu iki değişik açıdan gerçekleştirmektedir: ilk olarak, halk istişaresi ve referandum gibi doğrudan demokrasi mekanizmalarının kabulü ve genişletilmesi yoluyla,⁵¹ ve ikinci olarak, kamusal işleri yurttaş kurulları (örneğin, kamu hizmetlerinin yönetimini denetlemek için kullanıcı dernekleri) oluşturarak denetleme yoluyla.⁵² Bu açıdan, Bolivya ve Ekvator Anayasaları anlamlı bir şekilde farklıdır, çünkü bu anayasalar -liberal demokrasinin sınırlarının üstesinden gelmeyi amaçlayan- yeni katılım biçimlerini teşvik etmekte ve yerli halklar tarafından geliştirilen topluluk demokrasinin tanınmasını içermektedir.⁵³

İkinci olarak, çeşitli anayasalar, açıkça, seçim sürecinin daha adil ve şeffaf olmasını sağlamak için, uzmanlaşmış ve özerk tipte seçim kurumları kurmaya çalışmaktadır.⁵⁴ Bu anlamda, son reformlar, bağımsız bir seçim organının olmadığı Avrupa Modelinin aksine, bazılarının Latin

⁵¹ Örneğin, Kolombiya Anayasası plebisit, referandum, halk istişaresi, açık oturum ve görevden azli düzenlemektedir. C.P. md. 103-106 (Kolombiya). Benzer şekilde, Venezüella Anayasası, kamu görevlilerinin seçimi, referandum, halk istişaresi, görevden azil, halk girişimi (anayasal ve kurucu), açık oturum ve halk meclisi yollarıyla yurttaş katılımını öngörmektedir. VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 70. Ekvator'da, halk istişaresi ve görevden azil Anayasasının 103-107 maddeleri arasında düzenlenmiştir. EKVATOR ANAYASASI, md. 103-107. Latin Amerika'daki son dönem anayasal süreçlerde doğrudan demokrasinin yükselişine ilişkin tartışmalar için, bakınız Monica Barczak, *Representation by Consultation? The Rise of Direct Democracy in Latin America*, 43 LATIN AM.POL. &SOC'Y 37, 38(2001).

⁵² Örneğin bakınız, C.P. md. 318 (Kolombiya.) (kent konseylerini, belediye hizmetlerinin sağlanmasına nezaret etmek ve denetlemek için yerel idari kurullar kurmakla yetkilendirmektedir); VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 184.1, 184.2, 184.6 (kamu işleri projelerinin, sosyal programların ve kamu hizmetlerinin denetimini topluluk ve mahalle gruplarına devrini emretmektedir).

⁵³ Bakınız BOLİVYA ANAYASASI, md. 30 (yerli halkların kendi kurallarına ve yöntemlerine göre temsilci seçme hakkını tanımaktadır); EKVATOR ANAYASASI, md. 57 (yerli halkların kendi sosyal örgüt biçimlerini geliştirme hakkını tanımaktadır).

⁵⁴ Örneğin bakınız, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE [C.P.] md. 95 (Şili) (seçim uyumsuzluklarında bağımsız karar alınması için *Tribunal Calificador de Elecciones* [Seçim Yeterlilik Mahkemesi]'ni kurmaktadır); EKVATOR ANAYASASI, md. 218-222 (her ikisi de bağımsız hukuki statüye, idari, mali ve kurumsal özerkliğe sahip, the *Consejo Nacional Electoral* [Ulusal Seçim Konseyi] ile the *Tribunal Contencioso Electoral* [Seçim Uyumsuzluklarını Uzlaştırma Mahkemesi]'ni kurmaktadır).

Amerikan seçim örgüt modeli isimlendirdiği şeyi yansıtmaya eğilimlidir.⁵⁵

Üçüncü olarak, anayasal reformların hemen hepsi ademi merkeziyet sürecini güçlendirmiştir. Genel oyla seçilen yerel görevlilerin sayısı arttırmıştır ve yerel makamlara, özellikle sosyal harcamalar bakımından yeni yetkiler verilmiştir.⁵⁶ Ek olarak, kaynakların merkezi yönetimden yerel yönetimlere büyük ölçüde aktarılması nedeniyle, yerel makamları ekonomik olarak yetkilendiren mekanizmalar sonunda kurulmuştur.⁵⁷ Öte yandan, yerel özerkliğin güçlendirilmesinin bazı anayasal süreçlerde yoğun tartışmalara neden olduğu not edilmelidir. Doğal kaynakların işletilmesinden gelen paranın, merkezden yönetilmesi etrafında dönen tartışmaların meydana geldiği Santa Cruz gibi petrol zengini bölgelerin, Eva Morales Hükümetinin merkezi talepleri ile yerli hareketle karşı karşıya geldiği Bolivya'da durum böyleydi.⁵⁸ Bu anlaşmazlık anayasal sürecin sürdürülebilirliğini tehdit etmiştir.⁵⁹

Dördüncü olarak, reformlar, özerklikleri ile mali denetim ve gözetim becerilerini güçlendirerek, devleti veya kamu ilişkilerini denetleyecek kamu kurullarını güçlendirmeye çalışmışlardır. Örneğin, Venezüella Anayasası denetim kurulları içeren, vatandaş gücü olarak ifade edilen tamamen yeni bir dizi yetki getirmiştir.⁶⁰ Bu arada, Kolombiya Anayasası, Kamu Bakanlığı (Procurator General ve Defender of the People) ve Controller General gibi, bir dizi denetim kurulu oluşturmuştur.⁶¹ Bu denetim kurumları, daha iyi bir güçler dengesi

⁵⁵ *Bakınız* Jesús Orozco Henriquez, *The Mexican System of Electoral Conflict Resolution in Comparative Perspective*, 2 TAIWAN J. DEMOCRACY 51, 52-54 (2006) uzmanlaşmış ("üstün Latin Amerikan" modeli seçim mahkemelerini, diğer başka seçim uyumsuzluklarının çözüm sistemleri ile karşılaştırmaktadır).

⁵⁶ *Bakınız* Eliza Willis et al., *The Politics of Decentralization in Latin America*, 34 LATIN AM. RES. REV. 7, 11 tbl.1 (1999) (çeşitli Latin Amerikan uluslarının yerel ve bölgesel yetkililerinin seçileceğini mi, yoksa atanacağını mı not etmektedir); *id.* s. 13 tbl.2 (ademi merkeziye öncesi ve sonrası çeşitli Latin Amerikan uluslarındaki merkezi, eyalet ve yerel yönetimlerin toplam yüzdesi olarak gelir ve giderleri derlemektedir); *id.* s. 25, 34 (Arjantin ve Kolombiya'da yerel yönetimlere tanınan yeni yetkileri ve sorumlulukları tanımlamaktadır).

⁵⁷ *Bakınız id.* s. 13 tbl.2 (çeşitli Latin Amerikan ülkelerinde toplam hükümet harcamalarının yüzdesi olarak yerel ve eyalet harcamalarındaki artışı açıklamaktadır).

⁵⁸ *Bakınız* John Lyons, *Bolivia Vote Likely Won't End Stalemate, Undermining Stability*, WALL ST. J., Aug. 11, 2008, s. A6 (doğal gaz gelirleri üzerinde Bolivya başkanı ile zengin doğu bölgeleri arasındaki çatışmayı açıklamaktadır).

⁵⁹ *Bakınız id.* (Kolombiya'nın yeni Anayasasının tasarlanması sürecini şiddetli çatışmaların eşliğinde "kanlı" olarak tanımlamaktadır).

⁶⁰ VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 273.

⁶¹ C.P. md. 267, 275, 281 (Kolombiya).

kurmaya yönelik yatay sorumluluk mekanizmaları olarak⁶² ve aynı zamanda vatandaşlara haklarını talep edebilmelerini güçlendiren dikey sorumluluk biçimleri olarak hizmet ettiklerinden, reform sürecinde çifte rol oynamaktadırlar.⁶³

Beşinci olarak, bölgedeki bütün anayasal süreçlerde, gözetim kurullarının güçlendirilmesine ortak bir unsur eşlik etmektedir: yargısal sistemi güçlendirme çabası. Yargısal sistemin güçlendirilmesi, sadece ceza yargılamalarında ve anlaşmazlıkların çözümünde etkinliğini arttırmak için değil,⁶⁴ aynı zamanda bütün bölgede son derece zayıf olduğu (haklı olarak) görülen yargı bağımsızlığını arttırmak için yapılmıştır.⁶⁵ Yargı bağımsızlığının artırılması amacı bakımından, ortak bir mekanizma, yargı için özerk yönetim kurulları oluşturarak, yargıçların adaylığı ve terfisinde yürütmenin doğrudan müdahalesini ortadan kaldırma çabasıdır.⁶⁶ Yargıçların seçiminden kısmen sorumlu bu organlara,

⁶² Bakınız Guillermo O'Donnell, *Delegative Democracy*, 5 J. DEMOCRACY 55, 61 (1994) ("Kurumsallaşmış demokrasilerde, sorumluluk, seçilmiş görevlilere sandıkta hesap verdirerek sadece dikey değil, fakat aynı zamanda, akla sorular getiren kısmen özerk bir iktidarlar (örneğin diğer kurumlar) ağı boyunca yataydır ve nihayet söz konusu görevlilin sorumluluklarından uygun olmayan yollarla sıyrılmasını cezalandırır.").

⁶³ Bu denetim kurumlarından bazıları, özellikle Procurator General's Office ve Defender of the People, bireylerin talepleri bakımından siyasi organlar önünde sözcü gibi hareket ederler. Bakınız C.P. md. 277 (Kolombiya) (Procurator General'e yargısal davalara müdahale etme ve kongreye yıllık rapor verme yetkisi tanımaktadır); *id. md. 282* (Defender of the People'in ceza ve hukuk davalarına müdahale etmesine ve kongreye kanun tasarısı ve rapor sunmasına izin vermektedir).

⁶⁴ Bakınız Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito & Mauricio García Villegas, *Las cifras de la justicia [The Statistics of Justice]*, in *¿JUSTICIA PARA TODOS? SISTEMA JUDICIAL, DERECHOS SOCIALES Y DEMOCRACIA EN COLOMBIA [JUSTICE FOR ALL? THE JUDICIAL SYSTEM, SOCIAL RIGHTS AND DEMOCRACY IN COLOMBIA]* [bundan sonra *¿JUSTICIA PARA TODOS?*] 319,377- 80 (Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito & Mauricio García Villegas eds., 2006) (Kolombiya'da ceza adaleti sisteminin etkililiğini artırma çabalarını tartışmaktadır.)

⁶⁵ Bakınız Roberto Gargarella, *Recientes reformas constitucionales en America Latina: una primera aproximación [Recent Constitutional Reforms in Latin America: A First Approximation]*, 36 *DESAROLLO ECONÓMICO [ECON. DEV.]* 971, 972 (1997) ("Şüphesiz, yeni bölgesel anayasacılığın en önemli sorunlarından birisi tam yargı bağımsızlığını güvenceye almaktır"). Bir örnek durumu açıklayabilir. Bağımsızlık, Arjantin'de, yüksek mahkeme yargıçlarının sözde *de facto* doktrine dayanarak defalarca akladığı diktatörlük ve *de facto* hükümetlerin derinden etkisi altında kalmıştır. *Id.* Hatta, sivil yönetim dönemi süresince, hükümet "mahkemedeki yargıç çoğunluğunun oluşumunu sistematik olarak değiştirmiş, böylece iktidardaki siyasi rejimin tercihlerini her zaman kayıran yargısal liderliği güvence altına almıştır (1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1983, ve 1990'da durum böyleydi)." *Id.*

⁶⁶ Bakınız Rodrigo Uprimny Yepes, César A. Rodríguez Garavito & Mauricio García Villegas, *Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas [Justice, Democracy and Violence in Colombia: The Evolution of the Judicial System During the Last Two Decades]*, in *¿JUSTICIA PARA TODOS?*, *supra* dipnot 64, s. 265, 310-13 (Kolombiya yargısının özerkliğe doğru ilerlemesini özetlemektedir).

genellikle yüksek yargı konseyleri denmektedir.⁶⁷ Yargının güçlendirilmesiyle sadece etkililiğin ve bağımsızlığın artırılması amaçlanmamakta, fakat aynı zamanda bu organa insan haklarının korunması ve güvencesi olarak ve herhangi bir siyasi organın keyfi müdahale olasılığını denetlemek için yeni sorumluluklar yüklenmektedir.⁶⁸

Denetim organlarının ve yargının güçlendirilmesi süreçlerine, çoğu ülkede devlet kurumları ve geleneksel hükümet organları arasında daha iyi bir denge kurabilmek amacıyla, siyasi sistemi yeniden tasarlayacak oldukça kapsamlı bir strateji eşlik etmektedir.⁶⁹ Bu tip bir reform, ülkenin aşırı başkanlık yetkileriyle başa çıkmasına imkan verecektir. Bundan dolayı, anayasal düzeltmenin altıncı önemli sonucu, başkanlık yetkilerinin bazılarını azaltmak ve kongrenin elindeki denetim ve karar alma yetkisinin seviyesini yükseltme eğilimidir.⁷⁰ Öte yandan başkanlığın ılımlaştırılması sınırlıdır, çünkü hiçbir Latin Amerika ülkesi parlamenter çözümleri seçmemiştir.⁷¹

⁶⁷ *Bakınız id.* (Yüksek Yargı Konseyinin rolünü tartışmaktadır).

⁶⁸ *Bakınız* JUAN CARLOS CALLEROS, THE UNFINISHED TRANSITION TO DEMOCRACY IN LATIN AMERICA 40 (2009) (hükümetin diğer organlarını denetleyebilecek tarafsız bir yargıyı teşvik ederek tüm vatandaşların haklarını koruyacak yargı bağımsızlığını incelemektedir); ENCYCLOPEDIA OF WORLD CONSTITUTIONS 273 (Gerhard Robbers ed., 2007) ("Ekvator Anayasası, 1996'da bir Anayasa Mahkemesi kurulduğunda ve bütün kanunların ve bütün hükümet organlarının idari eylemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapma yetkisi verildiğinde, daha fazla nüfus kazanmıştır.")

⁶⁹ *Bakınız* J. Mark Payne & Juan Cruz Pemsia, *Reforming the Rules of the Game: Political Reform, in THE STATE OF REFORM IN LATIN AMERICA* 57, 60 (Eduardo Lora ed., 2007) ("Ek olarak, ademi merkezîyet, esas olarak ulusal görevlilerin seçiminde kullanılan yöntemlerdeki değişikliklerin harekete geçirmesiyle, alt-ulusal yönetim düzeyleri bakımından daha fazla siyasi, mali ve idari özerklik ile sonuçlanmıştır . . .").

⁷⁰ *Örneğin* *bakınız*, JORGE I. DOMÍNGUEZ, DEMOCRATIC POLITICS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN 81 (1998) (başkanlık yetkileri üzerindeki denetimini genişleten ve "yasamaya daha fazla egemenlik tanıyan" Kolombiya, Nikaragua ve Arjantin'deki anayasa değişikliklerini anlatmaktadır).

⁷¹ Parlamenter rejime geçiş ihtimali şiddetle tartışılan tek ülke Brezilya'ydı, fakat anayasa kabul edildikten birkaç yıl sonra referandum'da bu formül reddedildi. *Bakınız* Lei No. 8.624, de 24 de Fevereiro de 1993, COL, LEIS REP. FED. BRASIL, 185 (2): 281-83, Fevereiro 1993 (Brezilya) (parlamenter mi yoksa başkanlık sistemi mi olacağı da dahil olmak üzere hükümet biçimini kararlaştırmak için 1993 ulusal referandumu için hüküm getirmekte ve referandum tarihini belirlemektedir); *Bakınız aynı zamanda* REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY 8 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994) (referandum sonuçlarının açıkça %31'e %69 oy oranıyla parlamenter sistem yerine başkanlık sistemi lehine çıktığını not etmektedir). Öte yandan, çok sayıda akademisyen 1990'larda parlamenter sistemin erdemlerini savunmuştur. *Örneğin* *bakınız*, Rodrigo Uprimny, Op-Ed., *La crisis boliviana y la opción del parlamentarismo [The Bolivian Crisis and the Parliamentary Option]*, SEMANA, Apr. 3, 2005, <http://www.semana.com/opinion/crisis-bolivianaopcion-del-parlamentarismo/85625-3.aspx> (parlamenter sistemin muhtemel yararlarını açıklamaktadır).

Ek olarak, bölgenin anayasaları, Birleşik Devletlerde olduğu gibi, klasik başkanlık modeli ile karşılaştırıldığında, başkan için muazzam yetkiler tanımıştır.⁷² Bundan başka, başkanlığın üstünlüğünü sınırlama ve güçleri tekrar dengeleme çabaları, paradoksal olarak, başkanın (özellikle karizmatik yöneticiler seçmek için) acilen yeniden seçilmesi ihtimalini onaylayan bir genel yaklaşımla, Arjantin'de Menem,⁷³ Brezilya'da Cardoso,⁷⁴ Peru'da Fujimori,⁷⁵ Kolombiya'da Uribe,⁷⁶ ve Venezüella'da Chavez⁷⁷ örneklerinde olduğu gibi, yan yana gelmiştir. Bu örnekler Latin Amerika'da aşırı başkanlık yetkilerini sınırlama girişimlerinin oldukça zayıf kaldığını göstermektedir. Ek olarak, güçler dengesi ile devlet ve ekonomi arasındaki ilişki bakımından farklı süreçler vardır, çünkü bazı anayasa metinleri açıkça başkanlık yetkilerini güçlendirmeyi istemektedir. Bu yaklaşımın önemli bir örneği Ekvator Anayasasıdır.⁷⁸

Latin Amerika'da son anayasal süreçlerin kurumsal düzeydeki yedinci yönü, özellikle ekonomik konularda,⁷⁹ düzenlemelerin teknik işlevinden sorumlu-klasik güçler ayrılığıyla uyuşmayan- özerk devlet kurumlarının varlığını tanıma eğilimidir. Denetim organları ve seçim örgütlerinin güçlendirilmesine ek olarak, özerk devlet kurumlarının tanınması, klasik üç yetkili organ: yasama, yürütme, yargı, teorisini yeniden tanımlama ve

⁷² Gargarella, *supra* dipnot 65, s. 978.

⁷³ *Bakınız* John M. Carey, *The Reelection Debate in Latin America*, in *LATIN AMERICAN DEMOCRATIC TRANSFORMATIONS: INSTITUTIONS, ACTORS, AND PROCESSES* 79, 79 (William C. Smith ed., 2009) (Menem'i, Fujimori'den sonra, yeniden seçilmeyi sağlamak için anayasal reform yapan ikinci Latin Amerikan başkanı olarak kaydetmektedir).

⁷⁴ *See Brazil on Borrowed Time*, *ECONOMIST*, Nov. 8, 1997, s. 37 (Cardosa'nın yeniden seçilmesini sağlayan anayasa değişikliğini tartışmaktadır).

⁷⁵ *Bakınız* STEFANIE MANN, *PERU'S RELATIONS WITH PACIFIC ASIA: DEMOCRACY AND FOREIGN POLICY UNDER ALAN GARCÍA, ALBERTO FUJIMORI, AND ALEJANDRO TOLEDO* 149 (2006) ("1993'te, Peru Anayasası, Fujimori'nin üçüncü defa seçilmesini sağlamak için manipüle edildi. . . .").

⁷⁶ *Bakınız* Carey, *supra* dipnot 73, s. 79 ("Kolombiya Başkanı Alvaro Uribe tekrar seçilmek için değişiklik yaptırdı ve Mayıs 2006'da oyların büyük çoğunluğunu elde ederek ikinci defa seçimleri kazandı").

⁷⁷ *Bakınız id.* ("1999'da, yeni seçilen Venezüella başkanı Hugo Chavez, kendisini egemen ilan ederek Konre'yi dağıtan ve başkanlık süresini beşten altı yıla çıkaran ve peşpeşe seçime izin veren, yeni bir hükümet şartı hazırlayan bir kurucu meclis topladı. Başkan Chavez gelecek yıl yeniden seçilmek için aday oldu")

⁷⁸ *Bakınız* KINTTO LUCAS, *WE WILL NOT DANCE ON OUR GRANDPARENTS' TOMBS: INDIGENOUS UPRISINGS IN ECUADOR* 5 n.7 (2000) ("1998'da seçimle oluşturulan Ekvator Ulusal Kurucu Meclisi . . . yetkileri kongreden alıp yürütmeye aktarma amacı taşıyan bir dizi anayasal reform getirdi").

⁷⁹ *Örneğin* *bakınız*, C.P. md. 267-268 (Kolombiya) (Office of the Controller General kurmakta ve hazine ve ekonomiyi düzenlemek üzere "idari ve mali" yetki vermektedir); *VENEZÜELLA ANAYASASI*, md. 318 (Venezüella Merkez Bankasını kurarak, ulusal para sisteminin istikrarı sağlamak ile maliye ve para politikasını uyumlu hale getirmek sorumluluğunu vermektedir.).

değiştirme girişimini getirmiştir.⁸⁰ Bu gelişmeler, anayasacılığın temel bir unsuru olan güçler ayrılığı düşüncesinin terk edilmesini içermemektedir, fakat bunun yerine —Venezüella ve Ekvator Anayasalarının yaptığı gibi⁸¹—diğer organların yetkilendirilmesi ihtimalini ortaya atmakta veya geleneksel devlet yetkileri kullanmayan özerk organlar kurmaktadır.

III. Ortak Anayasal Eğilimler ve Ulusal Farklılıklar

Latin Amerika ülkeleri arasında ortak eğilimlerle mi karşılaştığımız, yoksa önemli ulusal farklılıklar mı olduğu sorulmaya değerdir. Ayrıca, anayasal değişimlerin bölgede daha güçlü ve köklü demokrasilere katkı yapıp yapmadığını da incelemeliyiz.

A. Ortak Eğilimler: Dönüşümcü, Eşitlikçi, Katılımcı ve Çoğulcu Yeni Anayasacılık?

Son yıllardaki Latin Amerikan anayasal düzeninin bazı ortak ve orijinal özelliklerini daha soyut bir düzeyde saptamak mümkündür. İlk olarak, bütün sistemler, hem de teori hem uygulamada belli hukuk devleti ve anayasacılık biçimlerine bağlılık gösterirler. Son on yılda, 2002'de başarısız Chavez'i düşürme girişimi ve Honduras'ta 2009'daki darbe dışında herhangi bir askeri ayaklanma olmamıştır.⁸² Ekvator ve Bolivya'daki çeşitli durumlar da içinde olmak üzere- bazı başkanlar ülke dışına gönderilmiştir, ancak hiçbirisi geçmişte olduğu gibi askeri müdahale sonucu değil, fakat halk ayaklanması gibi diğer mekanizmalar sonucu gerçekleşmiştir.⁸³ Sivil hükümetlerin böyle güçlenmesi ufak bir başarı gibi görünebilir, fakat 19. ve 20. yüzyıllar boyunca bölgedeki askeri diktatörlüğün sıklığı dikkate alındığında, Latin Amerikanın siyasi

⁸⁰ Cf. Cynthia R. Farina, *The Consent of the Governed: Against Simple Rules for a Complex World*, 72 CHI.-KENT L. REV. 987, 987-89 (1997) (modern idare hukukunun uyarlanabilen niteliğinin, bu hukuku hem geleneksel kurumsal meşruluk kavramları ile uzlaşmaz kıldığını hem de endüstriyel demokrasi sonrası halkın taleplerini saptamak bakımından daha iyi konuma getirdiğini tartışmaktadır).

⁸¹ *Örneğin bakınız*, EKVATOR ANAYASASI, md. 217 (vatandaşların siyasi haklarını korumakla sorumlu, hükümetin seçim organını oluşturmaktadır); *id. md. 217-224* (hükümetin seçim organını tanımlamak ve yetkilendirmektedir); VENEZÜELLA ANAYASASI, md. 273 (yurttaş erkini uygulayan Cumhuriyet Etik Kurulu'nu yaratmaktadır).

⁸² *Bakınız* Stephen Johnson, Op-Ed., *Chavez is Gone! No, He's Back!*, WALL ST. J., Apr. 15, 2002, s. A16 (Venezüella'daki başarısız askeri darbe girişimini yorumlamaktadır); Paul Kieman et al., *Coup Rocks Honduras*, WALL ST. J., June 29, 2009, s. A1 (Manuel Zelaya'nın ordu tarafından ülke dışına çıkarılmasını rapor etmektedir).

⁸³ *Bakınız* Kieman et al., *supra* dipnot 82, s. A8 (Manuel Zelaya'nın ordu tarafından ülke dışına çıkarılmasını rapor etmektedir); Mary Anastasia O'Grady, Op-Ed., *Ecuadorans Say "No Mas" to Gutierrez*, WALL ST. J., Apr. 22, 2005, s. A13 (Başkan Lucio Gutierrez'in Kongre tarafından görevden alınmasını yorumlamaktadır).

ve kurumsal gerçekliğinde köklü bir değişimi ifade eder. Latin Amerika, artık bir dereceye kadar, ilk gerçek anayasacılık dalgasının tadını çıkarmaktadır.

İkinci olarak, Latin Amerika anayasacılığında yeni ve ortak bir eğilim hemen tüm alanlarda çoğulculuğun ve çeşitliliğin tanınması ve takdiridir. Gördüğümüz üzere, bu anayasacılık, yerli öncülüğünde, çok kültürlü, veya hatta çok ulusludur.⁸⁴ Ek olarak, çeşitli ekonomi biçimlerini geliştiren bir anayasacılıktır: Pazar ve devletin yanında, topluluğun ekonomik üretim biçimleri vardır.⁸⁵ Ve, belirtildiği üzere, bu anayasacılık bir dereceye kadar, hatta yasal kaynaklar düzeyinde bile, yasal çoğulculuğa yol açmaktadır.⁸⁶

Üçüncü, ve doğrudan yukarıdakilerle bağlantılı olarak, son dönem Latin Amerikan Anayasacılığı sağlam bir eşitlikçi temelde aspirasyonel veya dönüştürücü olması bakımından da yenidir. Gerçekten de, anayasal süreçlerin, demokrasiyi kökleştirme ve sosyal, etnik ve cinsiyet dışlaması ile eşitsizlik ile savaşmaya çalıştığı açıktır. Bu anlamda, Ruti Teitel'in terimini kullanarak reformların çoğu geriye dönük değil, ileriye dönük metinler ortaya çıkarmıştır.⁸⁷ Mevcut iktidar ilişkilerini kodifiye etmeye çalışmaktan ziyade, anayasalar gelişen bir toplum modeli çizmektedir. Bu anlamda, bunlar, Mauricio Garcia gibi bazı yazarların deyimleriyle "aspirasyonel" anayasalardır⁸⁸ veya, Boaventura Santos'un deyimiyile, "dönüştürücü" anayasalardır, çünkü hakları ve herkesin refahını belli düzeylerde gerçekleştirme sözü vererek, demokrasi getirmeye yetkin toplum ile Latin Amerikan toplumlarının geleneksel olarak dışlanan sektörlerine yardım, önerirler.⁸⁹

⁸⁴ *Bakınız supra* dipnot 18 ve içindeki açıklamalar.

⁸⁵ *Örneğin bakınız*, BOLİVYA ANAYASASI, md. 30 (yerli gruplara kendi ekonomik sistemlerini uygulama hakkı vermektedir).

⁸⁶ *Bakınız supra* dipnot 36 ve içindeki açıklamalar.

⁸⁷ *Bakınız* Ruti Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, 106 YALE L.J. 2009, 2056 (1997) ("Geçerli modern paradigmada, anlamlı siyasi değişiklik ile anayasa değişikliği arasında güçlü bir bağlantı kurma isteği vardır. Anayasanın ideali ileriye dönüktür; amaç geçmişi geride bırakmak ve daha aydınlık olanına doğru ilerlemektir).

⁸⁸ *Bakınız* Mauricio García Villegas, *El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia* [Law as Hope: Constitutionalism and Social Change in Latin America, with Some Illustrations from Colombia], in *¿JUSTICIA PARA TODOS?*, *supra* dipnot 64, s. 201, 209-27 ("aspirasyonel anayasacılığın" yararları, maliyeti, esası ve eleştirisini incelemektedir.).

⁸⁹ *Bakınız* DE SOUSA SANTOS, *supra* dipnot 12, s. 107-11 (Güney Amerika'da gözlenen dönüştürücü anayasacılığı özetlemektedir).

Son dönem Latin Amerikan Anayasacılığının dönüştürücü niteliği genel olarak iki yol izlemektedir. İlk olarak, kolektif, ekonomik ve kültürel hakların tanınması göz önüne alınırsa -özellikle de bunlara yasal güvence sağlanmışsa-, hakların zengin olduğu anayasalar sosyal eşitlik ve demokratik dönüşüme daha fazla katkı sunmaktadır.⁹⁰ İkinci olarak, bu anayasalar, aynı zamanda, daha adil bir topluma dönüşümün demokratik katılım mekanizmalarının genişlemesiyle yapılabileceğini varsayar, bunlar için, -temsili demokrasiye ek olarak- demokratik tartışma ve hareketlilik açısından yeni alanlar inşa ederler.⁹¹

Bu iki dönüştürücü misyon, (demokratik katılımın genişlemesi ve yeni anayasal hakların tanınması) yeni Latin Amerikan anayasacılığının iki yeni özelliğini açıklamaktadır: ilk olarak, demokrasiyi yeniden düşünme ve tasarlama çabası ve ikinci olarak, Latin Amerika'nın sağlam anayasal veya yeni anayasal biçimlerin tanınması. Öte yandan, temsili demokrasiyi reddetmeden, bazı anayasalar demokratik katılım için alanlar ve yeni kurumlar aracılığıyla, bunu sağlamaya çalışmaktadır. Vatandaşlar, temsilcileri seçme ve azletmeye ek olarak, referandum, plebisit veya halk girişimi gibi doğrudan araçlarla karar alabilirler.⁹² Bundan başka, Bolivya ve Ekvator gibi en yeni olanlarından içinde olduğu çeşitli anayasalar-yerli ve diğer etnik toplulukların özerliği ile yakından ilgili bir özellik olan- topluluk demokrasisi biçimlerini kabul etmiş ve güçlendirmişlerdir.⁹³ Bundan dolayı bazı yazarlar, "Dünyadaki en ileri anayasal formülasyonlarından birisi"ni⁹⁴ yaratan, temsili demokrasiyi, katılımcı ve komünal demokrasi ile bir araya getiren, "demokratik çeşitlilik" veya "kültürler arası demokrasi" biçimlerinden bahseder.

Diğer yandan, anayasaların dönüştürücü etkisini gerçekleştirmenin bir başka yolu, hukuksal gücünü kuvvetlendirmektir. Aslında, bu anayasaların çoğu toplum yaşamını etkin olarak yöneten metinler olmayı arzuladıklarından, verdikleri hak ve refah vaatlerinin sadece söylem değil, fakat uygulamada etkili kanuni buyruklar olduğunu güvenceye almak için anayasa yargısı mekanizmalarını düzenlerler.⁹⁵ Bu anlamda, 1990'ların anayasal reformları, Latin Amerika'ya, bazı yazarların "yeni

⁹⁰ *Bakınız supra* dipnot 27-33 ve içindeki açıklamalar.

⁹¹ *Bakınız supra Part II.*

⁹² *Bakınız supra* dipnot 51 ve içindeki açıklamalar.

⁹³ *Bakınız supra* dipnot 53 ve içindeki açıklamalar.

⁹⁴ *Bakınız* DE Souza SANTOS, *supra* dipnot 12, s. 76-83 (Bolivya ve Ekvator'da çoğulcu anayasacılığın ve kültürlerarası demokrasinin gelişimini tartışmaktadır.).

⁹⁵ *Bakınız supra* dipnot 87-91'e eşlik eden açıklamalar.

anayasacılık”,⁹⁶ veya diğerlerinin "anayasal haklar durumu" ("yasaya dayanan haklar durumu"nın karşıtı olarak) olarak isimlendirdiğini⁹⁷ getirmiştir. Sonuç olarak, güçlü anayasacılık biçimleriyle karşı karşıyayız.

Son olarak, bütün bu özellikler, aynı zamanda yeni Latin Amerikan anayasalarının bazı ortak ve şekli niteliklerini ve karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde çok geniş olmalarını açıklamaktadır. Bu yeni anayasalar sadece yürürlükten kaldırdıkları anayasalardan değil, fakat aynı zamanda, genel olarak, Dünyanın diğer bölgelerindeki anayasalardan, özellikle de kapitalist rejimi uygulayanlardan, çok daha kapsamlıdır.⁹⁸

B. Sadece Yeniden Meşrulaştırıcı Anayasacılık ile Gerçek Dönüştürücü Anayasacılık Arasındaki Muhtemel Ulusal Farklılıklar

Yeni Latin Amerikan anayasal süreçlerinin çoğunda ortak olan yukarıdaki özellikler, mevcut sistemlere ailesel benzerlik özelliği vermektedir. Bu nedenle çağdaş Latin Amerikan anayasacılığının, önceki Latin Amerikan sistemlerinden veya modern Dünyadaki diğer anayasacılık biçimlerinden farklı olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, yeni Latin Amerikan anayasal süreçleri arasındaki benzerliklerin farklılıklarından çok daha ağır bastığına inanıyorum. Fakat, açık olarak önemli ulusal farklılıklar bulunduğundan, bunun tartışmalı bir tez olduğunu kabul ediyorum; eğer farklılıklar vurgulanırsa, bölgede farklı anayasacılık teorilerinden bahsedilebilir. O halde, bu farklılıkları açıklamak yerinde olur.

⁹⁶ Örneğin bakınız, Miguel Carbonell, *Prólogo: Nuevos tiempos para el constitucionalismo [Prologue: New Times for Constitutionalism]*, in NEOCONSTITUCIONALISMO(S) [NEOCONSTITUTIONALISM(S)] 9, 9-12 (Miguel Carbonell ed., 2003) (yeni anayasacılığın yakın geçmişte ortaya çıkışını tanımlamaktadır.).

⁹⁷ Bakınız Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho [Past and Future of the State of Law]*, in NEOCONSTITUCIONALISMO(S), *supra* dipnot 96, s. 13, 14, 20-22 (iktidarda olanların hukuku kontrol ettiği geleneksel "kanuna dayanan hukuk hali"ni, hukukun iktidarda olanları kontrol ettiği modern "anayasaya dayanan hukuk hali" ile yan yana koymaktadır.).

⁹⁸ Bakınız Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*, 56 AM. J. COMP. L. 75, 122-23 (2008) (Birleşik Devletlerdeki az sayıdaki hükümlerle karşılaştırıldığında, Latin Amerika ülkelerindeki ekonomik ve sosyal hakların düzeyini kabul etmekte ve ayrıca, Latin Amerika devletlerinin hak ihlallerinde yarıya ulaşmayı sağlamak bakımından "en önde" olduğunu eklemektedir.); *Bakınız aynı zamanda* Rett R. Ludwikowski, *Constitutionalization of Human Rights in Post-Soviet States and Latin America: A Comparative Analysis*, 33 GA. J. INT'L & COMP. L. 1, 11-12, 107-08 (2004) (yeni Latin Amerikan anayasalarının ortaya çıkardığı sosyal konular, insan hakları ve ekonomik sorunların farkındalığını kabul etmekte ve bu anayasaların Sovyet sonrası cumhuriyetlerdeki benzerlerinden daha uzun ve ayrıntılı olmasını tartışmaktadır). *Fakat bakınız* Esquirol, *supra*, s. 76-77 (yeni Latin Amerikan anayasalarının seleflerine göre, ekonomik yaşamı ve hukuk devletini çok büyük ihtimalle reform edemeyeceğini ileri sürmektedir.).

Şematik olarak, (1) anayasal süreçlerin genel amacı ve mantığını; (2) anayasaların benimsediği özel kapsam ve pozisyonlar; ve (3) bu süreçlerin etkisini ve kaynaklandıkları sosyal ve kurumsal uygulamaları dikkate alarak gelişmeleri ayırt edebiliriz. Anayasal sürecin amacı bakımından, bilinçli olarak geçmişinden kurtulmaya çalışan (örneğin, Paraguay, Venezüella, Ekvator ve Bolivya) daha kurucu anayasal süreçler ile bazı geleneksel unsurları koruyarak, mevcut kurumların açıklarını düzeltmeye çalışan daha işlemsel veya oydaşmacı süreçleri (örneğin, Arjantin, Meksika, ve Kosta Rika) birbirinden ayırmak mümkün olabilir.⁹⁹ Anayasal içerik bakımından, iki konu ulusal eğilimleri farklılaştırmış görünüyor: devlet ve ekonomi, özellikle Pazar arasındaki ilişki ile etnik toplulukların çeşitliliği ve özerkliği konusu. Böylece, bir yandan Peru Anayasası gibi daha Pazar taraftarı Washington konsensüsü anayasalar ile Ekvator ve Bolivya Anayasaları gibi, (bazı görüşlere göre) kapitalizmi yenecek bir gündem öneren, daha müdahaleci anayasalar arasında ayırım yapmak mümkündür.¹⁰⁰ Bunun ufak bir farklılık olmadığı açıktır, çünkü devlet, toplum ve ekonomi arasındaki ilişkinin düzenlenmesi yönetimin olmazsa olmaz bir sonucudur.

Diğer yandan, etnik çeşitliliğin tanınması açısından, üç değişik anayasacılık biçimi bulunabilir. Şili, Uruguay, ve Kosta Rika gibi sistemler liberal çoğulculuğu sürdürme eğilimindedirler ve etnik topluluklar için özel haklar tanımazlar.¹⁰¹ Kolombiya gibi diğerleri,

⁹⁹ DE SOUSA SANTOS, *supra* dipnot 12, s. 94-95 (Bolivya ve Ekvator'daki anayasal reformları "yeni bir tip devrimci süreç" olarak özetlemektedir) ile, MERILEE S. GRINDLE, AUDACIOUS REFORMS: INSTITUTIONAL INVENTION AND DEMOCRACY IN LATIN AMERICA 202-03 (2000)'i (siyasi düşüncelerin, elitlerin çıkarlarının ve kurumsal istikrar arzusunun Arjantin ve Bolivya'daki reformları nasıl etkilediğini tanımlamaktadır) karşılaştırın.

¹⁰⁰ MOISÉS ARCE, MARKET REFORM IN SOCIETY: POST-CRISIS POLITICS AND ECONOMIC CHANGE IN AUTHORITARIAN PERU 3, 38 (2005) (1990'da, "[Başkan] Fujimori, sözde Washington konsensüsü tarafından savunulan aşırı değişken bir ekonomik programı uygulamaya koymuş" ve 1993'te, Demokratik Anayasa Kongresi'nin "Pazar ekonomisi için hukuki çerçeve sağlayan...yeni bir anayasayı ustalıkla yapmış" olduğunu gözlemlemektedir) ile, DE SOUSA SANTOS'u, *supra* dipnot 12, s. 94 (Bolivya ve Ekvator'da sosyalist ekonomilerin ortaya çıkışını not etmektedir) karşılaştırın.

¹⁰¹ *Bakanız Cott*, *supra* dipnot 16, s. 42-43 (Uruguay Anayasasının diğer sekiz ülkenin 1990 sonrası anayasalarına göre daha az hakkı güvence altına aldığı not etmektedir); *Voices from Costa Rica: Interviews by Andrew Reding*, 3 WORLD POL'Y J. 317, 317 (1986) ("Kosta Rica'nın uzun bir siyasi çoğulculuk geçmişine sahip" olduğunu belirtmektedir.); Press Release, Special Rapporteur on Human Rights of Indigenous People Addresses Commission on Human Rights, U.N. Press Release HR/CN/1079 (Aug. 8, 2004) ("Şili hala [yerli hakları alanında] [anayasal] reforma başlamamıştır ve henüz Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesini onaylamamıştır"); Roque Roldan Ortega, *Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America 1* (The World Bank Environment Department, Biodiversity Series Paper No. 99, 2004), available at <http://siteresources.worldbank.org/BOLIVIA/Resources/> Roque

özellikle Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla, çok etnikli ve çok kültürlü anayasacılık biçimlerini teşvik etme eğilimindedirler.¹⁰² Son olarak, yeni Ekvator ve Bolivya Anayasaları, çok uluslu ve kültürler arası devlet kurarak daha da ileri gitmektedirler.¹⁰³ Bu Anayasaların anlamlı ulusal farklılıkları bulunmaktadır. Yerli halklarla ilgili yeni hukuki gelişmeleri (Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 169 Nolu Sözleşmesi dahil) anayasalarına hala uyarlamamış olan Latin Amerika devletleri bulunmaktadır.¹⁰⁴ Bu alanda mesafe almış anayasalar "yerli anayasaları,"¹⁰⁵ olarak nitelenebilir, fakat bunların arasında önemli farklılıklar vardır. Belli farklılaşmış vatandaşlık haklarını —1991 Kolombiya Anayasası ile 1998 Ekvator Anayasası gibi¹⁰⁶— çok etnikli, fakat hala üniter bir ulusal devlette tanımak, yerli halkların kendi kaderini tayini kabul eden çok uluslu bir devlet kurmaktan farklıdır.¹⁰⁷

Son olarak, bu reformların etkisi, yeterliliği ve etkililiği bakımından bir değerlendirme yapmak çok zordur. Bu reformların hiçbirinin tamamen yararsız olmadığı açıktır, fakat hiçbirisi radikal olarak dönüştürücü de değildir. Yine de, ülkeler sadece anayasal reformların etki yoğunluğu

Roldan.pdf ("Kosta Rika Anayasasında yerli halklara ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır . . .")

¹⁰² Bakınız Siegfried Wiessner, *Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis*, 12 HARV. HUM. RTS. J. 57, 80 & n.164 (1999) (Kolombiya Anayasasında yerli topluluklara yer verilmesini ve bu toplulukları koruyan Anayasa Mahkemesi içtihatlarını açıklamaktadır).

¹⁰³ Bakınız *supra* dipnot 23-26 ve içindeki açıklamalar

¹⁰⁴ Nicel bir çalışmada, Raquel Yrigoyen, Kolombiya ve Ekvator gibi yerlilere açık olanlardan, Şili ve Uruguay gibi çok sert olanlara kadar Latin Amerika ülkelerindeki yerli halkları etkileyen anayasal hükümlerin oranını ve çeşitliliğini değerlendirmektedir. Yrigoyen Fajardo, *supra* dipnot 13, s. 31-34. Sözleşme hükümleri için bakınız, Int'l Labor Org. [ILO], *Convention Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* (June 27, 1989), available at <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl7C169>

¹⁰⁵ Bakınız Grijalva, *supra* dipnot 26, s. 116 (yerli haklarını anayasal düzeyde resmen tanıyan Ekvator'un girişimini övmektedir); Silvina Ramirez, *Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas sao capazes de garantir os Direitos dos Povos Indigenas? [Seven Problems of the New Indigenous Constitutionalism: Are Latin Americans Able to Guarantee the Rights of Indigenous Peoples Through the Constitutional Matrix?]*, in *Povos INDIGENAS, supra* dipnot 13, s. 213, 216 (anayasal reformlar, 169 Nolu ILO Sözleşmesinin onaylanması ve BM Yerli Halkları Hakları Bildirisi'nin kabulü de dahil olmak üzere Brezilya'nın yerli haklarını düzenleme çabasının örneklerini vermektedir).

¹⁰⁶ Bakınız C.P. md. 330 (Kolombiya) (ülkenin Anayasası ve kanunları çerçevesinde yerli konseylere çeşitli işlevleri kullanma yetkisi tanımaktadır); EKVATOR ANAYASASI, md. 57 (Anayasa ve uluslararası anlaşmaların sınırlamalarına tabi olmak kaydıyla yerli halklara kendini yönetme yetkisi tanımaktadır).

¹⁰⁷ Bakınız Grijalva, *supra* dipnot 26, s. 121-23 (yerli halklara ve topluluklara haklar tanıyan Anayasa hükümlerince getirilen ulusal ve çokuluslu durumları incelemektedir); Ramirez, *supra* dipnot 105, s. 217 (yerli topluluklara farklılaşmış vatandaşlık hakları sağlayan anayasa hükümlerini incelemektedir).

bakımından değil, fakat aynı zamanda anayasal metnlerinin gelişimleri bakımından da farklılaşmaktadır. Bolivya gibi bazı ülkelerde anayasal reformların etkisi çok daha siyasidir.¹⁰⁸ Kolombiya ve Kosta Rika gibi diğer ülkelerde, anayasal reformlar siyasetin önemli ölçüde yargısallaşmasına yol açan yeni bir çeşit yargısal aktivizmi (özellikle anayasa mahkemeleri kaynaklı) ortaya çıkarmıştır; yani, Kongre ve Hükümet tarafından karara bağlanan birçok konu artık mahkemeler tarafından karara bağlanmaktadır, böylece mahkemeler politikalar ve siyaset üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olmaktadır.¹⁰⁹

Bu nedenle, mevcut önemli ulusal farklılıklar, bölgedeki ulusal anayasal oluşumun iki esas eğilimi olduğunu düşündürtebilir: bazı ülkelerde, reformlar gerçekten de yeni ve dönüştürücü anayasacılık biçimine yol açmıştır; diğer ülkelerde, reformlar veya yeni anayasalar, esasen, eşitliksiz ve dışlayıcı kalmaya devam eden mevcut sosyal ve siyasal düzenin meşruluğunu onaran bir araç olma işlevi görmüşlerdir.

IV. Yeni Latin Amerikan Anayasacılığının Akademik ve Politik Sorunları

Latin Amerika'daki son dönem anayasal gelişmeler önemli siyasi ve akademik sorunlar doğurmaktadır: (1) Reformların orijinallliği ve yerindeliği, yani, anayasal değişikliklerin bölgenin demokratik gereksinimlerini karşılayıp karşılayamayacağı; (2) reformların tutarlılığı, yani, anayasanın bileşenleri arasında çözülemez çelişkiler olup olmadığı, reformların tamamlayıcı unsurlar olup olmadığı veya reformların önemli fakat çözülebilir unsurlar olup olmadığı; ve (3) reformların etkililiği. Bu üç sorun akademik bir soruna değinmektedir: Bu anayasal süreçlerin, reformların demokratik potansiyelini güçlendirecek ve reformların otoriter olarak görülme tehlikesi ile reformların sistematik olarak verdiği sözleri yerine getirmekte başarısız görünme tehlikesini azaltacak, adanmış teorik düşüncelerle yan yana olmasının önemi.

A. Reformların Yerindeliği veya Yersizliği

Latin Amerika'da, bağımsızlık dönemlerinden bu yana yinelenen bir anayasal tartışma, anayasal sürecimizin otantikliği ile ilgilidir; yani, kurumlar ve sistemlerin, uluslarımızın sosyal ve siyasal sorunlarına

¹⁰⁸ *Bakınız supra* dipnot 53, 93, 103'e eşlik eden açıklamalar (Bolivya Anayasasındaki yerli halklarının korunmasını ve çok uluslu devletin anayasal kuruluşunu tanımlamaktadır.).

¹⁰⁹ Rachel Sieder et al. *Introduction to THE JUDICIALIZATION OF POLITICS OF LATIN AMERICA*, *supra* dipnot 11, s. 1-2.

uyarlanıp uyarlanmadığı, veya kurucularımızın başka bağlamlarda işe yarayabilen, fakat bizim karmaşık gerçekliğimizde tersine sonuçlar ortaya çıkaran, kurum veya düşünceleri kopyalamaya çalışılıp çalışmadığı.¹¹⁰ Açıkça, bu reformlar, karşılaştırmalı hukuku kullanmama ile belirli kurumsal veya mevzuatsal nakilleri yapmakla ilgili değildir. Bir ülke için diğerlerinin anayasal deneyimlerinden bir şeyler öğrenmeye çalışmak doğaldır. Doğru soru, toplumun temel sorunlarına cevap olacak anayasal düşüncelerin ve önerilen projelerin, görüşlerin ve kurumların diğer ülkelerden ödünç alınıp alınamayacağıdır.

Son dönem Latin Amerikan anayasacılığının amacına uygun olduğunu iddia ediyorum çünkü, tamamı, artan çevresel sorunları olan globalleşmiş bir dünya kapsamındaki —hukuk devletinin istikrarsızlığı,¹¹¹ derin çeşitlilik ile sosyal ve etnik ayrışıklık,¹¹² yargının güçsüzlüğü,¹¹³ ayrımcılık ile sosyal, etnik ve cinsiyet eşitsizliği biçimlerinin sürekliliği,¹¹⁴ ve nüfusun temel haklarının ağır ihlali¹¹⁵ gibi—toplumlarımızın temel sorunlarını ele almaya çalışmaktadır. Kabul edilen formüller, bir sonraki alt bölümde gösterileceği üzere, tartışmalı ve tutarsız olabilir, Ancak, değişen ulusal gerilimleriyle, kesinlikle hayranlık uyandıran bir anayasal-deneyim çabası vardır. Bu çabalar incelenmeyi ve tartışılmayı hak etmektedir.

B. Anayasal Reformların Tutarlılığı veya Tutarsızlığı

Anayasal reform çabaları her zaman tutarlı değildir ve yeni Latin Amerika anayasacılığı, tek başına soyut olarak ele alındığında çekici görünen, fakat, birleştğinde bölgedeki otoriter eğilimleri güçlendirebilen, anayasal uygulamaların eş zamanlı uyarlanmasına bağlı olarak, çok büyük gerilimler tecrübe etmektedir. Örneğin, referandum, plebisit gibi (saf temsili demokrasinin eksikliklerinin ortadan kaldırmak için),

¹¹⁰ *Örneğin bakınız*, Simón Bolívar, Address Delivered at the Second National Congress of Venezuela in Angostura (Feb. 15, 1819), in 1 Selected Writings of Bolívar 173, 179-80 (Harold Bierck, Jr., ed., Lewis Bertrand trans., 2d ed. 1951) ("L'Esprit des lois (*Kanunların Ruhunu*), kanunların yapıldıkları halklara uygun olmasını; bir ulusun yasalarının bir diğerine uyarlanabilmesinin büyük bir tesadüf olacağını; kanunların ülkenin fiziksel koşullarını, iklimini, toprağının niteliğini, yerini, büyüklüğünü ve insanların yaşam biçimlerini dikkate almasını; Anayasanın izin verdiği halkın dinine, eğilimlerine, kaynaklarına, nüfusuna, alış-verişlerine, alışkanlıklarına ve geleneklerine saygılı belli bir özgürlük derecesine uygun olması gerektiğini söylemez mi? Başvurmamız gereken Kod budur, Washington Kodu değil!").

¹¹¹ *Bakınız supra* dipnot 27-30 ve içindeki açıklamalar.

¹¹² *Bakınız supra* dipnot 23-26 ve içindeki açıklamalar.

¹¹³ *Bakınız supra* dipnot 64-68 ve içindeki açıklamalar.

¹¹⁴ *Bakınız supra* dipnot 19-22, 38-39 ve içindeki açıklamalar.

¹¹⁵ *Bakınız supra* dipnot 45-^7 ve içindeki açıklamalar.

doğrudan demokrasi biçimlerinin kabulü önemlidir. Ancak, bu değişiklikler yapılırken başkanlık yetkileri de güçlendirilirse - mantıken eşitsizlik ve dışlamaların üstesinden gelebilecek bir ortak isteği güçlendirmek gereklidir - bu birleşim patlayıcı ve olumsuz olabilir, çünkü demokratik diktatörlüğün (Caesarism) olumsuz biçimini teşvik eder. Bundan dolayı, eğer bölge, katılımcı demokrasinin gerçek mekanizmalarını kurmak istiyorsa, Latin Amerikan anayasacılığının, *caudillismo* (savaş lordluğu) uğraşısı ve hiper başkanlık (hyperpresidentialism) eğiliminin yine de üstesinden gelmesi gerektiğine olduğuna inanıyorum.

Diğer alanlar ciddi çelişkiler içermese de, sistematik değerlendirmeler gerektiren gerilimlerle karşılaşmaktadır. Yer sınırlaması nedeniyle, sadece çok ciddi iki gerilimi kısaca inceleyeceğim: (1) farklı demokrasi biçimleri arasındaki gerilim ve (2) hem güçlü ve hukuken korunmuş anayasacılığı hem de güçlü demokratik katılımı gerçekleştirme arzusundan kaynaklanabilecek gerilim. Yukarıda açıklandığı üzere, çeşitli yeni anayasalar farklı demokrasi biçimlerini içermektedirler: temsili, doğrudan, ve komunal. Aynı zamanda, Nancy Frazer'in önerdiği ayrıma göre, bu anayasalar, bir yandan adaletin tanınmasını pekiştirirken (özellikle yerli halklar bakımından), aynı zamanda daha fazla sosyal eşitliği ve dağıtıcı adaleti (özellikle sosyal haklar biçiminde) amaçlayan farklı adalet ilkelerini de saygın bir yere yerleştirmiş görünmektedir.¹¹⁶ Ekvator Başkanı Correa ve yerli halklar arasında, yerlilere ait topraklarda mineral kaynakların kullanımı ile ilgili son çatışmaların gösterdiği üzere, bu değişik demokrasi biçimleri ve adalet ilkeleri ciddi gerilimler yaratabilir.¹¹⁷ Bu nedenle, yeni Latin Amerikan anayasacılığı bakımından teorik ve pratik sorun, bu çeşitli demokrasi ve adalet biçimlerinin eşgüdümünün nasıl sağlanacağıdır.

Anayasalar, bir yeni anayasacılık biçimini açık açık telaffuz ederken, aynı anda demokratik katılımı da teşvik ederse, başka gerilimler ortaya çıkmaktadır, çünkü bu girişimler farklı yönleri işaret ediyor görünmektedir. Yeni anayasacılık, oldukça yoğun bir haklar şartının

¹¹⁶ Bakınız Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a "Post-Socialist" Age*, 212 NEW LEFT REV. 68, 69 (1995) ("kültürel tanıma ve sosyal eşitlik" kavramsallaştırması için yeniden bir dağıtım-tanıma modeli önermektedir.).

¹¹⁷ Bakınız Carlos Zorrilla, *Ecuador: Correa Looks to Reopen Unpopular Mining Project in Junin*, INT'L LAND COALITION (Mar. 20, 2010), <http://www.commercialpressuresonland.org/press/ecuador-correa-looks-reopen-unpopular-mining-project-junin> (yerli nüfusun ulusal maden şirketine karşı mücadelesini tartışmaktadır).

güçlendirilmiş yargısal koruması olarak nitelenmektedir, ki bu durum önceden demokratik mekanlarda tartışılan konular hakkında anayasa mahkemesi yargıçlarının karar vermesine yol açar.¹¹⁸ Böylece, imkansız olmasa da, güçlü anayasacılığı, yoğun demokratik tartışma ve katılımı birlikte başarmak, zor görünmektedir.

Kısmen Roberto Gargarella'nın¹¹⁹ oluşturduğu teorik modelden esinlen, anayasal demokrasilerin özet bir tipolojisi, yeni Latin Amerikan anayasacılığının bu alandaki zorluklarına ışık tutmaktadır. Gargarella'dan hareketle, farklı anayasal düşünceleri niteleyen iki önemli değişken (1) anayasa, temel hakları ne kadar tanımakta ve korumaktadır, ve (2) kolektif karar alma bakımından, anayasalar demokratik katılıma ne derece yer vermektedir. Bu iki değişkenin kesişmesiyle, anayasal demokrasiye ilişkin, Tablo 1'de sentezlenen, dört görüş elde ederiz.

Tablo . Anayasal Demokrasi Biçimleri

		Demokratik Katılım ve Tartışma	
		Zayıf	Güçlü
Anayasal Hakların Tanınması ve Korunması	Zayıf	I.Muhafazakar Anayasacılık	III.Cumhuriyetçi ve Radikal Anayasacılık
	Güçlü	II.Liberal Anayasacılık	IV.Yeni Latin Amerikan Anayasacılığı ?

(I) kutuda, mükemmeliyetçi politik görüş ve halk katılımı korkusu nedeniyle hem anayasal hakların hem de yurttaş katılımının zayıf kaldığı muhafazakar anayasacılık düşüncesini bulabiliriz. (II) kutuda, anayasal

¹¹⁸ Bakınız Luis Prieto Sanchis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial [Neoconstitucionalism and Judicial Review]*, in NEOCONSTITUCIONALISMO(S), *supranott* 96, s. 123, 124-31 (anayasal haklar durumunda yargının oynadığı rolü açıklamaktadır).

¹¹⁹ Gargarella, *supra* dipnot 65, s. 977-79.

hakları kişisel özerklik taahhüdü nedeniyle kuvvetlice tanıyan fakat muhafazakarlarla güçlü yurttaş katılımı korkusunu paylaşan liberal anayasacılık bulunmaktadır. (III) Kutu Rousseau'nun felsefesine¹²⁰ benzeyen radikal cumhuriyetçi görüşü yansıtmaktadır ve bu görüş, anayasal hakların sınırlanmaması gereken, güçlü bir halk egemenliği çağrısıyla tanımlanmaktadır. Bundan dolayı Cumhuriyetçiler, anayasal hakların zayıf tanınması ve korunması pahasına, güçlü demokratik katılım ve müzakereyi desteklerler. Gördüğümüz üzere, yeni Latin Amerikan anayasacılığının beklentisi, güçlü demokratik katılım ve müzakereyi eşlik ettiği, hakların güçlü yargısal korunmasını başarmak gibi görünüyor. Bu model imkansız değildir, fakat zordur. Bu düşüncüyü gerçekleştirmenin bir yolu, demokratik katılım ve tartışmayı zayıflatmayıp destekleyecek, hakların yargısal korunmasını sağlayacak anayasal adalet teorisini Latin Amerika açısından geliştirmektir.

C. Reformların Etkisizliği

Yukarıdaki çözümler yeni Latin Amerikan anayasa tasarısının yapısındaki gerilimleri göstermektedir. Aynı derecede önemli bir diğer önemli nokta, Latin Amerikan yasal sisteminin etkililiği ile bağlantılı olarak, bu anayasal sürecin gerçek etkililiğidir. Bu anayasalar normatif niteliktedir ve beklentilerle doludur, fakat vaatler mutlaka yerine getirilemeyebilir. Aksine, bu anayasalarda söylenenlerle ülkelerimizin sosyal ve siyasi gerçekliği arasındaki mesafe çok büyüktür. Bu anlamda, Latin Amerika -onyıllarca önce çeşitli teorisyenlerin not ettiği üzere- teoride anayasal yöntemlere bağlı olma geleneğini sürdürmekte, fakat bunu uygulamaya geçirmek için de mücadele etmektedir.¹²¹

Bu çelişkinin iki çok önemli örneği, yoksulluğu ve eşitsizliği ortadan kaldırmaya ilişkin sosyoekonomik sorun ile başkanlık yetkisinin kötüye kullanılmasını denetlemeye ilişkin siyasi sorun. Yeni anayasaların çoğu açıkça sosyal eşitliği ve yoksulluğun azaltılmasını desteklemektedir,

¹²⁰ Bakanız Johan D. van der Vyver, *Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law*, 5 EMORY INT'L L. REV. 321, 329 (1991) (Rousseau'nun halk egemenliği anlayışını, tam siyasi katılım karşılığında bireysel hakları kurban etmek gerektiği şeklinde tanımlamaktadır.).

¹²¹ Bakanız KENNETH L. KARST & KEITH S. ROSENN, *LAW AND DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA* 58 (1975) ("Bütün ülkelerde yazılı hukuk ile uygulamadaki hukuk arasında bazı boşluklar varsa da, bu boşluk Latin Amerika'da korkunç derecede büyüktür"); Ángel Ricardo Oquendo, *Corruption and Legitimation Crises in Latin America*, 14 CONN. J. INT'L L. 475, 486 (1999) (Latin Amerikan anayasalarının vatandaşlara uygulamada nadiren yararlandıkları haklar vaat etmesinde olduğu gibi, geçerli ve etkili hukuk arasındaki çelişkiye yollama yapmaktadır.).

fakat ortaya çıkan sonuçlar -birkaç istisna dışında- oldukça çok zayıftır.¹²² Ek (ve paradoksal) olarak, otoriter rejimi ve *caudillismo*'yu ortadan kaldırmayı amaçlayan bu yeni anayasacılık, başkanlık sisteminin güçlendirilmesiyle ve daha derin demokrasiye ulaşmaya çalışırken çok sorun çıkaracağı görülen, yeni diktatörlük biçimlerinin bazı ülkelerde ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır.¹²³

D. İlerlemeci Anayasacılık Düşüncesi Bakımından Sorunlar

Eksikliklerine karşın, son dönem Latin Amerikan Anayasacılığı, övgüye değer bir demokratik yaratıcılık çabasıdır. Fakat bu çabalar, gerilim yüklü ve etkisiz oluşları nedeniyle, yerine getirilemeyen vaatlerle doludur. Bu durum, bazı araştırmacılar tarafından ileri sürülen bir gerçekle bağlantılandırılabilir: Bolivya'daki Alvaro Garcia Linera gibi bazı önemli entelektüellerin yapım süreçlerine katılmasına karşın, bölgede ilerlemeci anayasal düşüncenin gelişimi ile anayasa yapım tartışmaları arasında büyük bir kopukluk olduğu gerçektir. Anayasal reform girişimleri ile metinlerdeki vaatlerin uygulamaya geçirilmesine rehberlik eden hiçbir teori yoktur. Bu akademik sorundur: dünyanın diğer bölgelerindeki deneyim ve geleneklerle diyalog içinde- kendi akışındaki Latin Amerikan anayasal sürecine eşlik eden, otokratik yönetim tehlikesini azaltmaya ve Latin Amerikanın kurumsal deneyimlerinin demokratik potansiyelini güçlendirmeye uğraşan, bölgede demokrasiyi derinleştirmeyi üstlenen ilerlemeci anayasal düşüncenin eleştirel çoğunluğunu oluşturmak. Boaventura Santos'un not ettiği gibi, muhtemeldir ki, gereksinim duyulan akademi, yenilikçi (avant-garde) olandan ziyade, artçı kuvvet (rear-guard) olandır.¹²⁴ Diğer bir ifadeyle, yönlendirmeye çalışmadan sürece eşlik eden, inanmış bir akademiye ihtiyacımız vardır. Ne olursa olsun, akademik düşünce gerekli görünmektedir.

¹²² Bakanız Miguel Schor, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, 41 TEX. INT'L L.J. 1,15 (2006) (Siyasi yaşamı anlamlı bir şekilde düzenlemek isteyen bağımsızlık sonrasında kabul edilen Latin Amerikan anayasalarının başarısızlığına yollama yapmaktadır.).

¹²³ Bakanız Susan Rose-Ackerman, Diane A. Desierto & Natalia Volosin, *Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines*, 29 BERKELEY J. INT'L L. 246, 327 (2011) (Arjantin yürütmesinin kararnameler, kamu harcamaları ve atamaları kullanarak, diğer organlara göre göreceli olarak güçlü kaldığını ileri sürmektedir.); cf. Gabriel L. Negretto, *Shifting Constitutional Designs in Latin America: A Two-Level Explanation*, 89 TEXAS L. REV. 1777, 1804 (2011) ("Bu yönetim sorunları, bir yandan başkanın yasama yetkisini artırırken, seçim kurallarını daha kapsamlı düzenlemek ve kongrenin ve yargının denetim yetkilerini güçlendirmek gibi birbiriyle tutarlı görünmeyen bir doğrultuda, anayasalarda reform ihtiyacını haklı kılmıştır.").

¹²⁴ DE SOUSA SANTOS, *supra* dipnot 12, s. 9-10

ŞİDDET, ADALET VE YAPIBOZUM*

Costas DOUZINAS

Çevirenler: Rabia SAĞLAM - Dr. Kasım AKBAŞ**

Derrida, 1989 yılında Cardozo Hukuk Fakültesi'ndeki ünlü "Hukukun Gücü (The Force of Law)" adlı konuşmasında incelemelerini Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketiyle ilişkilendirir. Bu konuşma yapıbozuma dair bir yön değişikliğinin önhabercisidir. İlk dönem yapıbozum formalizmle, estetizmle ve siyasal realiteyi çok az dikkate almakla eleştirilmiştir. Derrida'nın (kötü) şöhretli "metnin dışında hiçbir şey yoktur" cümlesi, dilin, iletişimin ve toplumsal etkileşimin, genel olarak varsayıldığının aksine, yazılı metnin muğlaklıklarını ve belirsizliklerini engelleyemeyeceği anlamına gelen olağanüstü bir felsefi ifadeydi. Ne var ki Derrida'nın bu aforizması, çoğunlukla, gerçek dünyayı önemsememe, edebî ve felsefi indirgemecilik ve aşırı idealizm anlamına geldiği iddia edilerek yanlış yorumlandı. Öte yandan "Hukukun Gücü", hukuk ve adalet tartışmasıyla da simgeleştiği üzere, açıkça politik ve ahlâkî meselelere bir yönelişi göstermektedir. Konuşmanın ardından yapıbozum ahlâkî sorumluluk, dostluğun anlamı ve öteki ile kurulan karmaşık ilişki meselelerine takıntılı bir şekilde bağlı hale geldi. Ölümünden önce Derrida güncel politik meseleler üzerine bazı makaleler kaleme aldı. Kosova ve Irak savaşlarını kınadı. Amerika Birleşik Devletleri'ni en büyük haydut olarak nitelendirdiği haydutluğa ve haydut devletlere ilişkin bir kitap yazdı¹. 2004'deki zamansız ölümünden hemen önce, modernitenin trajedileri ve zararları temelinde egemenlik kavramıyla meşgul olmuştu. İşte yapıbozumun bu ahlâkî ve politik dönüşümünü eleştirel hukuk teorisi bağlamında ele almak istiyorum.

Marksizm, realizm ve feminizmle bağlantılı eleştirel gelenek daima şunu sormuştur: "Hukuk kimin çıkarlarına hizmet eder?"; tarafsız, doğal, gün-

* Costas Douzinas, "Violence, Justice and Deconstruction", German Law Review, Vol: 6, Sayı: 1, 2005. Prof. Dr. Costas Douzinas London Üniversitesi Birkbeck İnsan Bilimleri Enstitüsü Müdürüdür. Makale kendisinin izniyle çevrilmiştir.

** Araştırma Görevlisi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı - Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Jacques Derrida, **Rogues**, California: Stanford University Press, 2003.

lük hayatın risklerinin ve politikanın dışında olduğunu iddia eden bir kurumun işleyişine yansıyan, -sınıf, cinsiyet ya da ırk gibi- yasa dışı güç dengesizlikleri ve orantısızlıkları nelerdir? Yapıbozum bu eleştirileri reddetmez. Yapıbozum “egemen toplumsal güçlerin ekonomik ve siyasal çıkarlarını hem gizleyen hem yansıtan hukuk ilişkilerini”² kurcalar. Fakat Derrida, bu kurumun yaşamını belirleyen iki hayati ilişkiyi ortaya çıkarmak adına bu köklü eleştirinin ötesine gitme derdindedir: Hukukun güç* ve adalet ile ilişkisi.

Hukuk, güç ile yakından ilişkilidir. Potansiyel olarak uygulanamayacaksa, muhtemel ihlalleri engellemek ve cezalandırmak için polis, ordu ve hapisane bulunmuyorsa, hukuk yoktur. Bu açıdan, güç ve uygulama (*enforcement*) hukuksallığın özünün bir parçasıdır. Feodal beylerin ve prenslerin bitmek bilmeyen kavgaları sonucunda ortaya çıkan modern hukuk, kendi yargısal yetki alanında şiddet tekeli iddia etmiş ve bu tekeli hukuka uygun olduğunu ileri sürdüğü işlev ve amaçlarını olduğu kadar, hukukun kendi imparatorluğunu korumak üzere de kullanmıştır. Hukuku sürekli takip eden ve yorumun ona karşı çalışacağı arka planı biçimlendiren bu şiddet, filozof, kâhin ve *aylak* Walter Benjamin tarafından hukuk-koruyucu (*law-preserving*) şiddet olarak adlandırılır. Hukukun sürekliliğini ve uygulanabilirliğini teminat altına alır. Hukuku-koruyan şiddetin iki cephesi vardır.

“Her hukuksal sözleşme ... şiddet üzerine kurulur” der Derrida ve hukukçu akademisyen Robert Cover aynı fikirdedir: “Hukuksal yorum, acı ve ölüm alanında vuku bulur”³. Hukuksal hüküm, hem bir ifade hem bir fiildir. Hem hukuku yorumlar hem yeryüzünde bir edimde bulunur. Bir ceza davasının sonunda verilen karar ve mahkûmiyet yargının hukuksal yorum ediminin ürünüdür. Fakat aynı zamanda çeşitli şiddet hareketlerinin başlangıcı ve iznidir. Sanık yargısal kararlar doğrudan bağlantılı, aslında ondan doğan hapis ya da infaz edimlerinin gerçekleştirileceği yere götürülür. Aynı şekilde hukuk davalarının sonunda da insanlar evlerini,

² Jacques Derrida, “*The Force of Law, The Mystical Foundation of Authority*”, *Cardozo Law Review*, Vol. 11, 1990, s. 919. [Jacques Derrida, “*Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli*”, çev. Zeynep Direk, **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Ed. Aykut Çelebi, İstanbul: Metis, 2011].

* *Force* kavramını hem ‘zor’ hem ‘güç’ anlamında kullanmak mümkün. Derrida, adı geçen makalesinde *force* kavramını hem ‘yasa’nın içerdiği şiddet anlamındaki ‘zor’ hem adaletin ‘zor’layıcılığı vasıtasıyla uygulanan/yürütülen ‘hukuk’un ‘güç’ü anlamında kullanmıştır.(ç.n.)

³ Robert Cover, “*Violence and The Word*”, *Yale Law Journal*, Vol. 95, 1986, s. 1601. [Robert Cover, “*Yasa ve Söz*”, çev. Ferit Burak Aydar, **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Ed. Aykut Çelebi, İstanbul: Metis, 2011].

çocuklarının velayetini, mallarını kaybeder ya da işkence ve zulüm görecekları yerlere gönderilir.

Hukuk felsefesinde hermenötiğe, göstergebilime ve edebiyat teorisine yönelik son zamanlarda ortaya çıkan ilgi, yargıcın sözüne odaklanmakta ancak sözün içerdiği gücü unutmaktadır⁴. Hüküm vermenin anlam arayan ve anlam dayatan unsurları, değerlendirmeyi yapanın siyasal meşrebine göre makul ya da hercai, kurala ya da takdire dayalı, öngörülebilir ya da arizî, paylaşılan, paylaşılabilir ya da açık-uçlu olarak ele alındı. Pek çok yargısal kararın, yegâne değilse bile, en temel niteliği, geçmiş ve gelecek şiddet edimlerini meşrulaştırıp harekete geçirmektir. Söz ile eylem, önerme ile mahkûm etme, söyleme ile eyleme iç içe geçmiş bir şekilde birbiriyile bağlantılıdır.

Hukuksal yorum ve kararlar, kaçınılmaz olarak, şiddet edimi içermelerinden bağımsız olarak anlaşılabilir. Bu anlamda hukuksal yorum, ötekini varlığına dayalı pratik bir faaliyettir. Etkili bir tehdit ve –genellikle şiddet içerikli- bazı fiiller ortaya çıkarabilirdiye gerçekleştirilir. Şiddetin, yargısal faaliyetin her düzeyindeki varlığı apaçık ortadadır. Mahkeme salonunun mimarisi ve duruşma usulü, sanığı, bedeni de dahil olmak üzere baskı altında tutmak üzere kurgulanmıştır. Hukuksal sürece özgü, görünüşteki, alışımlı ancak aynı zamanda kırılğan medenilik, sanığın gözüyle bakıldığında, “kendisine karşı saf tutan şiddet düzeninin bunaltıcılığının ve direnmenin ya da çılglık atmanın faydasızlığına”⁵ ifadesinden başka bir şey değildir. Öte yandan yargıç açısından da hukuksal yorum, hukuku yürürlüğe sokacak etki gücüne sahip resmi tutumla bağlantı kurma zorunluluğundan ayrı düşünülemez. Aslında “hukuksal yürürlük (enforcement)” ifadesinin kendisi, zorun ve bu zorun tatbikinin yargısal faaliyetin merkezinde bulunduğunu gösterir. Hukuksal hüküm (*sentences*), hem bir hukuk önermesidir hem mahkûm etme (*sentencing*) edimidir.

Öyleyse hukuksal yorum, tetiklediği fiillere ve hukuksal hükümlerin içerisinde uygulanacağı etkin bir egemenlik için gerekli koşullara zorunlulukla bağlıdır. Böyle, güçlü kurumların, uygulamaların, kuralların ve –

⁴ Hukuka dilbilimsel ve yorumsal yaklaşım her zaman hukuk teorisinin bir parçasıydı. Hukuksal pozitivizmin altın çağında bu iki yaklaşım bir şekilde ihmal edildi, fakat hukuk felsefesindeki itibarları daha sonra tekrar iade edildi. Şimdi ise hukuk, çoğunlukla, münhasıran dilsel ve anlamsal bir yapı ya da ‘dil hapishanesi’ etkinliğini haklılaştırmak ve açıklamak için uyarlanmış bir tür yorumbilim ya da edebiyat teorisi olarak görülmekte. Bu teorilerin eleştirileri için bkz.: Douzinas&Gearey, **Critical Philosophy of Law**, 13. Bölüm, 2005.

⁵ Cover, *ibid.*, s. 1607.

polis, gardiyan, göçmen bürosu görevlisi, icra memuru, avukat gibi rollerin bulunduğu bir düzen olmaksızın yargısal söz, cansız bir yazıdan ibaret olurdu. Hukuksal hükmü ve yargısal kararı yalnızca hermenötik olarak anlamaya yönelik her türlü çaba eksiktir. Hukuksal yorum, aynı anda hem bir anlam ufkuna hem güç ekonomisine aittir. Yargıçlar her ne yapıyorlarsa bu, korku, acı ve ölüme ilişkindir. Eğer durum gerçekten böyle ise, tutarlı ve herkes tarafından paylaşılan bir hukuksal anlam arzusu, şiddetin özneleri ile nesnelere ayıran kaçınılmaz ve trajik çizgi üzerinde debelenir. Hukuksal kararlar insanların evlerini ya da çocuklarını yitirmelerine, zulüm ve işkence görmelerine yol açar; hukuksal yorum insanların yaşamlarını kaybetmelerine neden olur.

Ancak elbette dilin kendi şiddeti de vardır. Hukuk, insanların anlamadıkları bir dil ya da deyimle hüküm giydikleri örneklerle doludur. Göçmen bürosu görevlileri tarafından rutin bir şekilde, konuşmadıkları bir dilde durumlarını açıklamaları ve uğradıkları acımasızlıkları ve karşı karşıya kaldıkları işkenceleri tekrar tekrar anlatmaları istenen sığınmacılar için durum böyledir. Derrida “Adaletsizliğin şiddeti, toplumun üyeleri her hususta aynı terimleri paylaşmadıkları anda başlar”⁶ der. Jean-François Lyotard için adaletsizliğin korkunç bir türü de *ahlâkî haksızlık* ya da *uyuşmazlıktır*. Bu durumda, mağdurun uğradığı eziyet, bu eziyet hakkında konuşma ya da onu kanıtlamaktan yoksun kalmakla da birleşir.

“Bu, mağdurun yaşamından ya da her türlü özgürlüğünden ya da görüş ve fikirlerini kamusallaştırabilme özgürlüğünden ya da basitçe uğradığı zararı ifşa etme hakkından mahrum bırakıldığı ya da çok daha basitçe ifşa etmenin kendisinin otoriteden mahrum bırakıldığı durumdur... Mağdur bu imkânsızlığı dolanmanın yollarını arayıp, kendisine yapılan yanlış açığa çıkarmaya çalıştığında şöyle bir akıl yürütme ile karşılaşır: Ya şikayetçi olduğun zararlar ortaya çıkmadı ve ifşaatın yanlış ya da evet bu zararlar ortaya çıktı ve bunları ifşa edebildiğine göre sana verilen etik bir zarar değildir”⁷.

Ahlâkî bir haksızlık ortaya çıktığında, taraflar arasındaki çatışmaya ilişkin âdilâne bir karar verilemez, zira her iki argümana da karşılık gelecek bir yargılama kuralı yoktur. Bu gibi durumlarda, dil, her iki tarafı da ifade edecek ortak bir dilin bulunmadığı, sınırlarına erişmiş olur. Adaletsizliğin şiddeti, yargılayan ve yargılanan aynı dili ya da terimleri paylaşmadıkla-

⁶ Jacques Derrida, *Declarations of Independence*, New Political Science, Vol: 15, 1986.

⁷ Jean-Francois Lyotard, *The Differend*, 1988, s. 5.

rında başlamış olur ve hukukun önündeki kişinin özelliklerinin her bir nişanesi, tekdüzeliğe ve yargılayanın kontrolündeki idrake indirgenene kadar sürer. Esasen her hukuksal yorum ve hüküm, ötekinin yani dilin adaletsizliğinin mağdurunun, genel olarak dil ehliyetinin olduğunu, insanın konuşan hayvan olduğunu varsayar. Ama İskoç şair Tom Leonard'ın da ortaya koyduğu üzere:

“Ve yargıçları konuştu bir dille,
Ama mahkûmlar konuşuyordu birçok farklı dille,
Ve hapishaneler doluydu,
Yargıcınkiyle aynı olmayan birçok sesle.
Ve hükmetti yargıç:

‘Kimse hukukun üstünde değildir’ diye”⁸.

Öte yandan gücün hukuk yaşamında bir başka önemli rolü daha vardır: Güç hukuku tesis ve inşa eder. Modern anayasaların büyük çoğunluğu, ya bir savaş, ya bir halk ayaklanması ya da kolonyal işgal sonrasında, yürürlüğe girdikleri dönemin anayasal meşruiyet ilkelerine rağmen ortaya çıkmışlardır. Devrimci şiddet hukuku ve anayasayı askıya alıp, kendisini, yeni bir devletin kurucusu ilan ederek; daha iyi bir anayasa, karşı çıktığı çürümüş ve yoz sisteme ikame edeceği daha âdil bir hukuk iddiası ile meşrulaştırır. Vuku bulduğu anda uyguladığı şiddet hukuk dışı, vahşi ve kötü olarak addolunur. Ancak bir kez başarıya ulaştığında uyguladığı devrimci şiddet toplumsal ve hukuksal dönüşümün bir aracı olarak geriye dönük bir şekilde meşrulaştırılır. Hukuk düzenlerinin büyük bir kısmı bir cebrin sonucu; savaşın, devrimin, isyanın ya da işgalin ürünüdür. Bu kurucu şiddet, ulusun ya da devletin kuruluşuna ilişkin büyük törenlerde ya yeniden canlandırılır ya da yeni hukukun yürürlüğü ve yeni anayasanın yorumu esnasındaki edimlerde unutulur.

Fransız Devrimi, retrospektif olarak *Declaration des droits de l’homme* ile; Amerikan Devrimi, Bağımsızlık Bildirisi ve Haklar Bildirgesi ile meşrulaştırılmıştır⁹. Ancak bu kurucu belgeler, esas işlevlerinden temsili niteliklerine doğru ilerlerken, ortaya çıkışlarındaki şiddeti de içlerinde taşırlar. Amerikan Haklar Bildirgesi bunun açık bir örneğidir. Bağımsız-

⁸ Tom Leonard, **Situations Theoretical and Contemporary**'den aktaran Willy Maley, “*Beyond the Law: the Justice of Deconstruction*”, Law and Critique Vol. 10, Sayı: 49, 1999, s. 59-60.

⁹ Costas Douzinas, **The End of Human Rights**, 5. ve 6. Bölümler, 2000.

lık savaşı sırasında büyük önem taşıyan milis kuvvetlerinin şiddeti, anayasal olarak korunan silahlanma hakkı şeklinde idame ettirilmiştir. Öyle ki, devrimden iki yüz küsur yıl sonra bile ABD savaş hali içerisinde. Keza ölüm cezası, savaşın kurucu şiddetini, hukuksal normalliğin hem karanlık hem yetki verici taraflarının birleşmesiyle ortaya çıkan bir hukuksal işlem olarak her bir infazda yeniden üretmektedir. Ancak yeni hukukun bu travmatik kökenlerinin tekerrürü, bir meşruiyet talebi olarak yorumlanır ve özgün şiddet unutulmaya terk edilir. Aslında bu unutmaya politikasının en önemli stratejilerinden biri hukuksal yoruma ilişkin baskın bir yaklaşımın yaratılmasıdır. Muzaffer, devrimci ya da işgalci; derhal, “diğer, sorgulanan yorum modeli içinden, ortaya çıkan şiddetin nasıl okunacağına, nasıl bir anlam taşıyacağına, gerekliliğine ve her şeyden öte meşruiyetine ilişkin yorum modellerini yani kendi meşruiyetinin söylemini”¹⁰ üretir. Dolayısıyla Derrida’ya göre hukukun kurucu ve koruyucu şiddeti, Benjamin ya da Cover’ın yapmaya çalıştığı gibi birbirinden ayırlamaz. Güncel hukuksal “koruma” ve yorumlama edimleri, yeni hukuku yerleştiren özgün hukuk yaratıcı şiddeti tekrar edip yeniden pekiştirdikçe, iki tür şiddet iç içe geçmekte ve birbirine bulaşmaktadır.

32 İyi tesis edilmiş, demokratik hukuk sistemlerinde bile, yaygın şiddet, devlet şiddetini gölgeler ve hukuku öngörülme ve arzu edilmeyen zor kullanan bir istikamete sürükler. Hukuk, sınırlı bir protesto ve gösteri hakkını kabul eder. Bu anlamda, gönülsüzce ve korkuyla da olsa, şiddetin tarih dışı olmadığı farkındadır. Yorumcular, son zamanlardaki kamusal kargaşalarda ve madenci grevlerinde, oy vergisi karşıtlarının eylemlerinde, küreselleşme karşıtı gösterilerde yer alan eylemcileri demokratik olmamakla itham etmişlerdir. Dayandıkları temel şudur; batılı, demokratik hukuk devletlerinde halk, hükümet üzerinde baskı kurarak politikaların ve yasaların uygun demokratik kanallarla değiştirilmesini sağlayacak uygun araçlara sahiptir. Yine de, İngiltere’nin ve Batının tarihi, ortaya çıktıkları dönemlerde kınanmakla birlikte, bugün güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerimize katkı sağlayan protestolar, isyanlar ve grevlerle doludur. *The Diggers* ve *Levellers*, *Gordon* asileri ve Reform göstericileri, genel oy hakkı ve medeni haklar hareketleri, Doğu Almanya’daki, Prag’daki, Bükreş’teki ve Belgrad’taki göstericiler bilinen örneklerin bazılarıdır ve anayasaların, yasaların, hükümetlerin değişmesini sağlamışlardır.

¹⁰ Derrida, “*The Force of Law*”, *ibid.*, s. 993.

Gösteriler çoğunlukla hukukun muhafaza ettiği şiddeti hedef alır. Daha büyük adaletsizlikleri göstermek üzere küçük çaplı düzenlemeleri ihlal eder. Göstericiler, o ya da bu reformun gerçekleşmesini talep ettikleri sürece, -ne var ki o ya da bu ödün önemlidir- devlet bunu düzenleyebilir. Korkulan, “temel, kurucu şiddet; yani meşrulaştırabilir ... ya da hukuksal ilişkileri dönüştürebilir ve kendisini hukuk yaratma hakkına sahip olarak ortaya koyabilen şiddettir”¹¹. Ancak hukukun kendi varoluşunda hissettiği karakteristik güvensizlik onu, radikal gösterileri ve umutsuz reform girişimlerini, kendi kurucu otoritesine karşı, gayrı nizami değişim araçları ya da ihtilalci ayaklanma eylemleri şeklinde tarif etmesine neden olur. Amerika’da medeni hak savunucuları, komünist diye yaftalandılar. Grev yapan madenciler “içimizdeki düşman”, Doğu Avrupalı muhalifler CIA ajanı diye adlandırıldılar. Bu kitlesel göstericilere verilen abartılı tepki “bir şiddet eleştirisinin –yani, yorumcu ve anlamlı bir değerlendirmenin- mümkün olabilmesi için, şiddetin içerdiği anlamın hukukun dışından arızı olarak gelmediğinin farkına varılması gerektiğini”¹² göstermektedir.

Adalet ve Hukuk

Hukukun zorla uygulanması olmaksızın hukuk olmaz, ne var ki hukukun işleyişi için gerekli olan zor, adalet adına uygulanır. Aslında hukuksal zor, gerekli bir uygulama ya da yargısal faaliyet dolayısıyla ortaya çıkan şiddet olarak yorumlanabilir. “Şiddetli deprem” gibi deyimlere karşın doğal ya da fizik dünyaya ait şiddet yoktur; şiddet, zorun aşırı kullanımıdır ve ahlâk ile hukukun sembolik düzenine aittir. Zor, en üstte adaletin yer aldığı ahlâkî ölçütlere göre şiddet olarak değerlendirilebilir, takdir edilebilir ya da mahkûm edilebilir. Hukuk ve adalet karşıt şeyler değildir; paradoksal olarak birbiriyle ilintilidir. Hukuk kendi inşa ettiği kuralları ihlal edip birine zarar verdiğinde; insanların hali hazırda sahip olduğu ya da makul olarak sahip olmayı bekledikleri hakları koruyup tanımadığında; temel eşitlik ve onur ilkelerini ihlal ettiğinde, işte tüm bu durumlarda hukuk kendi içsel adalet ölçütüne göre haksız bir şekilde davranmış olur. Bu ilk tür adaleti yasal adalet olarak adlandırabiliriz, zira hukuka içseldir ve hukukun kendi standartlarına ve ilkelerine göre işler.

Fakat yasal adalet, adaletin yalnızca bir yüzüdür. Yahudi felsefeci Emmanuel Levinas’ın, adaletin bir kişinin öteki ile ilişkisinde var olduğu şeklindeki ifadesiyle farklı bir adalet anlayışı ortaya çıkar. Öteki, tekil,

¹¹ Ibid., s. 990.

¹² Ibid., s. 991.

belirli kişisel özellikleriyle, ayırt edici fiziksel ve şahsi vasıflarıyla varolan, kendine has bir sonludur. Fakat 'ben' için öteki, aynı zamanda sonsuzdur; bu sonlu kişi, 'ben'i sonsuz ötekine temas ettirir. Fenomonolojinin ileri sürdüğü gibi, ötekini öteki olarak bilemem; onun niyet ve eylemlerini hiçbir zaman tam olarak anlayamam; asla uygun bir eşitliğe ya da bulunuşa sahip olamam zira vasıtasız bir ötekilik algısı ya da erişimi bulunmaz. Ötekinin ötekiliğinin anlamı, onun bana kendisini hiçbir zaman tam olarak sunmamasıdır. Ona yalnızca kendi bilincimde varolan algılara, niyetlere ve eylemlere kıyas yaparak erişebilirim. Sonuç olarak belirli talep ve arzuların taşıyıcısı sonlu bir varlık olarak ötekine karşı âdil olmam gerekse de, ötekinin sonsuzluğu âdil olmama imkân vermez. Ötekine âdil davranabilmemiz için ölçütlere ihtiyaç duyarız, ne var ki bu ölçütler adaletin gereklerine tekabül etmez. Aslında (bazı Marksistlerin yaptığı gibi) adaleti bir teoriye ya da (Kantçıların yaptığı gibi) bir dizi normatif ifade ve buyruğa dönüştürmeye yönelik her türlü girişim zorunlu olarak adaletin ihlalidir. Kuramlar ve yasalar uygulanmalıdır, fakat her uygulama ötekinin biricikliğini bir kavramsal kalıba ya da bir norm haline dönüştürecek, dolayısıyla ötekinin tekilliğini ihlal edecektir. Adaletin yegâne ilkesi ötekinin tekilliğine saygı duymaktır. Bu ilke, evrensel bir zaruriyet, mutlak bir buyruk biçimi kazanır. Ancak bu garip bir yasadır ve aslına bakılırsa buna hukuk demek bile onu yanlış adlandırmaktır. Zira diğer adalet teorilerinin aksine, tekil öteki ile karşı karşıya kaldığınızda özgün olun demek dışında hiç bir talimat vermez ya da tavsiyede bulunmaz.

Sonsuzluk sonlulukta, adalet hukukta ikâmet eder. Ancak hukuk ötekinin sonsuzluğunu unutmak zorunda olduğu için adalet aynı zamanda hukuka meydan da okur. Hukuk pek çok öteki ile uğraşır ve onları birbirine benzetip birbirinden ayırmalıdır. Bunu yapabilmek adına, hepsini aynı kefeye koyar. Onları farkının benzer, ötekinin aynı olmasına olanak veren hak, ödev ya da ortak payda gibi araçlar kullanarak birbirine benzetir. Adalet hukuka içkindir, fakat bu içkinlik, hukukun kendisine âdil olması anlamına gelir. Hukuk, yeni bir hukuku, yeni bir politikayı, yeni bir yeri ya da olmayan-yeri (ütopya) içinde barındırır. Adalet, hukukun içerisinde hem özgül adaletsizlik ve şiddet hallerini hem hukukun genel yönelimini yargılayan bir boşluk, derin bir yarıklık olarak bulunur.

İçeride de dışarıda da, adalet, hukukun hem günlük mutlak yanlışları hem adaleti unuttuğu için yargılandığı bir ufuktur. Hukuku ister tarihsel bir kurum, ister bir kurallar ve kararlar sistemi olarak görelim; işleyişi, bir

yapıbozum faaliyetine tâbidir. Bu yapıbozum, günlük işleyişteki şiddetin kökenini ortaya çıkartıyor ya da (olgu-değer, kamu-özel, nesnel-öznel gibi) düzenli karşıtlıkları parçalayıp, bunların hukuk düzenini dengeleyemeyeceğini gösteriyor olabilir. Ancak bu yapıbozum faaliyeti, işte burada, önümüzde, bütünüyle ve tam olarak gerçekleşmiş diyemeyeceğimiz bir adalet faaliyetidir¹³. Yapıbozum adalettir.

¹³ Douzinas&Warrington, **Justice Misscarried**, 4. Bölüm, 1995.

**ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN GPS CİHAZLARININ İZLEME
AMACIYLA TAKILMASI VE BUNUN ÜZERİNDEN YAPILAN
YER VE GÜZERGÂH TESPİTİNE İLİŞKİN
U.S. / JONES KARARI***

*Çeviren: Dr. İlyas ŞAHİN***

I. GİRİŞ

ABD Yüksek Mahkemesi, Ocak ayında önemli bir karar verdi. 23.01.2012 tarihli U.S. v. Jones kararının oybirliğiyle verilen nihai hükmü şu idi: "GPS cihazının bir şahsın aracına yerleştirilmesi ve bu cihaz aracılığı ile onun yerinin tespit edilmesi ve hareketlerinin takip edilmesi, Anayasanın Ek 4. maddesinin düzenlediği bir alan içinde kalan arama işlemi kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle hâkim kararı ile yapılabileceği sonucuna varılmıştır."

Bu davada, D.C polisi ve FBI birlikte yaptıkları operasyonda Antonie Jones'un aracına bir GPS cihazı taktılar ve onu 28 gün süreyle bu cihaz yoluyla izlediler. Kolluğun bu uygulaması ABD Anayasasının Ek 4. maddesinde korunan kişi haklarını ihlal eden bir uygulama olduğuna karar verildi. Bu kararın anlamı bu tür bir kolluk faaliyetinin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararı almak zorunluluğu bulunmasıdır. Bu yapılmadığı takdirde yapılan işlem, anayasanın koruduğu kişi haklarının ihlal etmiş sayılır.

Ancak sivil hakları kuruluşları şimdi yeni bir soruna dikkat çekiyor. bu şekilde GPS cihazı üzerinden takip etmesi hukuka aykırı ise acaba cep telefonlarından yararlanarak kişinin yerini tespit etmek hukuka aykırı olmayacak mıdır ? Yüksek Mahkeme GPS cihazı yerleştirerek bunun üzerinden kişilerin yerlerini tespit edip takip etmeyi hukuka aykırı saymaktadır. Buna çok yakın sonuçları olan cep telefonunun kayıtlı sinyal bilgileri üzerinden kişinin yerini tespit etmek ve takip ettiği güzergah hakkında bilgi almak da aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü bu davada savcılık sadece GPS kayıtları ile yetinmemiş, aynı zamanda kişinin cep telefonu sinyal bilgilerinin de takibini

* Kararın tam metni için: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>. [1/23/12 10-1259, AS 565/2]

** Türkiye Adalet Akademisi hâkimi

yapmıştır. Eyalet ve federal kanun koyucuların artık kolluk için bir kişinin yerini belirleme amacıyla çok acil durumlar haricinde teknolojiyen yararlanma konusunda bir karar alma zorunluluğu getirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹

Yer tespit ve takip teknolojisinin (location-tracking technology) anayasallığı konusunda önemli bir karar olması nedeniyle bu kararın tercümesinin yararlı olacağı değerlendirilmiştir.

II. ABD YÜKSEK MAHKEMESİNİN 23.01.2012 TARİHLİ U.S. / JONES² KARARININ ÖZET TERCÜMESİ

A.Olayın Özeti

Devlet, Jones' un eşinin üzerine kayıtlı aracını GPS cihazı ile takip etmek üzere bu cihazı yerleştirmek için bir hâkim kararı alır. Karar bu cihazın District of Columbia sınırlarında ve 10 gün içinde yerleştirilmesi için yetki vermektedir. Fakat görevliler bu cihazı 11. günde ve başka bir eyalette- Maryland sınırları içinde- yerleştirebilmişlerdir. Bu işlem hâkimden alınan kararın verdiği yetkinin kapsamını aşmış bulunmaktadır. Bu yerleştirmeden sonra da görevliler şahsın aracını 28 gün süreyle izlemiştir. Bunun sonucu olarak Jones ve arkadaşlarını uyuşturucu kaçakçılığı suçundan itham edebilmek için deliller elde edildi. Federal Bölge Mahkemesi, kişinin aracı evinin önünde park halinde iken elde edilen bu GPS bilgilerinin delil olarak kullanılmasını reddetti. Ancak kamuya açık olan yollarda iken kişinin makul kabul edilebilir gizlilik beklentisinin olmayacağı için kamuya açık alanlarda yapılan takip sırasında elde edilen kayıt ve bilgilerin kabul edilebilirliğine hükmetti.³

Jones bu yargılama sonunda ilk derece federal mahkemeden mahkûmiyet aldı. Ancak devamında Federal Temyiz Mahkemesi ise tam tersine GPS takip cihazının karar olmaksızın kullanılması suretiyle bilgi elde edilmesinin Anayasanın Ek 4. Maddesini ihlal ettiği sonucuna vararak elde edilen delillerin kabul edilebilirliğini reddetti.

¹ <http://www.aclu.org/blog/technology-and-liberty-national-security/court-says-no-gps-tracking-how-about-cell-phone...>

² <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>.

³ Yüksek Mahkeme de içtihatlarında kamuya açık olan yollarda kişinin nerede gezdiği ve hangi yolları izlediği hususu herkese açık bilgiler olup bu konuda kişinin makul kabul edilebilir gizlilik beklentisinin olmayacağını kabul etmektedir.

B.Kararın Özeti

Devletin bir araca GPS cihazı yerleştirmesi ve onu aracın hareketlerini ve gezdiği yerleri izlemek için kullanması, Anayasanın Ek 4. Maddesi kapsamında içinde kalan ve onun ölçülerine göre muamele etmeyi, dolayısıyla hâkimden karar almayı gerektiren bir faaliyettir.

a) Anayasanın Ek 4. Maddesi, “İnsanların, kişisel varlığı, evleri, evrakı, eşyası bakımından makul olmayan arama, yakalama ve elkoymalara karşı haklarını korur”. Devletin bilgiye ulaşmak amacıyla kişilerin eşyası üzerinde fiziki ihlalde bulunması teknik anlamda bir arama işlemi (search) oluşturur. Ek 4. Maddede sayılan alanlar üzerinde bu tarz bir tecavüz bu maddede belirtilen anlamı ile bir arama sayılmaktadır.⁴

b) Bu sonuç Yüksek Mahkemenin 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar oluşmuş olan common law trespass doktrinine (fiziki geçiş teorisi) bağlı olan içtihat pratiği ile uyumludur. Ancak daha sonraki davalarda Mahkeme, mülkiyet yaklaşımını uygulamasından vazgeçmiş ve Katz v. U.S davasındaki analiz ile dönüş yapmıştır. Katz v. U.S davasında⁵ Ek 4. Maddenin, Maddede sayılan kişisel varlığı, evleri, evrakı, eşyasından başka ayrıca kişinin “gizlilik hakkı konusundaki makul beklentisini” de koruduğuna karar verilmiştir.

C.Yargıç Scalia Tarafından Kaleme Alınan Mahkeme Görüşü

“Bu davada, bir GPS cihazının bir şahsın aracına yerleştirilmesi ve bu cihaz aracılığı ile onun umuma açık olan yollarda bile olsa hareketlerinin

⁴ ABD Anayasasının Ek 4. Maddesi arama, elkoyma ve yakalama işlemlerine karşı güvenceler sağlar. Madde bu işlemler için Yüksek Mahkeme kararları ile şekillenen bazı istisnaları dışında mutlaka hâkimden karar alınmasını zorunlu tutmaktadır. Yine bu kararın hem bir geçerli-makul sebebe dayanmasını, hem de yapılacak işlemlerin kapsamının belirginleştirilmesini öngörmektedir. Diğer taraftan da bu işlemlerin görevlilerce makul ölçülerde yürütülmesi gerekir. Ek 4. Madde analizine göre rutin aramalar hiç bir şüphe olmasa bile yapılabilir. Ancak rutini aşan aramalar makul şüpheye dayanmak zorundadır. Buna ilişkin kurallar ve bunların istisnaları genellikle Yüksek Mahkemenin içtihatları ile şekillenmektedir.

⁵ Katz v. United States, 389. U.S, (1967) Yüksek Mahkeme Katz v. United States kararı ile daha önce Olmstead, Goldman ve Silverman kararlarında benimsenip geliştirilen fiziki ihlal doktrini (trespass doctrine) terketti. Katz kararında Yüksek Mahkeme Anayasanın Ek 4. Maddesine yeni bir yorum getirdi ve onun asıl olarak insanın kendisini ve özelini korumayı hedeflediği; yerleri koruma önceliği olmadığı (“protects people not places”) sonucuna varmıştır. Katz kararı öncesinde sadece belirli bir alana fiziki olarak giriş olması durumunda Ek 4. Madde anlamında gizlilik hakkı ihlal edildiği kabul edilmekte iken, Katz olayı ile farklı bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu maddenin sadece fiziki alanları ve kişinin kendi maddi varlığını değil, gizliliğe ilişkin haklı beklentilerini de koruduğu kabul edilmiştir. Yani fiziki bir müdahale olmasa bile dışardan yapılan bir müdahale ile gizlilik hakları ihlal edilmiş ise bu maddenin koruma kapsamında olacağına karar verilmiştir.

takip edilmesi, Anayasanın Ek 4. maddesinin anlamına uygun bir arama ve elkoyma işlemi kabul edilmesi gerekip gerekmediği konusunda karar verilmiştir.

2004 yılında hakkında dava açılan Antonie Jones, District of Columbia sınırlarında bir gece kulübü sahibi ve işleticisidir. Uyuşturucu ticareti suçu ile suçlanmış ve FBI ile Metropolitan Police Department kolluk biriminin birlikte yürüttüğü bir soruşturmanın hedefi olmuştur. Bu soruşturmada görevliler çeşitli soruşturma tekniklerini kullanmışlardır. Bu bağlamda, gece kulübünün görsel izlenmesi, gece kulübünün önkapısına odaklanmış bir kamera yerleştirilmesi, arayan aranan numaraların tespiti ve analizi (pen register) ve şüphelinin cep telefonunun gizli dinlenmesi yöntemlerine başvurulmuştur.

Bu kaynaklardan elde edilen bilgilere dayanarak Devlet, 2005 yılında Federal Mahkemeye başvurarak Jones'un eşinin üzerine kayıtlı olan bir Jeep otomobil üzerine bir elektronik takip cihazı yerleştirme konusunda yetki isteyen bir karar almıştır. Ancak, Mahkemenin kararı sadece District of Columbia sınırlarında ve 10 gün içinde bu cihazın yerleştirilmesi için yetki vermektedir.

40

Görevliler, kararın uygulanmasından itibaren 11. gün içinde ve District of Columbia sınırları dışında -Maryland'da- kamuya açık olan bir park alanında bulunduğu sırada aracın alttakımlarına bir GPS cihazı yerleştirebilmişlerdir. Sonraki 28 gün soruşturmayı yürüten kolluk birimleri bu cihazı aracın hareketlerini ve kullandığı güzergahı izleyebilmek için kullanmışlardır. Hatta bir keresinde araç Maryland'da bir başka kamuya açık park alanında iken cihazın pilini değiştirmişlerdir. Çoklu uydu sistemlerinden alınan sinyaller aracılığı ile aracın yeri 50-100 feet arasında kurulu iken, aynı zamanda bir cep telefonu aracılığı ile Devlete ait bir bilgisayara bağlantı kurulmuştur. Kurulan sistem 4 haftalık bir periyod içinde yaklaşık 2.000 sayfadan fazla data aktarımı yapmıştır. Devlet, bu soruşturma yoluyla ABD Ceza Kanununun (U.S.C. §§ 841-846) ihlali niteliğinde olan, 5 kg veya daha fazla kokaine sahip olmak ve dağıtmak eyleminin dahil olduğu organize uyuşturucu ticaretinden suçlanmayı sağlayacak aleyhe kanıt elde etti.

Yargılama başlamadan önce Jones bu GPS cihazının kullanılması yoluyla elde edilen delillerin reddedilmesi talebiyle bir ön dava açtı. Federal Mahkeme bu talebi kısmen kabul etti ve sadece aracın Jones'un konutuna bitişik garajda park halinde iken elde edilen kayıtların delil olarak kulla-

nılmamasına karar verdi. Kalan diğer delillerin, kamuya açık yollarda seyahat halinde olan bir kimsenin bir yerden bir yere gitmesine dair olan bilgilerin herkese açık olup bu konuda makul gizlilik beklentisinin⁶ olmayacağı gerekçesiyle kabul edilebilirliğine hükmetti. [451 F.Supp.2d 71,88 (2006)].⁷

Mart 2007'de büyük jüri bir başka suçlamayı daha Mahkemeye sundu. Bu suçlama ile Jones ve arkadaşları aynı organize uyuşturucu suçundan itham edildi. Devlet daha önceki yargılama sırasında kullanılan kayıtları yeniden sundu. Bunlar, Jones'un, 850.000 dolar nakit para, 97 kg kokain ve 1 kg baz kokainin bulunduğu gizli evle bağlantılı olduğuna dair ilk yargılamada kabul edilebilirlik kararı verilen ve GPS cihazı ile elde edilen yer tespitine dair bilgilerdi. Jüri, Jones'un suçlu olduğu sonucuna varmış ve Mahkeme, ömür boyu hapis cezasından hüküm kurmuştur.

District of Columbia Federal Temyiz Mahkemesi, GPS takip cihazının bu olayda hâkim kararı olmaksızın kullanıldığını ve bu şekilde karar olmadan kullanılmasının ve bu yolla elde edilen delillerin kabul edilmesinin Anayasanın Ek 4. Maddesini ihlal ettiği sonucuna vararak cezayı kaldırmıştır.

Anayasanın Ek 4. Maddesine göre, “İnsanların, kişisel varlığı, evleri, evrakı, eşyası bakımından makul olmayan arama, yakalama ve elkoymalara karşı güvende olmaya hakları vardır, ihlal edilemez.” Bir otomobilin bu maddede kastedilen eşya niteliğinde olduğunda tereddüt yoktur. (Yüksek Mahkeme olarak) soruşturmalarda hedef kişinin aracına

⁶ Gizlilik hakkı, masum kişilerin korunmaya değer yararlarının teminat altına alınması ve özel sayılan bilgilerinin ortaya çıkmasına karşı olma hakkıdır. Suçlayıcı olmamasına rağmen utandırıcı, hassas veya çok fazlaca özel bilgiler olabilir. Ek 4. Maddenin masum insanlara yönelik koruması olmasaydı devlet bütün özel konuşmaları dinleyebilir, kişinin hastalığını, aşkını, yakınmalarını ve birçok suçlayıcı olmayan ama yine de hassas olan bilgileri elde edebilirdi. SALTZBURG-CAPRA-DAVIS, Basic Criminal Procedure, 4th Ed. s. 104.

ABD Anayasasının Ek 4. Maddesi ve Yüksek Mahkemenin Katz kararında ortaya koyduğu makul gizlilik beklentisi, kişinin normal hayatın olağan akışı içinde yaptığı bir faaliyetin toplumun bireyleri tarafından görünmesini, izlenmesini umsamıyorsa burada gizlilik beklentisi yoktur. ancak başkalarının bunu duymayacağı, izlemeyeceği gibi bir varsayım ve algı ile hareket ediyorsa burada bir makul gizlilik beklentisi olduğu kabul edilir. Katz kararında da kişi ankesörlü telefon kulübesinden konuşmaktadır. bunun başkaları tarafından duyulmaması için kapıyı kapatmış ise makul gizlilik beklentisine saygı duymak gerekir.

⁷ Federal Mahkeme bu gerekçeyi yazarken Yüksek Mahkemenin U.S.v.Knotts kararından alıntı yaparak yazmıştır. U.S.v.Knotts, 460, U.S. 276 (1983). United States v. Knotts kararı sinyal göndericilerin kullanıldığı önemli bir davadır. Bu davada, polisler şüphelinin aracının hareketlerini takip edebilmek için onun aracından dışarıya radyo sinyalleri (beeping) gönderen bir elektronik gereç yerleştirdiler. Bu yöntemle aracın tüm hareketlerini takip edebilme imkanı temin ettiler. Yüksek Mahkeme bu şartlar altında “uyarı göndericinin” kullanılmasının bir “search-arama işlemi” oluşturmadığına karar verdi

GPS cihazı yerleştirilmesi ve onunla aracın izlenmesi bir arama (search) işlemi oluşturacağına karar verdik. Bu olayda devlet kişinin özel mülkiyetine geçiş yapmıştır. Bu da Ek 4. Madde anlamında bir arama (search) işlemi oluşmuştur.

Ek 4. Maddenin metni onun mülkiyetle yakın alakasını yansıtır. Bu Mahkememizin en azından 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar oluşmuş olan "common law-trespass" doktrinine bağlı içtihat pratiği anlayışı ile uyumludur. Bkz. *Kyllo v.U.S* kararı⁸ [Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 Mich. L. Rev. 801, 816 (2004)].

Olmstead v. U.S kararında⁹ ise şüphelinin evinin dışında bulunan kamuya açık yoldaki telefon kablolarına dinleyici alet takılması, şüphelinin evine veya ofisine girmeden delil elde edildiği için, Ek 4. Madde hükmü ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Ancak daha sonraki davalarımızda, mülkiyet yaklaşımına olan bu uygulamadan vazgeçildi. *Katz v. U.S* davasında bu maddenin sadece insanlara ait yerleri değil, asıl onların kendilerini koruduğuna karar vermiştik. Bu şekilde o kararda insanları dinleyebilmek için kamuya açık bir ankesörlü telefona dinleyici yerleştirmenin de bir ihlal olduğuna karar verilmişti. Bu son davada da *Katz* kararındaki Harlan ölçütü aynen uygulanmıştır. Yani devlet kişinin "makul gizlilik beklentisini" ihlal etmiştir.(ayrıca benzer kararlar için bkz. *Smith v. Maryland*, *California v. Ciraolo*, *Bond v. U.S* kararları)

Burada ifade edilen "kişinin makul gizlilik beklentisi" olarak nitelenen hakkını, Ek 4. Maddede sayılan listenin ötesinde ve kişinin kendisi, evi, eşyası ile ilgili bilgilerinin gizli kalacağına dair beklentiye sahip olması ve bu beklentinin toplum tarafından da tanınması ve izin verilmesi olarak

⁸ *Kyllo v. United States* davasında, güvenlik görevlileri *Kyllo*'nun evinin karşısına aracın içine konuşlandılar ve bu kişinin kullandığı garajın ısı durumu ile bilgi elde etmeye çalıştılar. Garajdan yayılan ısı miktarını anlamak için evinin diğer duvarları ile ve komşuların ev duvarları ile bir mukayese yapabilecek şekilde daha sıcak olup olmadığını belirlemek için termal algılama cihazı kullandılar. Tespit edilen bulgulara göre de görevliler kişinin evinde esrar maddesi yetiştirmek için bir çeşit ısıtıcı kullandığına dair çıkarımda bulundular ve bu bilgiyi araştırmanın diğer sonuçları ile birlikte evde bir arama kararı elde etmek için kullandılar.

Yüksek Mahkeme ise bu cihazın kullanılması ve başvuru yöntem ile aslında "**anayasal olarak korunan bir alana fiziki olarak nüfuz etme**" olmaksızın başka türlü elde edilemeyecek bilgiler elde edilmiş olduğu için Ek 4. Madde tarafından korunan bir arama yapılmış olduğuna karar verdi. *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27(2001.)

⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)

anlamak ve kabul etmek gerekir. Yani, Katz kararı Ek 4. Maddenin kapsamını daraltmamaktadır.

Devletin karşı savunmasına göre bu olayda, Harlan ölçütü uygulanacak olursa, kişinin gezip dolaştığı yerler kamuya açık yollar olup herkesin her şekilde görebileceği hareketlerdir, ayrıca cihaz yerleştirilen yer aracın içi değil aracın alt kısmı olduğu için kişinin makul gizlilik beklentisi olmayacağı bu nedenle yapılan işlemin bir hâkimden karar almayı gerektiren işlem (search) olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak bu olayda Jones'un Ek 4. Maddeden kaynaklanan hakları Katz kararındaki ölçüte uymadığı, Ek 4. Maddenin ilk kabul edildiği andaki düşünceye göre kişinin gizlilik hakkının devlete karşı korunmasını temin etmek zorunda olduğumuz için Mahkeme olarak Devletin bu savunması yerinde görülmemiştir. Çünkü, Ek 4. Maddeyle alakalı içtihat tarihçemizin çoğu devletin belli alanlara fiziken geçmesi, ihlal etmesi gibi bir endişeyi temsil etmektedir. Bu alanlar kişinin kendisi, evi, eşyası ve belgeleridir. Dolayısıyla Katz kararının ortaya koyduğu içtihat değişikliği bu anlayışı bertaraf etmemektedir. Yani, Katz davasında ortaya konulan Ek 4. Maddenin kişinin kendisini ve özel görüşmelerini koruduğuna dair karar Ek 4. Maddenin bizzat evin kendisine uzanan korumasını ortadan kaldırmamaktadır.

Knotts kararında¹⁰ yargıç Brennan'ın görüşünde açıkladığı gibi, Devletin anayasal olarak korunan bir alana bilgi temin edebilmek için fiziki bir müdahalede bulunması halinde bu ihlal Ek 4. Maddeye aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte, Katz kararı bu ilkedden bir geriye dönüş teşkil etmemektedir.

Devlet savunmasında, Knotts kararında kişiye ait bir malvarlığına izleyici yerleştirilmiş olması nedeniyle benzerlik bulunduğunu iddia etmiş ise de, o olayda içine takip cihazı yerleştirilen bidon kişiye teslim edilmeden önce -yani yerleştirme tarihinde- üçüncü bir kişiye aittir. Ancak bundan farklı olarak Jones davasında görevlilerin otomobile cihaz yerleştirdiği tarihte araç şüphelinin kullanımındadır.

¹⁰ *United States v. Knotts* kararı sinyal göndericilerin kullandığı önemli bir davadır. Polisler şüphelinin aracının hareketlerini takip edebilmek için onun aracından dışarıya radyo sinyalleri (beeping) gönderen bir elektronik gereç yerleştirdiler. Bu yöntemle aracın tüm hareketlerini takip edebilme imkanı temin ettiler. Yüksek Mahkeme bu şartlar altında "uyarı göndericinin" kullanılmasının bir "search-arama işlemi" oluşturmadığına karar verdi. Mahkemeye göre, elde edilen bilgiler sadece şüphelinin kamunun bilgisine açık olan, herkes tarafından görülebilen ve gizlilik konusunda makul beklentinin olmayacağı bilgilerden ibaretti. *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276.

Ayrıca görevlilerin cihaz yerleştirmek için aracın yanına sokuldukları alanın korunan bir alan olduğunu kabul etmek gerekir.

Devletin bu davadaki savunması, *Oliver v. United States* davasında vardığımız sonuçtan kısmen desteklenir gibi görünmektedir. *Oliver v. United States*¹¹ kararında görevliler bilgi toplamak için açık alan (open field) olarak nitelenen bir yere girmişler, ancak bu yere geçişte mülke fiziki bir geçiş olsa da bu Ek 4. Maddede anlaşılan şekliyle bir karar almayı gerektiren bir faaliyet (search) olarak görülmemiştir. Ancak *Oliver* davasında kabul gören açık alan ile bu olayda görevlilerin geçtiği yeri birbirinden ayrı nitelenmek gerekir. Çünkü bu olayda geçilen yer müstemilat niteliğindedir ve *United States Dunn*¹² kararımızda da belirtildiği gibi "müstemilat" konut gibi Ek 4. Madde bağlamında olup anayasal olarak korunan alanlardandır.

Devletin son olarak alternatif bir itirazı daha olmuş ve bu olayda yapılan işlem bir arama işlemi (search) olarak nitelense bile yapılan uygulama Ek 4. Madde ölçülerine göre olayda görevlilerin, Jones'un geniş kapsamlı bir uyuşturucu dağıtım şebekesinin lideri olduğuna inanmalarını haklı kıla- cık makul şüpheye (reasonable suspicion) sahip oldukları ve hatta geçerli-makul sebep bulunduğu (probable cause)¹³ dolayısıyla makul olarak değerlendirilebilecek boyutlarda olup, bu nedenle hukuka uygun ve hâkim kararı gerekmemektedir denilmiştir. Ancak devletin alt derece tem-

¹¹ *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984). *Oliver v. United States* kararında, Mahkeme, mülk sahibine ait ev ve müstemilatının dışında bulunan boş alanların Ek 4. Madde tarafından korunmadığına karar verdi. Ek 4. Maddenin müstemilatın dışındaki alanlara uygulanabilirliği olmadığına dair kural "açık alanlar doktrini" (open field doktrini) olarak adlandırılır

¹² *United States Dunn*, 480 U.S. 294, 300. Bu kararda müstemilatın da Ek 4. madde uyarınca anayasal olarak korunan alanlardan olduğu belirtilmiştir. ABD'de Yüksek Mahkemenin *Dunn* kararında ortaya koyduğu olguları dikkate alarak mahkemeler genellikle şöyle karar vermektedirler: Eve tabi olan, bağlı olan yapılar, balkon, veranda, güverte gibi, en azından yapı diğer ev sahipleriince kullanılmadığı ve kamu girişinden sınırlanmış olduğu sürece müstemilatın bir parçasıdır.

¹³ ABD Hukukunda probable cause kavramı, görevlilerin hâkimden karar almak için yapacakları başvuruda bu kararın verilmesine haklılık sağlayacak geçerli makul sebeplerin gösterilmesi zorunluluğunu ifade eder. Böyle bir sebebin dayanağını oluşturabilecek olgulara gelince; parmak izi ve ayak izi gibi belli şahıslarla bağlantı kurmaya yarayan fiziki bulgular, şüphelinin kendi gönüllü beyanları, şüphe oluşturan nitelikte veya gizli yapılan faaliyetler, kişinin daha önceki suç kayıtları, kişinin her zaman suç işlenen bir alanda bulunması gibi olgular ile bazen muhbirlerden alınan bilgi ve ipuçları örnek olarak verilebilir.

Bir karar almak için görevlilerin bu tarz gerekli olguları sunmak zorunda olmalarının bir yararı da hedeflenen işlemi icra etmeden önce görevlileri sözde geçerli makul sebebi oluşturan gerekçeleri kayıtlarla saptamaya zorlamasıdır. SALTZBURG-CAPRA-DAVIS, Basic Criminal Procedure, 4th Ed. s. 100.

yiz mahkemesinde bu itirazı ileri sürmemiş olması nedeniyle Mahkemeye dikkate alınmamıştır.

D.Sonuç

District of Columbia Federal Temyiz Mahkemesinin kararı onaylanmıştır. Görevlilerin yapmış olduğu faaliyetin cihazın takıldığı yerin durumu ve sonradan bu cihaz vasıtasıyla kişinin yerini tespit için kullanılan yerin kişinin konutunun evine bitişik olan müştemilat niteliğindeki garajı olması nedeniyle kişinin konutu gibi anayasal korumadan yararlandırılmıştır. Görevlilerin bu işlemi yapmak için hâkimden karar alınması gerektiği şeklinde sonuçlanmıştır.

AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI
CENTROS / ERHVERVS-OG SELSKABSSTYRELSEN KARARI*
(Karar Tarihi: 9.3.1999- Dava No: C-212/97)

*Çeviren: Alper Hakkı YAZICI***

Dava Hakkında Genel Bilgi

Centros kararı olarak anılan bu karar özellikle şirketler hukukunda geçerli olan merkez – şube kavramı ve şirketlerin hareketliliği (corporate mobility) hususlarında önem arz etmektedir. Bir ön bilgi olması açısından kısaca özetlemek gerekirse; Danimarka vatandaşları tarafından İngiltere merkezli olarak kurulan Centros limited şirketinin Danimarka’da şube açma talebi hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile yapıldığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Zira Danimarka’da limited şirketler için en az 200.000 Danimarka Kronu asgarî sermaye ödeme şartı varken, İngiltere’de şirket kuruluşu için herhangi bir asgarî sermaye ödenmesine gerek yoktur. Bu kolaylıktan faydalanarak İngiltere’de şirket kuran davacılar, bu şirketin bir şubesini Danimarka’da açarak ticarî faaliyet göstermek istemektedirler. Esasında İngiltere’de bulunan merkez sadece itibarî bir merkez olup, bütün ticarî faaliyetin Danimarka’da yürütülmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeplerle, Danimarka makamlarınca şube açma talebi reddedilmiş ve bu karara karşı Danimarka Østre Landsret mahkemesinde açılan dava da aynı şekilde reddolunmuştur. Bunun üzerine Hojesteret istinaf mahkemesinde kanun yoluna gidilmiş, bu mahkeme Avrupa Birliği Antlaşmasının 52, 56 ve 58 maddelerinin yorumlanmasıyla ilgili ortaya çıkan ihtilafı ilgili olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na (Avrupa Adalet Divanı – AAD) bir ön karar için müracaatta bulunmuştur. Bu müracaat üzerine verilen karar hararetli tartışmalara yol açmıştır. Özellikle sermayenin hareketliliği, tek pazar yaratılmasında Şirketler Hukukunun önemi ve dolayısıyla hukukun ekonomi politikalarındaki fonksiyonunu göstermesi açısından oldukça önemli bir karardır. Önemine binaen aktarılması gereken 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun gerekçesindeki bu ve sonrasında verilen benzer kararlarla ilgili yapılan değerlendirmeler şu şekildedir: “AET/AT hukukunda, Avrupa şirketler hukukunu

* Dava dili: Danimarkaca

** Türkiye Adalet Akademisi hâkimi

derinden etkileyen, ancak ikincil hukuk düzenlemeleriyle değil de, Avrupa Topluluklar Mahkemesinin kararları ile gerçekleşen önemli bir gelişmeye de değinilmelidir. Çünkü, bu gelişme, şirketler hukukunda bir açılımın yönüne işaret etmektedir. Öğretide de tartışmalara yol açan, değerlendirmelere ve farklı yorumlara sebep olan bu kararlar 09/03/1999 tarihli “Centros”, 05/11/2002 tarihli “Überseering” ve 30/09/2003 tarihli “Inspire Art” kararlarıdır. Bu kararlar merkez/şube kavramlarını adeta yeniden tanımlamakta ve bir AB üyesi devlette kurulmuş olup da orada hiç faaliyet göstermeyen bir şirketin, diğer bir ülkede açtığı şube yoluyla bütün faaliyetini bu şubede yoğunlaştırmasına olanak tanımaktadır. Böylece merkez durumundaki şirket bir kabuk halinde kalmakta, şube esas faaliyet yeri gibi çalışmaktadır. AB’de temel ilkelerden biri olan sermayenin dolaşımı ve yerleşimi ilkesinden yararlanan bu uygulamaya Avrupa Topluluklar Mahkemesinin kararıyla geçit verilmesi Avrupa öğretisinde hararetli tartışmalara sebep olmuştur. Çok kullanılan örnek şudur: Almanya’da limited şirketin asgarî sermayesi 15.000 Avro’dur. Bu sermayeyi sağlayamayan veya şirkete koymak istemeyen, ancak Almanya’da faaliyette bulunmaktan vazgeçmeyen kişiler, limited şirketi, asgarî sermaye öngörmeyen İngiltere’de kurup, İngiltere’de hiç faaliyet göstermeden, Almanya’da açacakları bir şube aracılığıyla bu ülkede istedikleri gibi çalışabilirler. AB’nin önem verdiği şirketlerin sınır aşan hareketliliği (corporate mobility) kavramı (56 nolu paragraf) bağlamında Avrupa Topluluklar Mahkemesinin izin verdiği bu model, devletler özel hukukunda yönetim merkezi ve kuruluş hukuku teorilerini tartışmalarını tekrar canlandırırken, şirketler hukukunda da, bir ülkenin tanımadığı bir şirket türünün şubesi aracılığıyla istediği gibi faaliyette bulunmasına olanak sağlayacaktır.”

Dava No C-212/97,

Højesteret (Danimarka) Mahkemesinde derdest,

Centros Ltd ve Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, arasındaki davada, AB Antlaşmasının 52, 56 ve 58 maddelerinin yorumuyla ilgili olarak Antlaşmanın 177 maddesine atfen bir ön karar için yapılan BAŞVURUDA;

Mahkeme:

Heyet olarak: G.C. Rodríguez Iglesias, Başkan, P.J.G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, G. Hirsch and P. Jann (Daire Başkanları), G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, J. L. Murray, D.A.O. Edward, H.

Ragnemalm, L. Sevon, M. Wathelet (Raportör), R. Schintgen ve K.M. Ioannou, hâkimler,

Savcı (Hukuk Sözcüsü): A. La Pergola,

Katip: H. von Holstein, Katip yardımcısı

— Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, Kammeradvokaten’i temsilen Karsten Hagel-Sørensen, Avukat, Kopenhag,

— Danimarka Hükümeti, temsilen Peter Biering, Dışişleri Bakanlığında Bölüm Başkanı,

— Fransız Hükümeti, temsilen Kareen Rispal-Bellanger, Müdür Yardımcısı, Dış İşleri Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ve Gautier Mignot, aynı Genel Müdürlükte Dış İlişkilerden sorumlu sekreter,

—Hollanda Hükümeti, temsilen Adriaan Bos, Dışişleri Bakanlığında Hukuk Danışmanı,

— Birleşik Krallık Hükümetini temsilen, Stephanie Ridley, Hazine Avukatı ve Derrick Wyatt QC,

— Avrupa Toplulukları Komisyonunu temsilen, Antonio Caeiro, Hukuk Danışmanı ve Hans Støvlbæk,

tarafından sunulan yazılı görüşleri dikkate alarak;

Karsten Hagel-Sørensen tarafından Erhvervs-og Selskabsstyrelsen’i temsilen, Gautier Mignot tarafından Fransız Hükümetini temsilen, Dışişleri Bakanlığında Hukuk Danışmanı Marc Fiestra tarafından Hollanda Hükümetini temsilen, Departementsråd, Dışişleri Bakanlığında Hukuk Hizmetlerinden, Erik Brattgård tarafından İsveç Hükümetini temsilen, Derrick Wyatt tarafından Birleşik Krallık Hükümetini temsilen ve Antonio Caeiro ve Hans Støvlbæk tarafından Komisyonu temsilen,

19 Mayıs 1998 tarihli duruşmada yapılan sözlü açıklamalar ışığında hazırlanan raporu dikkate alarak;

16 Temmuz 1998 tarihli oturumda savcının mütalaasını aldıktan sonra, aşağıdaki gibi karar vermiştir.

Karar

1.Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından 5 Haziran 1997 tarihinde alınan, 3 Haziran 1997 tarihli talimatla, Hojesteret (Danimarka

İstinaf Mahkemesi) Antlaşmanın 52, 56 ve 58 maddelerinin yorumlanmasıyla ilgili bir ön-karar davası başlatılmak üzere bir soru yöneltmiştir.

2.İncelemeye konu soru, 18 Mayıs 1992’de İngiltere ve Galler’de ticaret siciline tescil edilen Centros Limited Şirketiyle, Danimarka Ticaret Bakanlığına bağlı Erhvervsog Selskabsstyrelsen (Ticaret ve Şirketler Kurulu, “Kurul”) arasında, Kurul’un, Centros’un Danimarka’da bir şube açma talebini reddetmesi üzerine ortaya çıkmıştır.

3.İlk derece mahkemesinde toplanan belgelerden açıkça Centros’un kuruluşundan bu yana ticari faaliyette bulunmadığı anlaşılmaktadır. Birleşik Krallık Hukukuna göre, limited şirketlerde asgari sermaye taahhüdünde bulunması veya bu taahhüdün ödenmesi zorunluluğu bulunmadığından, 100 GBP değerinde bulunan Centros hisse bedellerinin karşılığı ne ödenmiş ne de şirkette hazır bulundurulmuştur. Şirket paydaşları Danimarka vatandaşı olan ve Danimarka’da ikamet eden bay ve bayan Bryde’dır. Şirketin idarecisi bayan Bryde olup, bu şahsın sicile kayıtlı ofisi bay Bryde’in Birleşik Krallıkta bulunan bir arkadaşının evi olarak görünmektedir.

50 4.Danimarka hukukuna göre Centros yabancı bir limited şirkettir. Yabancı şirketlerin şubelerinin tescilini idare eden uluslararası bağlama kuralları Anpartsselskabslov’da (Özel Hukuk Limited Şirketleri Kanunu) öngörülmüştür.

5.Özelde, bu kanunun 117. maddesi şu şekildedir:

“1. Özel hukuk limited şirketleri ve Avrupa Toplulukları üye devletlerinden birinde kurulu benzer hukukî yapıya sahip yabancı şirketler, şube açarak Danimarka’da faaliyet gösterebilirler.”

6.1992 yılı yaz mevsiminde bayan Bryde Centros’un bir şubesinin tescili talebiyle Kurul’a başvuruda bulunmuştur.

7.Kurul tescil başvurusunu, Centros’un İngiltere’de ticari faaliyette bulunmadığı, başvurunun konusunun şube tescili olarak değerlendirilemeyeceği, Danimarka’da kabul edilmiş olan 21 Aralık 1991 tarihli ve 886 sayılı Kanunla öngörülmüş olan 200.000 Danimarka Kronu tutarındaki asgari sermaye ödenmesi kuralını aşmak amacıyla böyle bir yol izlenmiş olduğu, esasında başvuru sahibinin gerçek niyetinin Danimarka merkezli bir şirket kurmak olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

8.Centros ret kararına karşılık Østre Landsret mahkemesinde dava açmıştır.

9.Østre Landsret mahkemesi 8 Eylül 1995 tarihli kararında Kurulun ret gerekçelerini kabul etmiş, bunun üzerine Centros, Højesteret'e (İstinaf Mahkemesi) istinaf kanun yolu başvurusunda bulunmuştur.

10.Aşamalarda Centros devamlı surette, Kanun tarafından yabancı şirkete ait şubenin tescili için aranan şartları taşıdığını ifade etmiştir. Birleşik Krallıkta hukuka uygun olarak kurulduğundan, Antlaşmanın 52 ve 58 maddeleri uyarınca Danimarka'da şube açma hakkı olduğunu ileri sürmüştür.

11.Centros'a göre, kuruluşundan sonra Birleşik Krallıkta hiç faaliyet göstermemiş olmasının yerleşim hakkıyla bir alâkası yoktur. Ayrıca, 79/85 *Segers v Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswegen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR 2375, sayılı kararda Mahkeme, Antlaşmanın 52 ve 58 maddelerine göre, sadece sicilde merkez olarak kayıtlı yerin başka bir ülkede olması ve bu ülkede hiç ticari faaliyette bulunulmamış olması gerekçesiyle, davaya konu şirketin yöneticisinin ulusal sağlık sigortasına kayıt başvurusunun reddedilmesini Antlaşmaya aykırı bulmuştur.

12.Kurul, şubenin tescili talebini reddetmesinin Antlaşmanın 52 ve 58 maddelerine aykırı olmadığını, zira Danimarka'da şube açmanın altında yatan asıl amacın, şirket kuruluşuna ilişkin ulusal mevzuattan ve asgarî sermaye ödeme borcundan kaçınmak olarak değerlendirildiğini ileri sürmüştür. Tescil talebinin reddi kararı ayrıca özel ve kamu alacaklılarının ve diğer sözleşme taraflarının korunması ve hileli işlemlerin önlenmesi çabasıyla izah edilmektedir.

13.Bu koşullar altında Højesteret ihtilafı bekletici mesele sayarak aşağıda bulunan soruyu bir ön karar verilmesi için ATAD'a yöneltme kararı vermiştir.

“Merkezi başka bir üye devlette tescilli bulunan bir şirketin bu devlette mevzuata uygun olarak 100 GBP (yaklaşık 1000 DKK) sermayeyle kurulması, ancak tüm ticarî faaliyetini açacağı bir şube vasıtasıyla başka bir üye devlet ülkesinde yürütmek istemesi, bu devlette kuruluşu gerçekleştireydi ödemek zorunda kalacağı 200000 DKK (şu anda 125000 DKK) sermayeyi ödemekten kurtulacak olması gerekçesiyle şube açma talebinin

reddedilmesi, Antlaşmanın 52 maddesi delaletiyle 56 ve 58 maddeleriyle bağdaşmakta mıdır?”

14.Ulusal mahkeme yönelmiş olduğu bu soruyla esas olarak; bir üye devletin, başka bir üye devlette mevzuata uygun olarak kurulmuş ve merkez kaydı yaptırmış olan ancak bu yerde hiç faaliyet göstermemiş bir ticari şirketin, şube açma başvurusunda bulunduğu üye devletin şirket kuruluşuna ilişkin ulusal kurallarından, özellikle asgarî sermaye ödeme borcu gibi kısıtlayıcı olanlarından kaçınarak bütün işlerini burada yürütmesine izin vermemek için başvuruyu reddetmesinin, Antlaşmanın 52 ve 58 maddelerine aykırı olup olmadığını sormaktadır.

15.Bir ön belirleme olarak açıkça belirtilmelidir ki; Kurul hiçbir surette başka bir üye devlette tescil edilmiş anonim şirket veya limited şirketin şubeleri vasıtasıyla Danimarka’da faaliyet gösterebileceğini inkâr etmemektedir. Dolayısıyla, kural olarak başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş şirketin Danimarka’da şube kaydını kabul etmektedir. Özellikle, Centros İngiltere veya Galler’de faaliyette bulunsaydı, Danimarka’da şube tesciline izin verecek olduğunu eklemektedir.

52 **16.**Danimarka hükümetine göre mesele tamamen iç hukuku ilgilendirdiğinden, Antlaşmanın 52. maddesinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Danimarka vatandaşı olan Bay ve Bayan Bryde’in tek amacı, Danimarka Hukukunun öngördüğü yükümlülüklerden kurtularak bir şube vasıtasıyla Danimarka’da iş görmek olduğundan, Birleşik Krallıkta bir şirket kurmuşlar ancak burada herhangi bir ticarî faaliyette bulunmamışlardır. Hükümet, bu şartlar altında, bir üye devlet vatandaşları tarafından başka bir üye devlette şirket kuruluşunun Topluluk Hukuku açısından ilgili dış unsur teşkil etmeyeceğini ve özelde yerleşim özgürlüğüyle ilgili olmadığını düşünmektedir.

17.Bu bağlamda, AB üyesi bir ülkenin hukukuna uygun olarak kurulmuş ve bu ülkede merkez kaydı bulunan bir şirketin, başka bir üye devlette şube açmak istemesi durumunda, bunun Topluluk Hukukunun yetkisi kapsamında olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, ilk üye devlette kurulan şirketin, aslında diğer ülkede kuruluşu gerçekleştirmek veya iş yapmak amacıyla hareket edip etmemesinin konuyla bir ilgisi yoktur.

18.Bay ve bayan Bryde’in, Centros şirketini asgarî sermaye ödeme yükümlülüğü öngören Danimarka Kurallarını aşmak için Birleşik Krallıkta

kurdukları ne yazılı ne de duruşmadaki beyanlarda inkâr edilmektedir. Ancak bu, Britanya Şirketince Danimarka'da açılan şubenin, Antlaşmanın 52 ve 58 maddelerinin öngördüğü yerleşim özgürlüğünün kapsamı dışında olduğu anlamına gelmez. Bu maddelerin uygulanmasındaki sorun, bir üye devletin vatandaşlarının iç hukuk kurallarıyla öngörülen kaidelerden, AB antlaşmasının sağladığı olanaklardan yararlanarak kaçınmalarını engelleyici önlemler alıp alamayacağı sorunundan farklıdır.

19. Bay ve bayan Bryde'nin iddia ettikleri gibi, başka bir üye devlette kurulmuş ve tescilli bir şirketin Danimarka'da şube kaydı taleplerinin reddedilmesinin yerleşim özgürlüğünü engelleyip engellemediği sorunu bakımından, Antlaşmanın 52. maddesinde Topluluk vatandaşları için öngörülen özgürlüğün, ulus devlet vatandaşlarıyla aynı koşullar altında girişimde bulunma ve idare etme, müessese kurma ve yönetme haklarını da kapsadığı akılda tutulmalıdır. Ayrıca, Antlaşmanın 58. maddesine göre; bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş olan ve kayıtlı ofisleri, merkez idareleri veya merkezleri topluluk içerisinde bulunan şirketler veya firmalara üye devlet vatandaşları olan gerçek kişiler gibi muamelede bulunmalıdır.

20. Bunun ilk ve yakın sonucu bu şirketlerin bir acente, şube veya başka bir altbirim vasıtasıyla faaliyetlerine başka bir üye devletin ülkesinde sürdürebilmeleridir. Sicilde merkez olarak kayıtlı bulunan yer, yönetim merkezi veya başlıca faaliyet yeri gibi unsurlar, vatandaşlığın gerçek şahıslar için gerçekleştirdiği bağ gibi şirketin belirli bir devletin hukuk sistemiyle arasında bağ kurmasını sağlar. (sec, bu etkiyle ilgili, *Segers*, paragraf 13, Dava 270/83 Komisyon v Fmnce [1986] ECR 273, paragraf 18, Dava C-330/91 *Commerzbank* [1993] ECR I-4017, paragraf 13, ve Dava C-264/96 *ICI* [1998] I-4695, paragraf 20).

21. Eğer bir üye devlet, belirli şartlar altında, merkezi başka bir üye devletin sicilinde tescilli bir şirketin, şube açma talebini reddederse, bu bir üye devletin hukukuna uygun surette kurulmuş bir şirketin Antlaşmanın 52. ve 58. maddeleriyle kendisine tanınan yerleşim özgürlüğünden faydalanmasının engellenmesi sonucunu doğurur.

22. Sonuç olarak, bu uygulama Antlaşma maddelerince teminat altına alınan özgürlüklerden faydalanılmasına bir engel teşkil etmektedir.

23. Her ne kadar; Danimarka otoritelerine göre, bay ve bayan Bryde'nin asıl amacı, Danimarka Hukukunun kuruluşu ilişkin öngördüğü yükümlü-

lükleri etkisiz hale getirerek şirket kurmak olduğundan, Antlaşmanın belirtilen maddelerince tanınan özgürlüklerden faydalanmaları, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir. Bu sebeple, bu maddelere dayanarak talepte bulunamazlar. Dolayısıyla, Danimarka Krallığının şube açma talebini reddettiğini, bu surette hakkın kötüye kullanılmasına engel olma yetkisi olduğunu arz etmişlerdir.

24.ATAD içtihatlarıyla oluşan hukuka göre, üye devletlerin, vatandaşlarının AB Antlaşmasının tanıdığı özgürlükleri kullanarak ulusal hukuk tarafından öngörülen yükümlülükleri göz ardı etmeleri veya bireylerin Topluluk Hukukunun hükümlerinden usulsüz ve hileli bir şekilde faydalanmalarını engelleyici önlemler alma yetkileri vardır. (bkz. özellikle, çalışma özgürlüğüyle ilgili olarak, Dava 33/74 *Van Binsbergen v Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299, paragraf 13, Dava C-148/91 *Veronica Omroep Organisatie v Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-487, paragraf 12, and Dava C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4795, paragraf 21; yerleşim özgürlüğüyle ilgili olarak, Dava 115/78 *Knoors* [1979] ECR 399, paragraf 25, and Dava C-61/89 *Bouchoucha* [1990] ECR I-3551, paragraf 14; malların serbest dolaşımıyla ilgili olarak, Dava 229/83 *Leclerc ve Diğerleri v 'Au Ble Vert' ve Diğerleri* [1985] ECR 1, paragraf 27; sosyal güvenlikle ilgili olarak, Dava C-206/94 *Brennet v Paletta* [1996] ECR I-2357, '*Paletta II*', paragraf 24; işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili olarak, Dava 39/86 *Lair v Universitat Hannover* [1988] ECR 3161, paragraf 43; ortak tarım politikasıyla ilgili olarak, Dava C-8/92 *General Milk Products v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1993] ECR I-779, paragraf 21, and şirketler hukukuyla ilgili olarak, Dava C-367/96 *Kefalas ve Diğerleri v Yunanistan*[1998] ECR I-2843, paragraf 20).

25.Ancak, ulusal mahkemeler, tarafların dayanmak istedikleri Topluluk Hukuku kurallarından faydalanmalarını reddetmek için, objektif kanıt esasınca, her bir olayı kendi içerisinde ele alarak, faydalanıcıların bir istismar veya usulsüz yararlanmalarının olup olmadığını gözetebilecek olmalarına rağmen, yine de faydalanmanın AB Hukukunun amacına uygun olup olmadığını değerlendirmek zorundadırlar.

26.İşbu davada tarafların uygulanmasına engel olmaya çalıştıkları ulusal hukukun kuralları, şirketlerin kuruluşunu düzenleyen kurallardır ve bunlar belirli ticari işlerin, mesleklerin veya faaliyetlerin yürütülmesiyle ilgili değildir. Yerleşim hürriyetiyle ilgili antlaşma hükümleri özel olarak bir

üye devletin hukukuna göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkez, merkez idare veya işlerini idare ettiği ana birimi Topluluk içerisinde bulunan şirketlerin başka bir üye devlet ülkesinde bir acente, şube veya başka bir altbirim vasıtasıyla faaliyette bulunmalarına imkân sağlamayı amaçlamaktadır.

27.Hâl böyleyken, bir şirket kurmak isteyen üye devlet vatandaşının, şirketler hukuku kuralları en az kısıtlayıcı görünen üye devlette kuruluşu gerçekleştirmeyi tercih etmesi ve başka bir üye ülkede şubeler açması, başlı başına, yerleşim özgürlüğünün kötüye kullanılması anlamına gelmez. AB üyesi bir ülkenin hukukuna uygun şekilde şirket kurma ve başka bir üye ülkede şube açma hakkı, AB Antlaşmasının temin edilen tek pazar içerisinde yerleşim hürriyetinin doğası gereği var olan bir haktır.

28.Bu bağlamda, şirketler hukukunun tamamen uyumlaştırılmaması halinde beklenen sonuç alınamayacaktır. Dahası, AB Antlaşmasının 54/(3)(g) maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Konsey tam uyumlaştırmayı gerçekleştirme konusunda her zaman tedbir alabilir.

29.Ayrıca, *Segers* kararının 16. Paragrafında açıkça belirtildiği gibi; bir şirketin kayıtlı merkezinin bulunduğu üye devlette herhangi bir faaliyette bulunmaması ve bütün faaliyetlerini şubesi vasıtasıyla başka bir üye devlet ülkesinde gerçekleştiriyor olması, başlıbaşına kötüye kullanım ve istismarın varlığını ispata yeterli değildir ve bu üye devlete şirketin Topluluk Hukukunun yerleşim hakkıyla ilgili düzenlemelerinden faydalanmasını reddetme yetkisi vermez.

30.Dolayısıyla, bir üye devletin başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş olan ve kayıtlı merkezi yine burada tescilli bir şirketin şube açma talebini, şubeyi aslında bütün ticari faaliyetlerini kendi ülkesinde yürütme imkânına sahip olmak için kullanacağı ve böylelikle ülkesinde geçerli kuruluşla ilişkin ulusal kurallardan ve asgarî sermaye ödeme borcundan kurtulacağı gerekçesiyle reddetmesi, Antlaşmanın 52. ve 58. maddeleriyle teminat altına alınan özgürce ikincil yerleşim hakkının icrasını engellediği ölçüde Antlaşmanın 52 ve 58 maddeleriyle bağdaşmaz.

31.Ele alınması gereken son mesele, söz konusu ulusal uygulamanın Danimarka otoritelerince ileri sürülen gerekçelerde haklılığının olup olmadığıdır.

32.Hem Antlaşmanın 56 maddesi, hem de Mahkemenin kamu yararı için öngörülen emredici gereklilikler konulu içtihat hukukuna atfen, Kurul,

limited şirketlerin yerine getirmesi gereken yükümlülükler ve asgari sermaye ödeme borcunun iki amacı olduğunu ileri sürmektedir. Bunlardan ilki; kamu alacaklılarını korumak için bu şirketlerin mali yapılarının sağlam olmasını sağlamaktır. Çünkü kamu alacaklıları, özel alacaklılardan farklı olarak alacaklarının bir teminata bağlanmasını sağlayamadıklarından, bu alacakların tahsil edilememe riski bulunmaktadır. İkinci ve daha genel olarak, başlangıç sermayeleri yetersiz olan şirketlerin hileli iflaslarını göz önünde bulundurarak, hem kamu hem de özel alacaklıları korumaktır.

33.Kurul daha az kısıtlayıcı araçların bu ikili hedefin gerçekleştirilmesinde elverişli olmadığını da eklemektedir. Alacaklıları korumanın başka bir yolu, ortakların şirket borçlarından şahsen sorumlu olmalarının yolunu açacak kuralların kabulü olabilir ki, bu belirli koşullarda asgari sermaye koyma borcundan daha da kısıtlayıcı olabilir.

34.İlk olarak, ileri sürülen sebeplerin Antlaşmanın 56 maddesi kapsamında olmadığı görülmelidir. İkinci olarak, Mahkemenin içtihat hukukuna göre, Antlaşma tarafından temin edilen hürriyetlerden yararlanmayı zorlaştırma veya etkisizleştirme etkisine sahip ulusal tedbirlerin dört koşulu taşınması gerekmektedir: bu tedbirler; eşitlikçi bir tarzda uygulanmalıdır; kamu yararı için gerekli, emredici nitelikteki ihtiyaçları karşılamalıdır; gerçekleştirmek istediği amaca uygun olmalıdır ve elde etmek istediği hedefin ötesine geçecek derecede olmamalıdır (bkz. Dava C-19/92 *Kmtts v Land Baden-Württemberg* [1993] ECR I-1663, paragraf 32, ve Dava C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procttratori di Milano* [1995] ECR I-4165, paragraf 37).

35.Bu koşullar, ilk derece mahkemesindeki davada karşılanmamıştır. İlk olarak, söz konusu uygulama ileri sürüldüğü gibi alacaklıları koruma amacını gerçekleştirecek nitelikte değildir. Çünkü, söz konusu şirket kuruluşunu gerçekleştirdiği Birleşik Krallıkta ticari faaliyette bulunmuş olsaydı, Danimarka'da şube açma talebi kabul edilecekti ve bu durumda Danimarkalı alacaklılar pekala risk altında olacaklardı.

36.Söz konusu şirket esas yargılamasında devamlı surette Danimarka Hukukuna değil, İngiliz ve Galler Hukukuna tabi bir şirket olduğunu ileri sürmüş, alacaklılarının limited şirketin kuruluşunda Danimarka Hukukunun öngördüğünden farklı kurallara tabi olduğunu ve Topluluk Hukukunun kendileri için koruma sağlayan, 78/660/EEC sayılı 25 Temmuz 1978 tarihli Dördüncü Konsey Yönergesi (belirli şirketlerin yıllık muha-

sebeleriyle ilgili hüküm öngören Antlaşmanın 54(3)(g) maddesine dayanmaktadır) (OJ 1978 L 222, p. 11), ve 89/666/EEC sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli başka bir üye devlet hukukuna tabi olan belirli türdeki şirketlerin başka bir üye devlette şube açması için yerine getirilmesi gereken hususları konu alan Onbirinci Konsey Yönergesi gibi Topluluk Hukukunun belirli kurallarına müracaat edebileceğinin bilincinde olduğunu ileri sürmektedir.

37.Diğer taraftan, Danimarka otoritelerince iddia edildiğinin aksine, daha az kısıtlayıcı veya temel haklara daha az müdahale eder nitelikte mesela kamu alacaklılarına alacaklarını teminen çeşitli teminatlar almalarını sağlayacak nitelikte, tedbirler benimsenmesi mümkündür.

38.Son olarak, bir üye devletin, başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş ve merkezi burada tescilli bir şirketin şube açma talebinin reddememesi, eğer gerekliyse kuruluş ülkesiyle işbirliği halinde bizzat şirketle ilgili, gerekse şirket kuruluşuna ilişkin daha az kısıtlayıcı kurallar vasıtasıyla tali yerleşimini gerçekleştirdiği üye devlette bulunan özel veya kamu alacaklılarına karşı olan borçlarından kaçınma teşebbüsünde bulunan şirket mensuplarına karşı bulunacağı hileli işlemleri engelleyici veya cezalandırıcı önlemler almasına engel değildir. Her halükarda, hileli işlemlerle mücadele, merkezi başka bir üye devlette tescilli şirketin şube açma talebinin reddini haklı çıkarmaz.

39.Divana yöneltilen soruya cevap olarak belirtilmelidir ki; bir üye devletin, başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş ve merkezi burada tescilli olmakla birlikte hiçbir ticari faaliyette bulunmamış bir şirketin, kuruluşu ilişkin daha sıkı kurallar ve asgarî sermaye koyma borcu gibi yükümlülükleri aşmak için yeni kuruluşta bulunmayarak, açacağı bir şube vasıtasıyla bütün işlerini yürütmek istediği gerekçesiyle, bu şirketin şubesinin tescili talebini reddetmesi, Antlaşmanın 52 ve 58 maddelerine aykırıdır. Ancak bu yorum ilgili üye devletlerin, eğer gerekliyse kuruluş ülkesiyle işbirliği halinde bizzat şirketle ilgili, gerekse şirket kuruluşuna ilişkin daha az kısıtlayıcı kurallar vasıtasıyla tali yerleşimini gerçekleştirdiği üye devlette bulunan özel veya kamu alacaklılarına karşı olan borçlarından kaçınma teşebbüsünde bulunan şirket mensuplarına karşı bulunacağı hileli işlemleri engelleyici veya cezalandırıcı önlemler almasına engel değildir.

40.Danimarka, Fransa, Hollanda, İsveç ve Birleşik Krallık hükümetlerince karşılanan Yargılama giderleri ile Mahkemeye gözetim sağlayan Ko-

misyonun masraflarının yüklenimi mümkün değildir. ATAD'da yürütülen yargılama, hala derdest olan asıl davanın tarafları için bir aşama teşkil ettiğinden, yargılama giderleri esas mahkemesince karara bağlanmalıdır.

Bu gerekçeyle;

MAHKEME

Kendisine Hojesteret Mahkemesi tarafından 3 Haziran 1997 tarihinde yöneltilen soruya cevaben:

Bir üye devletin, başka bir üye devlet hukukuna göre kurulmuş ve merkezi burada tescilli olmakla birlikte bu yerde hiçbir ticari faaliyette bulunmamış olan bir şirketin, sırf asgari sermaye koyma borcu düşünüldüğünde daha ağır olan kuruluş yükümlülüklerinden kurtulmak için bir şube açmak ve bu şube vasıtasıyla bütün ticari faaliyetlerini yürütmek isteyen bir şirketin, bu gerekçeyle şubenin tescili talebini reddetmesi, AB Antlaşmasının 52. ve 58. maddelerine aykırıdır. Ancak bu yorum ilgili üye devletlerin, eğer gerekliyse kuruluş ülkesiyle işbirliği halinde bizzat şirketle ilgili, gerekse şirket kuruluşuna ilişkin daha az kısıtlayıcı kurallar vasıtasıyla tali yerleşimini gerçekleştirdiği üye devlette bulunan özel veya kamu alacaklılarına karşı olan borçlarından kaçınma teşebbüsünde bulunan şirket mensuplarına karşı bulunacağı hileli işlemleri engelleyici veya cezalandırıcı önlemler almasına engel değildir.

Rodriguez Iglesias	Kapteyn	Puissochet
Hirsch	Jann	Mancini
Moitinho de Almeida	Gulmann	Murray
Edward	Ragnemalm	Sevón
Wathelet	Schintgen	Ioannou

Lüksemburg'ta bulunan açık mahkemede 9 Mart 1999 tarihinde verilmiştir.

R.Grass	G.C.RodriguezIglesias
Katip	Başkan

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN BÜYÜK KEMER GEÇİDİNE İLİŞKİN DAVA İLE İLGİLİ KARARININ ANALİZİ*

Martti KOSKENNIEMI**

Çeviren: Seyfullah ÇAKMAK***

Mayıs 1991'de Finlandiya, Danimarka'nın ana seyrüsefer kanalı Büyük Kemer Boğazı üzerine bir yüksek düzeyli köprü yapımı planına ilişkin Uluslararası Adalet Divanına bir başvuruda bulunmuştur. Finlandiya, bu köprünün Finlandiya'ya ait gemiler için, özellikle sondaj kuleleri açısından, Baltık ve Kuzey Denizi arasında engel teşkil edeceğini ve Finlandiya'ya çeşitli uluslararası antlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku tarafından sağlanan hakların Danimarka tarafından ihlal edildiğini iddia etmiştir. Danimarka, köprüyü inşa etme hususunda egemenlik hakkına sahip oldukları ve aslında köprünün herhangi mevcut bir geçişe engel teşkil etmediği konusunda ısrar etmiştir. Danimarka'ya göre, Finlandiya her şekilde çok geç tepki göstermiştir. Divan, bu davanın esaslarıyla hiçbir zaman ilgilenmemiştir; fakat Eylül 1992'de mahkeme dışında uzlaşma sağlanmıştır. Bu makale, Finlandiya ve Danimarka'ya ait hukuki davaları, bunun yanında yazarın bu davalar üzerine değerlendirmesini ortaya koymaktadır.

Anahtar kelimeler: Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Büyük Kemer, uluslararası boğazlardan zararsız geçiş, Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası boğazlar, deniz hukuku, hareketli açık deniz sondaj üniteleri (MODUs), transit geçiş, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi

* Büyük Kemer'den Geçiş (Fin. karşı Dan.), 1991 U.A.D. 12, 20 (Geçici Tedbirlerin Tayin Edilmesine ilişkin Talep, 29 Haziran Kararı); 7 Eylül 1994 tarihinde alınmıştır; 13 Şubat 1995 tarihinde kabul edilmiştir.

Bu makalenin önceki bir Fransız versiyonu 38 *Annuaire Français de droit international* 905 (1992) ile yayınlanmıştır. Yazar, Finlandiya ekibinin üyelerine, Profesör Daniel Bardonne't'a, Profesör Pierre-Marie Dupuy'e, Dr. Vaughan Lovve'a, Profesör Tullio Treves'e ve Sir Ian Sinclair'e ortaya koydukları çalışmalardan ve Divan'da davanın görülmesi sırasındaki görüşmelerinden ötürü teşekkür etmektedir.

** Yazışma adresi Martti Koskenniemi, Kamu Hukuku Bölümü, Helsinki Üniversitesi, P.O. Box 4, FIN-00014 Helsinki, Finland.;

*** Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tetkik hâkimi. Bu makalenin çevirisinde aynı zamanda İntra Tercüme Eğitim ve Danışmanlık Firmasının da kıymetli değerlendirme ve katkılarından yararlanılmıştır. (Bkz., web adres: <http://intrabiz.com.tr/#/anasayfa/>)

3 Eylül 1992'de Danimarka ve Finlandiya başbakanları, bir akşam telefon konuşması sırasında, Büyük Kemer Boğazı üzerinde Danimarka'nın sabit trafik bağlantısı inşa etme planına ilişkin sorun üzerinde uzlaşma konusunda anlaşmaya vardılar. Danimarka, Finlandiya'ya, 17 Mayıs 1991 tarihinde tek taraflı başvuruya Uluslararası Adalet Divanı'na götürdüğü davadan vazgeçmesi karşılığında toplam 90 milyon Danimarka kronu ödemeyi kabul etmiştir. Uzlaşma, Finlandiya'nın geçici koruma önlemlerinin alınmasına dair talebi üzerine, Divan'ın 29 Haziran 1991 tarihli kararına dayanarak ikili müzakereler temelinde gerçekleştirilmiştir. Divan, Finlandiya tarafından talep edilen tedbirlerin verilmesini geri çevirmiştir; fakat taraflara, "Divan'ın, esaslar üzerine kararının beklemede olmasının rağmen, taraflar arasında doğrudan ve doğça bir uzlaşma doğrultusunda herhangi bir müzakere yapılması iyi olacaktır." şeklindeki bir ifade kullanmıştır. İki tarafın temsilcileri uzlaşma hususunda Divan'ı derhal haberdar ettiler; sonuç olarak 10 Eylül 1992 tarihinde Başkan'ın kararı ile dava Divan'ın listesinden çıkarılmıştır.

60 Her iki taraf da uzlaşmadan duydukları memnuniyeti dile getirmişlerdir. Davanın, işbirliği ruhu içerisinde ve geleneksel Nordik dostluğu temelinde çözüldüğünü vurgulamışlardır. Bununla beraber, uzlaşının hukuki sonuçlarına dair görüşleri kısmen farklılık göstermiştir. Finlandiya'ya göre Danimarka'nın yaptığı ödeme, Büyük Kemer üzerindeki köprü projesinin Finlandiya çıkarlarında *meydana getirebileceği tahmini zararların tazminatı niteliğinde yapılmıştır. Danimarka tarafı ise ödemenin iyi niyet özelliğine vurgu yapmıştır*¹. (Bakınız Ek 1 ve 2)

Yapılan ödemenin, Danimarka'ya ait köprü planının yürütülmesi sonucu Finlandiya'nın karşılaşılabileceği zararlar için tazminat yükümlülüğü olarak tanınarak yapıp yapılmadığı konusundaki farklı görüşler, Finlandiya'nın yaptığı başvurusunun amacı olan haklar ve yükümlülüklerle ilgili süren belirsizliği yansıtmaktadır. Bu hakların ve yükümlülüklerin esasları ve kapsamlarına ilişkin tarafların görüşleri hem geçici tedbirler için sözlü savunmada hem de Divan'a taraflarca verilmiş olan önerge ve karşı öner-

¹ Uzlaşının nihai aşamasının kısa bir özeti de 32 I.L.M 101 (1993) içerisinde yayımlanmıştır. İki devletin dışişleri bakanlıkları için basın bildirimleri İngilizce versiyonu, 4 Eylül 1992 tarihindeki uzlaşmadan sonra hemen yayınlanmıştır ve Ek 1 ve 2 olarak bu makaleye eklenmiştir.

gede (memorial and counter-memorial) kapsamlı bir şekilde açıklanmıştır².

Lahey'de şifahen müracaatların gerçekleştirilmesinin planlanmasından 11 gün önce gerçekleştirilen uzlaşma nedeniyle Divan, taraflara hukuki savunmaları hususundaki görüşünü verme fırsatını bulamamıştır. Bu savunmalar, uluslararası seyir amacıyla kullanılan bir boğazda Finlandiya'nın geçiş hakkı ve Danimarka'nın bir kıyı devleti olarak süphesiz egemenliği altında olan karasularında yapı inşa etme hakkı arasındaki gerginliğe odaklanmıştır. Daha detaylı hukuki sorunlar, deniz hukuku çerçevesinde hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin (MODUs – örneğin, sondaj gemileri, sondaj kuleleri) statüsü, standart bir köprü yüksekliğinin bulunması, gemi teknolojisinde tahmini gelişmelerin uygunluğu ve ihtilafli olan tarafların çıkarlarının haklarıyla ilgililiğinin olup olmadığının karşılaştırılması olmuştur. Buna ek olarak taraflar, Finlandiya'nın Danimarka planına gecikmiş resmi tepkisinin hukuki sonuçları hususunda geniş çaplı tartışmalar gerçekleştirmişlerdir.

Hukuki zihniyet, yetersiz bir uzlaşımın bile çoğu zaman, süren bir ihtilaf-tan daha iyi olduğunu savunmaktadır. Bu, ihtilaf yaratanların ilgilendikleri konu olabilir. Davayı uzlaştırarak, Danimarka ve Finlandiya, Divan'da kaybetme olasılığına ve davanın esaslarına ilişkin bir hükmün doğurabileceği beklenmedik sonuçlara mani olmuşlardır. Netice, kesin olarak iki hükümetin elinde olmaya devam etmiştir. Bununla birlikte, üçüncü devletlerin bakış açısından uzlaşma, hukuki konulara açıklık getirilmesi pahasına elde edilmiştir ve bunun önemi, Finlandiya davasının ikili unsurlarını açıkça aşmaktadır. Bu “genelleştirilebilir” konuların arasında, en azından kıyı devletlerinin uluslararası seyirüfe için kullanılan bir boğazda yapı işleri gerçekleştirme hakkı, denizde hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin faaliyetlerine uygulanabilir yasal ilkeler, muvafakat ve itiraz hakkının düşmesine ilişkin kriterler yer almaktadır³.

Buna ek olarak ihtilafın esas amacı, Danimarka'ya ait köprü planının yasallığı sorunu—ya da üçüncü devletlere göre muhalefet edilebilirliği—açık bırakılmıştır. Bu konunun üçüncü devlet hakları ile ilgililiği, sadece

² Finlandiya Önergesi [bundan böyle FÖ], Aralık 1991 tarihinde Divan'a gönderilmiştir ve Danimarka Karşı Önergesi [DKÖ] Mayıs 1992 tarihinde gönderilmiştir. Yazılı müdafaalar, zamanı geldiğinde, U.A.D. Müdafaalarında yayınlanacaktır.

³ Cebelitarık Boğazı üzerindeki Avrupa-Afrika Daimi Bağlantısı (Europe-Africa Permanent Link): Genel Sekreter tarafından rapor edilmiştir, *BM Doc. E/1991/67 (1991)*. Seminario sobre aspectos jurídicos del enlace fijo a través del estrecho de Gibraltar, Madrid 4-5 Aralık 1986 (*Sociedades de Estudio SECEG/SNED, 1989*).

Danimarka'ya ait boğazlar bağlamında değil, Cebelitarık ve Messina⁴ Boğazı üzerinde sabit bağlantıların inşa edilmesi için mevcut planlar ve uluslararası su yollarından geçecek gelecek köprü projeleri bağlamında da bulunmaktadır.

Bu sorunlar üzerine Uluslararası Adalet Divanı tarafından yetkili bir beyan bulunmamasına rağmen bu, sorunların tamamen davanın gündeme gelmesinden önceki noktada olduğu anlamına gelmemektedir. Hem Danimarka hem de Finlandiya halka açık olarak kendi davalarını tartışmışlardır; önerge ve karşı önergede (memorial and the counter-memorial) boğaz geçitleri, köprüler, hareketli açık deniz sondaj üniteleri ve muvafakata dayalı hukuki ve olgusal bilgiler zengin bir şekilde içerilmiştir. Hukuki zihniyet, bu savunmaları ve malzemeleri, yetkili bir hüküm bulunmasa bile özünde değersiz olarak değerlendiremez. Esaslarına göre bazıları daha iyidir, bazıları daha kötüdür fakat iyiyi kötüden ayırmak şimdilik bir savunma ve değerlendirme unsuru olarak kalacaktır.

Bu makalenin öncelikli amacı, çeşitli konularda fikir ayrılığı yaşamış olan—ve hala yaşadıkları tahmin edilen— ihtilaf halindeki iki devletin konumlarının altını çizmektir. Yazar, bununla beraber, konumların esaslarını da değerlendirilmeye; bazı noktalarda, dava sonuna kadar takip edilseydi malzemelerin adil bir sonuç olarak neler önerebilecek olacağını özetlemeye ve bunu yine Divan'ın ne yönde karar verebilecek olduğunu “tahmin” ediyormuş gibi görünmeden yapmaya çalışacaktır.

Bu yorumlama, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, Divan'ın 29 Haziran 1991 tarihindeki ara kararına kadar ihtilafın geçmişiyle ve gelişimiyle ilgilenmektedir. İkinci ve üçüncü bölümler sırayla tarafların hukuki ve olgusal savunmalarıyla ilgilenmektedir. Bu davanın özel niteliklerinden biri, hukuki savunmaların kritik noktalarda nasıl teknik olgularla ilgililik gösterdiğidir (örneğin, gemi yapımında gelecekteki trendler ve gerekli karına altı su çekimi [underkeel clearance]). Bu, böylesi olgusal farklılıkları kavrayabilecek özel bilgisi olmayan bir avukat için utanç verici olarak algılanabilir. Bu davanın ortaya koyduğu genel ve kesin bir çözümü olmayan sorun, tam olarak “hukuki” ve “olgusal” savunmalardır: İkincisi hakkında tam bir kesinliğin yokluğunda, ilki ne düzeye kadar çözülebilir?

⁴ Bakınız İtalya Hükümeti'nden, Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne, Messina Köprüsü Projesine İlişkin Tebliğat, 1 Haziran 1988, UDÖ, Seyrüsefer Güvenliği Alt Komitesi, 35. Oturum, Gündem Maddesi 13, UDÖ Doc. NAV 35/INF.4 (1988) (sadece İngilizce), DKÖ içerisinde tekrar basılmıştır, üst not 3, Ek 52.

İhtilafın Geçmişi ve Gelişimi

10 Haziran 1987 tarihinde Danimarka Parlamentosu (Folketinget), Büyük Kemer Boğazı üzerine bir sabit bağlantının inşa edilmesi yönünde bir kanunu onaylamıştır⁵. Bu, Danimarka'nın Fünen adasında Knudshoved'dan Danimarka'nın Sealand adasında Halsskov'a birleşik karayolu ve demiryolu bağlantısını öngörmektedir. Danimarka Dışişleri Bakanlığı, 30 Haziran 1987 tarihinde Kopenhag'daki yabancı büyükelçiliklerini kanun hakkında bilgilendirmiştir⁶. Danimarka sirküler mektubuna göre, boğazdaki ana seyrüsefer güzergahı olan Doğu Kanalı (Eastern Channel) üzerinden geçecek olan karayolu için bir tünel mi yoksa yüksek düzeyli bir köprü mü yapılacağına henüz karar verilmemiştir.

1989 baharında Danimarkalı yetkililer tarafından, sabit bağlantının yapısıyla ilgili nihai versiyon kabul edilmiştir (Bakınız Resim 1). Karayolunun ve demiryolunun Büyük Kemer'in Batı Kanalı (Western Channel) üzerinden geçmesi için bağlantının 18 metre yüksekliğinde bir sabit köprü şeklinde inşa edilmesi planlanmıştır. Boğazın ortasındaki Sprogo adlı küçük adada, karayolunun ve demiryolunun Doğu Kanalı'nı geçmesi için ayrılmaları planlanmıştır. Demiryolunun, Doğu Kanalı'nın altından bir tünelde ilerlemesi, karayolunun ise 6.6 km uzunluğunda ve kanalın ortasında ölçülen, 65 metre yüksekliğindeki yüksek düzeyli köprüden geçmesi planlanmıştır. Bu yer, Kattegat ve Baltık Denizi arasındaki bir derin deniz seyrüsefer güzergahı ile kesişmekteydi. Sonuç olarak, karayolu için tünel alternatifi reddedilmiştir.

Sondaj gemileri ve sondaj kulelerinin yapısıyla ilgilenen Rauma- Repola Offshore (RRO) adlı Finlandiya tersanesi, 1989 yılında Finlandiya Dışişleri Bakanlığını Danimarka'nın köprü planı hususunda uyarmıştır. Tersane, planlanan yüksek düzeyli köprünün, sondaj gemilerinin ve sondaj kulelerinin Finlandiya'dan Kuzey Denizi'ne ve daha da ötesine taşınmasına uygun olmayacağını iddia etmiştir. Köprünün 65 metre yüksekliğinde olması planlanırken, RRO tarafından inşa edilen bazı hareketli açık deniz sondaj üniteleri yaklaşık 150 metreyi bulmaktaydı.

Sonuç olarak, 18 Haziran 1989 tarihinde Kopenhag'daki Finlandiya Büyükelçiliğinin ticaret bölümü, Danimarka Denizcilik Otoritesine mek-

⁵ Lov No. 380 om anlaeg af fast forbindelse över Storebealt af 10 juni 1987. FÖ içerisindeki metin (çeviri), üst not 3, Ek 26, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 24.

⁶ Metin FÖ içerisinde tekrar basılmıştır, üst not 3, Ek 27, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 25.

tup göndermiştir ve gelecekte Danimarka boğazından ne boyutta taşımacılığın sağlanabileceği (örneğin, 150 metre yüksekliğe ve 200 metre genişliğe ulaşabilen sondaj platformları) konusunda bilgi talep etmiştir⁷. Danimarka Dışişleri Bakanlığının cevabı, bu tür yapıların planlanan köprüden geçişlerine izin verilmeyeceği, fakat deniz seviyesinin altındaki derinlikleri 8 metreyi geçmediği sürece alternatif olarak Sound (Sund/Öresund) güzergahının kullanılabilmesi şeklinde olmuştur⁸.

24 Ekim 1989 tarihli yeni sirküler mektubunda Danimarka Dışişleri Bakanlığı, Kopenhag'daki yabancı elçilikleri Doğu Kanalı'nı geçecek olan karayolu için köprü çözümü seçimleri hakkında ve bu köprü'nün 65 metre yüksekliğinde olacağı hususunda bilgilendirmiştir. Bununla beraber mektup şunları ifade etmekteydi:

Büyük Kemer üzerine inşa edilecek olan trafik bağlantısı, uluslararası hukuka uygun olarak, öncesinde de olduğu gibi Kattegat ve Baltık Denizi arasındaki boğazda seyir eden bütün mevcut gemiler için serbest geçişin sürdürülmesine olanak sağlayacaktır⁹.

Fakat Finlandiya'da, Sound güzergahının büyük araçlar için kullanışlı olacağına şüpheyle yaklaşılmaktaydı. Bu sebeple, 1989 yılının sonlarında ve 1990 yılının başlarında Finlandiya ve Danimarka yetkilileri arasında çeşitli temaslar kurulmuştur. Mayıs 1990 tarihinde, Danimarka ve Finlandiya Dışişleri Bakanlığının hukuk dairelerinin temsilcileri arasında gerçekleştirilen bir toplantıda Danimarka, savunmasını şu şekilde ortaya koymuştur: Köprü planı, Danimarka karasuları içerisinde gerçekleştirilmektedir, bu sebeple tamamen Danimarka'nın egemenliği altındadır.

Uluslararası hukukta ve Danimarka hukukunda belirtildiği üzere, yabancı gemilerin Büyük Kemer'den geçiş hakkına sahip oldukları doğrudur, fakat köprü projesi bu hakkı ihlal etmemiştir. Çünkü;

1. Köprü, mevcut bütün gemilerin geçişine izin vermektedir;
2. Finlandiya'da inşa edilen sondaj kuleleri "gemi" değildirler ve bu sebeple geçiş hakkına sahip değildirler; ve,

⁷ Danimarka Seyrüsefer Kurulu'na Finlandiya tarafından gönderilen mektup (18 Haziran 1989). FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 60, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 60.

⁸ Danimarka Dışişleri Bakanlığının Kopenhag'daki büyükelçiliklere mektubu (29 Ağustos 1989), FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 61, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 61.

⁹ Metin FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 63, ve DKÖ içerisinde üst not 3, Ek 31.

3. Her koşulda, Finlandiya çok geç tepki göstermiştir. Sabit bağlantı, 1977 gibi erken bir tarihte ve yine Haziran 1987 tarihinde bildirilmiştir, fakat Finlandiya'nın ilk resmi tepkisi ancak 1989 yılında gelmiştir.

Bu savunmalar, Danimarka hukuk davasının temelini oluşturmuştur. Ancak dava süresince bunlara iki ek savunma daha getirilmiştir:

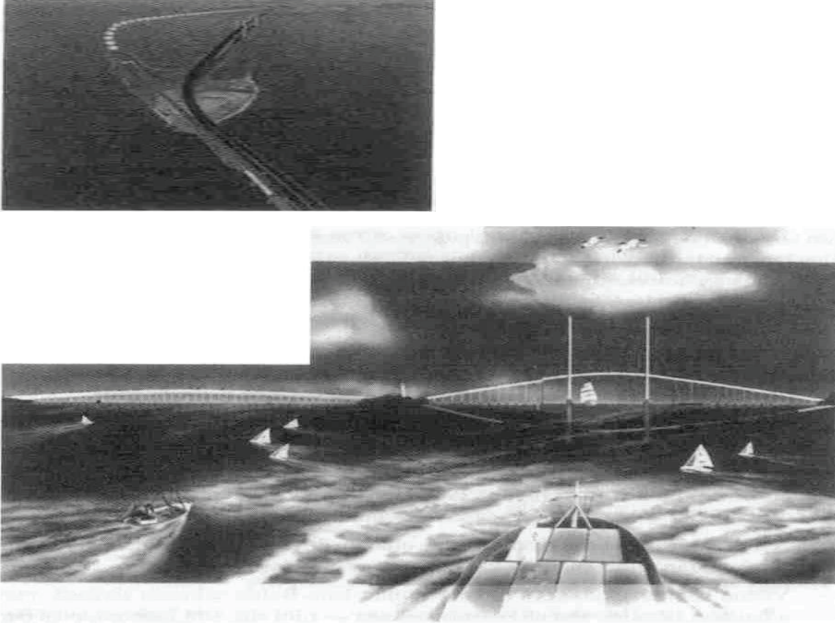
4. Geçiş hakkı sadece Büyük Kemer'i değil, genel anlamda "Danimarka Boğazları" bölgesini kapsamaktadır. Bu sebeple, alternatif Sound güzergahının açık tutulması yeterli görülmüştür.

5. Her koşulda, eşitlik ilkeleri, Danimarka toplumunun bütün olarak çıkarlarını Finlandiyalı özel şirketin (RRO) çıkarlarının önünde tutmaktadır.

Finlandiya tarafından ilk resmi itiraz, 19 Mayıs 1990 tarihinde Danimarka'ya sözlü nota şeklinde iletilmiştir¹⁰. Notada, mevcut deniz hukukuna göre Danimarka'nın boğazlardan geçişlere engel teşkil etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Sondaj kulelerinin 200 metreye kadar seyir aralığına gereksinim duydukları ve suyun en az 12 metre derinlikte olması gerektiği belirtilmiştir¹¹. Danimarka ve Finlandiya arasındaki müzakerelerin, "belirtilen türdeki uluslararası taşıtların Büyük Kemer'den güvenli bir şekilde serbest geçişlerinin sağlanabilmesi için" ivedi bir şekilde başlatılması önerilmiştir. (Sound güzergahının minimum derinliği 7.7 metredir.)

¹⁰ Finlandiya Sözlü Notası (19 Haziran 1990). FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 64, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 63.

¹¹ Aynı



Resim 1. Büyük Kemer üzerindeki sabit bağlantı.

1990 yılının geri kalanında gerçekleştirilen yazışmalar ve toplantılar, ülkelerin konumları üzerinde bir değişiklik yaratmamıştır. 6 Şubat 1991 tarihinde Finlandiya Başbakanı Harri Holkeri, Danimarka Başbakanı Poul Schlüter'e bir yazıyla hitap etmiştir¹². Yazıda, tartışmaların çıkmazı belirtilmiş ve 1970'lerin ilk yıllarından beri Finlandiya'da inşa edilen 10'dan fazla hareketli açık deniz sondaj üniteleri için Büyük Kemer'in "Baltık Denizi'nden okyanuslara mümkün olan tek geçit" olduğuna dair atıfta bulunulmuştur. Ayrıca şu ifade kullanılmıştır: "Bizim bakış açımızdan, uluslararası hukuk bu tür kulelerin ve deniz taşıtlarının serbest ve engelsiz geçişini güvence altına almaktadır"¹³. Başbakan Schlüter tarafından yapılan açıklamada, projenin hazırlanışı sırasında uluslararası hukuka dair kapsamlı çalışmaların gerçekleştirildiği belirtilmiştir¹⁴. Oldukça pa-

¹² Finlandiya Başbakanı Sayın Marn Holkeri'den Danimarka başbakanı Sayın Poul Schlüter'e mektup (6 Şubat 1991), FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 70, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 69.

¹³ Burada, diğer bölümlerde olduğu gibi, Finlandiya tarafı, 29 Nisan 1958, 516 U.N.T.S. 206 Karasuları ve Bitişik Bölge Cenevre Sözleşmesi'ne dayanan sınırlayıcı "zararsız geçiş" kavramına değinmekten kaçınmıştır.

¹⁴ Danimarka başbakanı Sn. Poul Schlüter'den Finlandiya başbakanı Sn. Harri Holkeri'ye mektup (20 Şubat 1991), FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 71, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 70.

halı olan mevcut 65 metrelik köprü planı, seyrüsefer unsurlarını göz önüne almıştır ve “uluslararası hukukun yükümlülüklerini yerine getirmek için” bunları kesin bir şekilde izlemiştir¹⁵. Fakat, verilen cevabın ana vurgusu, Finlandiya'nın tepkisinin gecikmesi olmuştur:

1977 yılında, Kopenhagda bulunan resmi misyonların yetkililerini o zamanki proje hususunda bilgilendirmiştik (aralık 62 metre). Bildiğim kadarıyla Finlandiya, bu zaman zarfında tepki göstermemiştir. Bir sonraki, 1987 yılında gönderilen bildiri tünel alternatifi konusunu açmıştır ve cevapsız kalmıştır. Projenin bu ilerlemiş safhasında, Danimarka'dan köprüyle ilgili çalışmaların askıya alınmasına dair isteğiniz, bana göre oldukça anlamsız bir taleptir¹⁶.

Bu mektubun üzerine, Finlandiya tarafı konuyu Uluslararası Adalet Divanı'na taşıma konusunda ciddi bir şekilde düşünmeye başlamışlardır. Herhangi bir alternatif uzlaşılı yolu hesaba katılmamıştır: Danimarka'nın konunun çözümü için hakemliğe başvurmayı kabul etmeyeceği varsayılmıştır. Her iki ülke de, Divan Statüsü'ndeki Madde 36 (2) gereğince bağlayıcı yargıyı beyan etmişlerdir¹⁷. Böylelikle Divanın, Finlandiya'nın tek taraflı başvurusuyla başlayacak bir davada yetkisi bulunacaktır. Finlandiya'nın başvurusu, 17 Mayıs 1991 tarihinde Divana intikal etmiştir. Başvuruyla, Divandan aşağıdaki hususların beyan edilmesi ve bu yönde hüküm verilmesi istenmiştir:

- Finlandiya'ya ait limanlardan ve tersanelerden giriş yapan veya çıkış yapan bütün gemilerin Büyük Kemer'den serbest geçiş hakkına sahip oldukları;
- Bu hakkın sondaj gemilerini, petrol kulelerini ve makul surette öngörülebilir gemileri kapsayacağı;
- Danimarka tarafından planlandığı üzere, Büyük Kemer üzerine bir sabit köprünün yapılması, yukarıda geçen (a) ve (b) alt paragraflarında belirtilen geçiş hakkıyla uyumsuzluk teşkil edeceği;

¹⁵ Aynı

¹⁶ Aynı

¹⁷ Bakınız Shabtai Roscne, 632 (Danimarka), 670 (Finlandiya) Uluslararası Adalet Divanı Belgeleri (1. çift dilli baskı 1991)

- Danimarka ve Finlandiya'nın, hüsnüniyet içerisinde, yukarıda geçen (a) ve (c) alt paragraflarında belirtilen serbest geçiş hakkının nasıl güvence altına alınacağına dair müzakerelere başlaması gerektiği¹⁸.

Başvurunun yapılmasından sonra bir haftadan az bir süre içerisinde Finlandiya, Divan Statüsü'nün Madde 41'i ve Divan Kuralları'nın Madde 73'ü uyarınca ara tedbirler için talepte bulunmuştur. Bu talebin amacı, gemilerin ve hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin Büyük Kemer'den geçişinin engellenmesine neden olan projeden Danimarka'nın vazgeçmesi ve davanın sonuçlarına hanel getirebilecek diğer faaliyetlerden alıkoyması yönünde Divan'ın karar vermesi olmuştur¹⁹.

Divan, Finlandiya tarafından talep edilen ara tedbirleri kabul etmemiştir²⁰. Bunun sebebi olarak özellikle iki faktör bulunmaktadır. İlki; Divanın şunları kayda geçmesidir: "Danimarka tarafından verilen güvencelere göre, 1994'ün sonuna gelinmeden önce, Doğu Kanalı'nda herhangi bir fiziksel engel bulunmayacaktır ve davanın esaslarına ilişkin ilerlemeler göz önünde bulundurulduğunda, dava normal seyrinde bu zamandan önce bitmiş olacaktır...²¹, " İkincisi; Divan'a göre, Finlandiya, köprü'nün salt varlığının Finlandiya çıkarlarına vereceği zarara ilişkin iddiasını destekleyici deliller bulamamış olmasıdır²². Fakat *dava görülmekte iken (penderite lite)* bir tarafın eylemi, diğer taraf karşısında kendi hukuki konumunu iyileştirmez²³. Kararın, davanın esaslarına ilişkin herhangi bir unsura hanel getirmediği belirtilmiş olsa da, Finlandiya'nın iddiasının sadece zararlarının karşılanması yönündeki Danimarka görüşünü reddetmiştir ve esaslara dair hükümler hususunda şunları gözlemlemiştir: "İhtimal, böylesi çalışmalara devam edilmemesi gerektiğine dair ya da değiştirilmesine ya da kaldırılmasına ilişkin bir adli bulgu *öncesinde* göz ardı edilmemelidir... Karardan sonra taraflar ikili müzakerelere, Divan tarafından talep edilmesi üzerine, yeniden başlamışlardır. Eş zamanlı

¹⁸ Büyük Kemer'den Geçiş (Fin. karşı Dan.). 1991 U.A.D. 14'te.

¹⁹ Aynı

²⁰ Bakınız Emmanuel Decaux, "L'affaire du passage dans le Grand-Belt (Finland v. Danemark) Demande en indication de mesures conservatoires: Ordonnance du 29 juillet 1991," 37 *Annuaire français de droit international* 445 (1991). Ayrıca bakınız Patricia A. Essoff, "Finlandiya ve Danimarka: Geçici Tedbirler için Uluslararası Adalet Divanı Standartları'nın Açıklığa Kavuşturulması Çağrısı," 15 *Fordham Int'l L.J.* 839, 856 (1991-92) (Divan, Finlandiya'nın konunun önemini ve "telafisi mümkün olmayan zarar" konusunu ortaya koymada başarısız olduğunu fakat asli yargının *ilk intiba üzerine* gösterilmesi gerekliliğinin sağlandığını belirtmesi tartışılmıştır).

²¹ Büyük Kemer'den Geçiş (Fin. karşı Dan.). 1991 U.A.D. 18'de.

²² Aynı 18-19'da.

²³ Aynı 19'da.

olarak, davanın esasına dair hazırlıklarını sürdürmüşler ve Mahkemenin emrettiği kısıtlı sürede, cevap dilekçelerini doldurmuşlardır²⁴.

Dava durdurulduğunda, şifahen müracaatların büyük bölümü hazırlanmıştı. Davanın sözlü murafaa safhasına hiç ulaşmaması nedeniyle, aşağıdaki tartışma herhangi mevcut bir taslaktan bahsetmeyecek fakat önerge ve karşı önergede (memorial and counter-memorial) ortaya konulan savunmalara yoğunlaşacaktır ve ara tedbirler aşaması için sözlü murafaalar sırasında çokça mevcut olan tartışmaları dikkate alacaktır.

Tarafların Hukuki Argümanları

Danimarka ve Finlandiya arasında çoğu noktada anlaşmazlık bulunmaktaydı. Ülkeler, projedeki köprünün tamamıyla Danimarka'nın kara ve iç sularında bulunduğu konusunda mutabakata vardılar. Taraflar aynı zamanda "Danimarka boğazlarının" serbest veya zararsız geçiş hakkına tabi olduğunda mutabık olmakla beraber, bu hakkın hareketli açık deniz sondaj ünitelerine ve gelecekteki gemilere uygulanabilir olup olmadığı konusunda farklı görüşlere sahiptirler. İhtilafli olan bir diğer husus da Büyük Kemer projesinin Danimarka'nın ekonomi tarihindeki en büyük tek sınai işletme olması konusunun, hukuki açıdan bağlantılı olma konusudur (projenin toplam bütçesi halihazırda 23 milyon Danimarka kronudur). İhtilaftaki hukuki sorunlar dört kategoriye ayrılabilir:

- Geçiş hakkının esası ve sınırları;
- Geçiş hakkının petrol kulelerine, sondaj gemilerine, vinç gemilerine ve "makul olarak tahmin edilebilen gemilere" uygulanabilir olup olmadığı";
- Geçiş hakkı için çıkarların karşılaştırılmasının yapılmasının (eşitlik ilkesi) bağlantısı
- Finlandiya'nın tepkisinin geç kalmasının bağlantısı.

Geçiş Hakkının Esası ve Sınırları

Danimarka ve Finlandiya "uluslararası denizcilik için kullanılan bir boğaz" ile ilgili ihtilafı, Uluslararası Adalet Divanının, *Korfu Kanalı* davasında tanımladığı gibi kabul ettiler²⁵. Aynı zamanda da Danimarka boğazlarından geçişin 1857 tarihli Sound Dues'in İtfası Anlaşması (Kopen-

²⁴ Aynı

²⁵ Korfu Kanalı (B.K. ve Arn.), 1949 U.A.D. 15. 28 (İlk İtiraz Üzerine Hüküm. 25 Mart).

hag Anlaşması)²⁶ ve 1958 tarihli Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)²⁷. Danimarka açısından boğazların hukuki idaresi uluslararası ve ulusal kuralların bir birlikteliğine tabidir. Geçiş hakkının tespitinin başlangıç noktasını Danimarka'nın egemenliğinden almak gerekir diye öne sürülüyor. Buna bağlı olarak bu hak aynı zamanda Danimarka'nın ulusal kanunları ile de düzenlenmiştir. Finlandiya, Danimarka'nın egemenliği ile ilgili *a priori* bağlantıyı reddetmiş ve yukarıdaki bahsedilen iki antlaşmaya ek olarak Uluslararası Teamül Hukuku ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin de (1982 Sözleşmesi)²⁸ Büyük Kemer'den geçiş hakkı kararı vermek için önemli olduğunu ileri sürmüştür.

Danimarka tarafı için geçiş hakkının boyutları 1857 tarihli Kopenhag Antlaşmasının 2. maddesinde belirtilmiştir, “Danimarka boğazları ile ilgili uluslararası hukukun teamül kuralları tamamlayıcı niteliktedir²⁹”. Bu “kombinasyon” yürürlükte 1958 Cenevre Sözleşmesi'nin (askıya alınamaz) zararsız geçiş hakkı ile bir araya gelmiştir³⁰. Serbest geçiş hakkı mefhumunun farklı enstrümanları arasından bu, en dar, en sınırlı hakkı tanımıştır. Bu hak Danimarka'ya göre yalnızca “normal trafiği” kapsamakta ve petrol kuleleri gibi normal olmayan yapıları kapsam dışında bırakmaktadır³¹.

Finlandiya geçiş hakkının en kesin kaynağını tespit etmenin gereksiz olduğunu öne sürmüştür. Danimarka boğazlarının idaresi çeşitli

²⁶ Traite entre le Danemark, d'une part, et FAutriche. La Belgique, La France, La Grande- Brctagne, Le Hanovre, Le Grand-Duchde Mecklenbourg-Schwerin, Le Grand-Duchö d'Oldenburg, Les Pays-Bas, La Prusse, La Russie, La Su6de et La Norvvege et les Villes Ansdatiques, d'autre part, relatif au rachat des droits du Sund, Mar. 14, 1857. Source: 16 G. F. de Martens, *Nouveau recueil general de traites et autres actes relatifs ata rapports de droit international* pt. II, at 345 (2d ser. 1891). Antlaşmanın Fransızca metni yetkilidir.

²⁷ 1958 Cenevre Sözleşmesi'ni Finlandiya 1965 yılında, Danimarka 1968 yılında imzalamıştır.

²⁸ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 10 Aralık 1982 tarihinde imzaya açılmıştır. 21 I.L.M. 1261 [bundan böyle 1982 Sözleşmesi].

²⁹ DKÖ, üst not 3, para. 670.

³⁰ Aynı paragraflar 700-708. Danimarka boğazlarından geçiş hakkı hususunu, Danimarka'nın yorumlayış biçiminde değişiklikler yaşanmıştır. Danimarka hükümetinin, 1930 Kodifikasyon Konferansı için Milletler Cemiyeti bildirgesine 1929 yılındaki cevabında, 1857 Kopenhag Antlaşması boğazlar konusunu, boğazlar üzerine uluslararası hukukun genel kurallarının altına taşımıştır. Bakınız 2 Milletler Cemiyeti, *Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı: Tartışma Temeli* 13 (1929). Çok yakın geçmişte Danimarka; boğazların, 1857 ve 1958 antlaşmalarının, teamül hukukunun ve Danimarka'nın geçiş konulu ulusal hukukunun birleşimine dayanan bir “özel rejim” ile yönetildiğini belirtmiştir. Bakınız Büyükelçi Fergo'nun Beyan'ı, 1'de *üçüncü Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı: Resmi Kayıtlar* 136'da, BM Satış No. E.75.V.3 (1975) ve FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 75. Daha fazla bilgi için FÖ, üst not 3, Ek 76 ve 77, ve DKÖ, üst not 3, Ek 80.

³¹ DKÖ, üst not 3, para. 704.

kaynakların bir kombinasyonu ile gerçekleştirilmekte ve bu kaynakların her biri ayrı ayrı Finlandiya'nın hakkını garanti altına almak için yeterlidir³². Bu çeşitli kaynaklar aşağıdaki paragraflarda daha detaylı olarak tartışılacaktır.

Hem Danimarka'ya hem de Finlandiya'ya göre Danimarka boğazlarından geçiş hakkı —uygulamada the Sound ve Büyük Kemer olarak³³— 1857 tarihli Kopenhag Antlaşmasına dayanmaktadır³⁴. Antlaşmanın birinci maddesinde Danimarka, 35 milyon Danimarka dolarının karşılığı olarak, boğazlarından geçen taşıtlardan topladığı alacakları kaldırmayı kabul etmiştir.

Aynı zamanda the Sound'dan veya Kemerler'den geçecek yabancı gemileri alıkoymayacağına ve onlara engel olmayacağına şu cümleler ile söz vermiştir: "*Aucun navire quelconque ne pourra sormais, sous quelque prtexte que se soit, etre assujeti, au passage du Sund ou des Belts, à une d'attention ou enrrave quelconque...*" Finlandiya bu antlaşmaya taraf değildir (özgürlüğünü ancak 1917'de edinebilmiştir.) devlette devamlılık sayesinde bile taraf olmamıştır³⁵, Danimarka ve Finlandiya herkese karşı

³² FÖ, üst not 3, para. 427. Nitekim Finlandiya, zararsız geçiş hakkının—özellikle 1958 Cenevre Sözleşmesi'nin 16(4) Madde'si gereğince—Finlandiya'nın iddiasını desteklemeye yeterli olduğunu ifade etmiştir. Aynı para. 407^412.

³³ Boğazların uzak batısındaki Küçük Kemer, genellikle "Danimarka boğazları" konseptinde yer alır. Ancak u boğaz üzerine 1935 ve 1970 yıllarında iki köprü inşa edilmiştir. Bunlardan ilki, boğazdaki seyrüsefer yüksekliğini 33 metre olarak belirlemiştir. Küçük Kemer, tamamen Danimarka'nın iç sularında yer alan dar ve dolambaçlı bir geçittir. Hukuki statüsü, yabancı savaş gemilerinin girişlerinden önce bir ön bildiri gerektirmesi yönüyle diğer iki boğazdan farklıdır. Bakınız 22 Şubat 1976 Barış Zamanında Yabancı Savaş Gemilerinin ve Askeri Uçakların Danimarka Topraklarına Girişine İlişkin İdari Karar, madde 3 (2) ve 4 (2), yeniden basımı *Deniz Hukukuna İlişkin Ulusal Mevzuat ve Antlaşmalar* 142, 143'te, BM Yasama Dizileri (UN Legislative Series) ST/LEG/ SER.B/19, BM Satış No. E/F.80.V.3 (1980), ve FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 15.

³⁴ 1857 Kopenhag Antlaşması'nın tarihi ve yorumlaması üzerine, bakınız C. S. I lili, *Danimarka Sound Vergileri ve Baltık'ın Komutası (The Danish Sound Dues and the Command of the Baltic)* (1928); C. S. Hill, "Le regime international des d&roits maritimes" 45 *Recueil des cours* 541 (1933-111); Erik Bruel, "Les d&roits danois au point de vue de droit international," 55 *Recueil des cours* 614 (1936-1); 2 Erik Bruel, *Uluslararası Boğazlar (International Straits)* 32-45 (1947); Marcus Rub n, "Sundtoldens Aflosing "1905-6 *Historisk Tidsskrift* 172; Wolfgang Graf Vitzthum, "Baltık Boğazları," *1980lerdeki Deniz Hukuku: İşlemler, Deniz Hukuku Enstitüsü on dördüncü Yıllık Konferansı (The Law of the Sea in the 1980s: Pro- ceedings, Law of the Sea Institute Fourteenth Annual Conference)* 20-23 Ekim 1980, Kiel, Almanya 537, 551-558 (Choonho Park ed., 1983).

³⁵ 10 Mayıs 1918 tarihli bir Finlandiya Devleti kararının, Rusya ile üçüncü devletler arasındaki denizcilik antlaşmalarının tamamlanmış olması koşulu ile, bir sonraki bildirim kadar uygulanması planlanmıştır. Resmi gazete (Yasama Dizileri), No. 24/1918. ancak bu, Finlandiya Danıştay'ının 4 Mart 1920 tarihli bir kararıyla feshedilmiştir. Resmi gazete (Yasama Dizileri). No. 44/1920. Bununla beraber Finlandiya, Danimarka'ya vergilerin kaldırılması karşılığında ödenen, 7 milyon rublelik Rusya payının bir bölümünü oluşturan, 400,000 gümüş ruble

taahhüdün verilmiş olduğunu ve bu da tüm ulusların gemilerine geçiş hakkı tanıdığını kabul etti³⁶. Bu bağlamda Finlandiya en azından, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 36. maddesi ile 1857 tarihli antlaşmanın bir üçüncü taraf yararlanıcısıdır³⁷.

Ancak Danimarka petrol kulelerinin, sondaj gemilerinin veya benzer taşıtların geçişinin 1857 antlaşmasına dayandırılabilceğini kabul etmemiştir. Öncelikle antlaşma yalnızca “navires marchands”ın geçişini kapsamıştır. Bu terim o kadar olağan dışı yapıları kapsamamıştır³⁸. İkinci olarak da, antlaşmanın lafzı, “passage du Sund ou des Belts [the Sound’dan veya Kemerler’den geçiş],” Danimarka’nın boğazlarını coğrafi bir bütün olarak ele alarak bir geçiş hakkı sağlar, yalnızca Büyük Kemer’den münhasır veya belirli bir geçiş hakkını tanımlamaz³⁹. Üçüncü olarak da Danimarka, köprü projesine karşı bir protesto gerçekleşmediği için, 1857 tarihli antlaşmanın orijinal taraflarının 65 metre kadar bir düşey açıklığa razı olduklarına karar vermiştir. Finlandiya tarafların talep ettiklerinden daha iyi bir hak talep edemez⁴⁰.

Finlandiya bu noktalara karşı çıkmıştır, buna rağmen bu noktalara yalnızca karşı dilekçede değinildiği için, bunu dilekçede derinlemesine ele alma fırsatı olmamıştır. Finlandiya mutlak lafzın, antlaşmanın birinci maddesi gereğince Danimarka’ya boğazlardan geçişte alıkoyma veya engelleme yasağı getirdiğinin altını çizmiştir.

tazminata katıldığı gerçeğini belirtmiştir. Bakınız Majesteleri’nin, Finlandiya’ya Giren Mallara İlişkin Yürürlükten Kaldırılan Boğazlar Vergi Tarifesi Yerine Geçici Vergi Toplamının Getirilmesi üzerine 22 Ocak 1859 tarihli Kararı, İngilizce çevirisi FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 20. Ancak Finlandiya önergesi, hakları için Finlandiya’nın katkısının olası ilgiliği üzerinde durmamıştır.

³⁶ Bu, 16 Şubat 1857 tarihinde Sound Vergilerinin Geri Alınması Konferansı’nın Toplantısı’nda Danimarkalı komiser tarafından da doğrulanmıştır (“boğazlardan geçen tüm gemilerin yararı için”). DKÖ, üst not 3. Ek 77.

³⁷ DKÖ, üst not 3, para. 683-684; FÖ, üst not 3, para. 381. “salt” üçüncü taraf yararlanıcı olarak zayıf görüldüğü için, durumunu güçlendirmek adına Finlandiya, 1856 Aland sivilleşme antlaşmasında belirlenenin aksine Danimarka boğazlarından geçiş hakkının *objektif rejime* dayalı olduğunu savunmuştur. FÖ, üst not 3, para. 382. Buna, “objektif rejim” kategorisinin varlığından şüphe duyan Danimarka tarafından itiraz edilmiştir; özellikle 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nden Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından red edilmesinin ışığında. DKÖ, üst not 3, para. 695-699. Aslına bakılırsa objektif rejimin 1969 Viyana Sözleşmesi’ne dahil edilmemesi; bir antlaşmanın kendi başına objektif rejim oluşturamayacağı fakat böylesi bir rejimin müteakip uygulamalar yoluyla antlaşmanın başvurusundan doğabileceğini yönünde Komisyon’un kararını takip eder niteliğinde görülmekteydi. Bakınız *Komisyon’un Genel Kurul’a Raporu*, UN Doc. A/9610/Rev.1 (1974), yeniden basımı [1974] 2 *Y.B. Int’l L. Comm’n* 157, 204.

³⁸ DKÖ, üst not 3, para 649 ve 681.

³⁹ Aynı para. 677-678.

⁴⁰ Aynı para. 682.

Antlaşma ile ilgili yapılan eski açıklamalar, geçiş hakkının uygulamada “serbest navigasyon” idaresine kadar ulaştığını dile getiriyordu⁴¹. 1857 antlaşmasının tamamlanması sürecinde şu anki ilgili yapıların o zaman var olmadığı doğru olmakla birlikte, “navire marchand” gibi bir antlaşma teriminin daha sonra gerçekleşecek teknolojik gelişmeler dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir⁴². Finlandiya aynı zamanda Danimarkalıların Kopenhag Antlaşması'nın Danimarka boğazlarından genel bir geçiş hakkı sağladığı ancak Büyük Kemer'den geçiş için bir hak sağlamadığı görüşüne de karşı çıkmıştır. Bunun sebebi özellikle alternatif rota olan The Sound'un ikinci derecede bir geçiş olmasıdır.

Danimarka'nın görüşüne göre, Finlandiya'nın Danimarka boğazlarından geçiş hakkı, 1958 tarihli Cenevre Sözleşmesinin III. Kısımının zararsız geçiş hakkı açıklaması ışığında ele alınmalıdır. Ancak burada zararsız kavramı geçiş anlamında yalnızca geleneksel anlamdaki “normal trafiği” kapsamaktadır ve petrol kulesi ve sondaj gemileri gibi olağandışı nakliye araçları kast edilmemiştir⁴³. Behemehal, Danimarka 1958 Sözleşmesi altında anılan kıyı devletlerinin düzenleyici güçleri 1982 Sözleşmesi'nde belirtilenlerden çok daha geniştir ve “makul açıklık sınırlarını çizme yetkisi” ni de içermektedir⁴⁴.

1958 Cenevre Sözleşmesinde tabi ki boğazlara dair özel bir hüküm vardır. 16. maddenin 4. fıkrasına göre “açık denizlerin bir kısmından diğer bir kısmına geçişte bulunan boğazlardan yabancı gemilerin zararsız geçişine durdurma uygulanamaz...” Danimarka tarafı ancak bu hükmün

⁴¹ L. Oppenheim, *Uluslararası Hukuk: Bir Bilimsel İnceleme* 350 (*International Law: A Treatise* 350) (3. baskı 1920). 11 Nisan 1857 tarihli Convention entre les Etats-Unis d'Amerique et le Danemark relative à l'abolition des droils du Sund'da Danimarka, “Sound ve Kemerler'in bütün seyrüsefer özgürlüğü Amerikan gemilerinin ve onların kargolarının lehine” olduğunu açıkça beyan etmiştir. Kaynak: 17 G. F. de Martens, *Nouveau recueil général de traites et autres actes relatifs aux rapports de droit international* 210-211 (2d ser. 1892).

⁴² Böylesine “evrimsel” bir yorumlama için, bakınız Afrika'mı Namibya'da (Güney Batı Afrika) Devam Eden Varlığı Devletler için Hukuki Sonuçlar, bununla beraber Güvenlik Konseyi Kararı 276 (1970), 1971 U.A.D. 16, 31 (21 Haziran İstisare Görüşü); Ege Denizi Kıta Sahaneliği (Yunanistan ve Türkiye), 1978 U.A.D. 3 (Belge 19 Hükümü). Uluslararası hukukun, faydalanıcıların kategorilerini sınırlandırmadığı ancak serbest geçiş hakkını tanımladığı, fakat bu hakkın işlevsel bir şekilde planlanması gerektiği belirtilmiştir. FÖ, üst not 3, para. 406.

⁴³ DKÖ, üst not 3, para. 702-704.

⁴⁴ Aynı Bu bağlamda Cenevre Sözleşmesi'nin özellikle Madde 14(5) ve 17'sine atıfta bulunulmuştur. Danimarka 1982 antlaşmasındaki transit geçiş ile 1958 antlaşmasındaki zararsız geçiş arasındaki farkı, ikinci antlaşma gereğince kıyı devletlerine verilen düzenleyici gücün geniş kapsamı hakkında aksi ile kanıt yapmak için, vurgulamıştır. Örneğin, 1982 Sözleşmesi'nin 38(1) maddesinde kullanılan “bütün gemiler ve uçaklar” geniş ifadenin aksine 1958 Sözleşmesi'nin 14(1) maddesindeki “gemi” kelimesinin kısıtlayıcı unsuruna gönderme yapmıştır. DKÖ, üst not 3, para. 722-724.

“mevcut ihtilafıla bağlantılı olmadığını” çünkü hükmün sadece “karasularından zararsız geçiş için türevsel bir teferruat” olduğunu ileri sürmüştür⁴⁵.

Bunun karşılığında Finlandiya durdurulamaz zararsız geçiş hakkının “minimum Standardının” zaten istediğini garanti altına almak için yeterli aldığını öne sürmüştür. Bir tür aracın geçişini engellemek, bu durumda 65 metrenin üzerinde olanlar oluyor, 15. maddenin 1. fıkrasında belirtilen (ve belki de bu bağlamda doğrudan açıkça belirtilmiyor olsa da, 16. madde, 4. fıkrada belirtilen) “engelleyici” olarak tanımlanır. Böyle bir aracın geçişi ancak zararsız olmadığı durumlarda reddedilebilir, Finlandiya görüşüne göre bu mevcut duruma uygulanamaz⁴⁶.

1982 Sözleşmesi daha yürürlüğe girmediği için “transit geçiş” ile ilgili kısım bu davada geleneksel hukuk olarak uygulanamamıştır. Aynı sebepten dolayı Finlandiya, Sözleşme'nin “uzun zamandır yürürlükte olan uluslararası antlaşmalar tarafından kısmi olarak veya tamamen idare edilen boğazları” hariç tutan 35. maddesinin c bendini öne sürüp transit geçişte bunun uygulanamayacağını belirtmiştir⁴⁷.

74 Ancak Finlandiya 1982 Sözleşmesinin III. Kısımında belirtilen “transit geçiş” kapsamında genişçe yer verilen, bu teamül hukuku olmak sürecinde olan geçiş hakkını talep etmiştir. Bu sava destek olarak Finlandiya “1988 tarihli Fransa ve Birleşik Krallık tarafından gerçekleştirilen Ortak Beyan'a⁴⁸” ve ABD Başkanı'nın 1988 tarihli Bildirgesi'ne atıfta bulunmuştur⁴⁹. Bu hususlar Sözleşme'nin navigasyon özgürlüğü konusundaki hükmünü genel olarak uygulanabilir yasa özelliği tanımakta ve transit geçiş kavramına çeşitli ulusal kanunların ve ikili anlaşmaların eklendiğini belirtmektedir⁵⁰. İddia, zararsız olmayan geçişlerin kriterleri hakkında kapsamlı bir liste sunan 1982 Sözleşmesi'nin 19. maddesinin uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu idi⁵¹.

⁴⁵ DKÖ, üst not 3, para. 705-706.

⁴⁶ FÖ, üst not 3, para. 410-412.

⁴⁷ Aynı para. 398.

⁴⁸ *Deniz Hukuku Bülteni'nde (Law of the Sea Bull)* yeniden basılmıştır, 1989 Aralık, 14'te, ve FÖ içerisinde. üst not 3, Ek

⁴⁹ BM Okyanus İşleri ve Deniz Hukuku Ofisi, *Deniz Hukuku: Devlet uygulamasında Mevcut Gelişmeler*, No. 11 83'te, BM Satış No. E.89.V.7 (1989).

⁵⁰ FÖ, üst not 3, para. 393-395.

⁵¹ Aynı Para. 393. 23 Eylül 1989 tarihli ABD-SSCB Deklarasyonu'ndan destek alınmıştır, yeniden basım 28 I.L.M.1444 (1989), ve FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 78.

Ancak Danimarka buna karşı çıkmış ve Finlandiya'nın 1982 Sözleşmesi'nin hükümleri arasından “özenle bir seçim” yapmadığını belirtmiş ve transit geçiş hakkı genel hukuk özelliğini kazanmış olsa bile, 35. madde c bendinin de bir iç kısım olarak uygulanması gerektiği ve bu maddenin de Danimarka boğazlarını transit geçiş idaresinden hariç tuttuğunu öne sürmüştür⁵².

Ancak Danimarka 1982 Sözleşmesi'nin teamül hukuku olma özelliğini tamamen dışarıda bırakmamıştır. Sözleşme'nin kıyı devletlerine “hususî özellikleri bulunan gemiler için” rota ve trafik ayırım şeması çizme hakkı tanıyan 22. maddesinin arkasında durarak Finlandiya'nın hareketli açık deniz sondaj üniteleriyle Büyük Kemer'den, the Sound'a doğrudan geçiş hakkının olduğu görüşünü desteklemiştir⁵³. Finlandiya buna karşın, deniz rotalarını çizim hakkının navigasyon güvenliğini sağlamak şartıyla yapılabileceğini belirten 22. maddenin 1. fıkrasına değinmiştir. Bu davada böyle bir amaç bulunmamaktadır⁵⁴.

Nihayetinde Finlandiya ek ve biraz da ikincil bir görüş bildirerek bu hakkın Danimarka'nın onayına (veya rızasına) bağlı olduğunu dile getirdi. 1972'den beri 21 kadar hepsine 65 metreden daha uzun olan petrol ve sondaj kulesi Danimarka boğazlarından geçmiştir. Danimarkalı yetkililer buna ne karşı çıkmış ne de bu geçişin bir hakka tekabül etmediğini belirtmemişlerdir⁵⁵. Ancak Danimarka boğazlarından geçen hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin çok kısıtlı sayıda olduğunu, bu yüzden de yerel teamülün veya rızanın Danimarka'yı gelecekte bağlayarak geçişe izin verdirtecek herhangi bir hukuki temel oluşturması imkansızdır⁵⁶. Özellikle bu belirtilmiştir, çünkü 1973 tarihli Danimarka kanunu zaten köprü

⁵² DKÖ. Üst not 3, para. 726-739. 35(c) maddesinin 1857'de kurulan rejime, doğrudan gönderme yapmasa da, atıfta bulunduğu şüphe yoktur. Finlandiya önergesi bile bunu inkar etmemiştir. Nitekim, bu hükmün kabul edilmesi Danimarka açısından önemli bir müzakere zaferi olarak algılanmıştır. Bakınız Finn Laursen. *Denmark og havretten* 39-42 (1988). Finlandiya tarafında, Madde 35(c) Danimarka boğazlarını transit geçiş kurallarından koruyor olsa bile, bu rejimin teamül hukuku unsurlarını teamül hukuku içerisindeki gelişmelerden koruyamaz. FÖ. Üst not 3, para 399.

⁵³ DKÖ, üst not 3, para. 645. Bu, 1982 Sözleşmesi'nin 3. Kısmı'nın “deniz yolları ve trafik şemaları” unsurlarını göz önüne aldığını savunan S.N. Nandan ve D.H. Anderson tarafından desteklenmektedir. S. N. Nandan and D. H. Anderson, “Uluslararası Seyrüsefer için Kullanılan Boğazlar: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku'nun 3. Kısmı Üzerine Yorumlama 1982,” 60 *Brit. V.B. Int'l L.* 159, 170 (1989). Ayrıca bakınız 187-189 aynı.

⁵⁴ FÖ, üst not 3, para. 417. Ayrıca bakınız, kıyı devletinin, geçiş hakkını engelleyecek ya da inkar edecek pratik etkisi olan gereklilikleri dayatmasını yasaklayan 1982 Sözleşmesi'nin Madde 24'ü.

⁵⁵ FÖ, üst not 3, para. 396, 548-549.

⁵⁶ DKÖ, üst not 3, para. 747-750.

yüksekliğini 62 metre olarak getirmiştir, bu noktada belirtilen yükseklikten daha uzun olan yapıların Danimarka tarafından bir *opinio juris*, yani davranışın hukuki zorunluluk teşkil etmesi söz konusu olamaz⁵⁷.

Mahkeme bu çeşitli kaynaklarla, tarafların görüşleri hakkında, geçiş hakkının esası veya sınırları konusunda bir hüküm verme vaziyetinde değildir. Bu noktada varılacak her türlü yargı kurgusal kalacaktır.

Öncelikle geçiş idaresinin en makul nitelenmiş hali bazı farklı kaynakların kombinasyonuna dayanmaktadır⁵⁸: Bu 1857 antlaşmasında, 1958 tarihli Cenevre Sözleşmesinde veya teamül hukukundaki tek bir hükme karşılık gelmemektedir. Bu sebeple, tekil açıklamaların yorumlandığı argümanların her birinin yalnızca nispi bir geçerliliği olacaktır. Geçiş hakkı daha değişken ve daha az katidir; bir diğer değişle, işlevsel bakış açısı ile yorumlandırılmaya eğilimlidir. Ancak bu işlevsel bakış açısı kıyı devletlerinin önemli çıkarlarını da dikkate almalıdır.

İkinci olarak da idarenin teamül hukuku bileşeni olduğu için, idare teamül hukukunda gerçekleşecek değişikliklerden etkilenecektir. 1982 Sözleşmesi'nin 35. maddesinin c bendi muhtemelen idareyi teamül içerisinde gerçekleşecek değişikliklerden koruyamayacaktır. Bu bağlamda dikkate alınması gereken en az iki husus vardır. Bunlardan ilki, navigasyon hükümlerinin genel olarak kabul edilmesidir. Bunun içerisinde 1982 Sözleşmesi'nin geniş anlamda transit geçişe uygulanması vardır⁵⁹. Bir diğeri ise tarafların davranışları ile ilgilidir. Finlandiya Danimarka'nın Finlandiya'da inşa edilen hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin geçişine karşı çıkılmadığını belirtirken; Danimarka da 1989 yılına kadar Finlandiya'nın projeye karşı çıkmadığını çok kere tekrarlamıştır. Genel hukukun en belirsiz ihlalleri bu "karşı çıkabilirlik" argümanları ortaya atıldığında çıkar. İlk örnek Finlandiya'nın tutumunu destekler görünürken, ikincisi de Danimarka'nın çıkarına işlemektedir.

⁵⁷ Aynı para. 750.

⁵⁸ Nitekim, aynı bütünün farklı bileşenlere vurgu yapmış olsalar da her iki ülke de aynı görüşü taşımıştır.

⁵⁹ Bakanız Tullio Treves, "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer," 223 *Recueil des cours* 124 (1990-1V); Hugo Caminos, "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Boğazların Hukuki Rejimi," 205 *Recueil des cours* 178 (1987-V) (oldukça belirsiz bir şekilde, 1982 Sözleşmesi'nin 3. Kısmı'nın hükümlerinin "bir teamül hukuku rejimi olarak ortaya çıkma süreci" olduğunu savunmuşlardır." Aynı 231 — 232). Jose de Yturriaga Camino'nun sonucuna katılmaktadır fakat devletlerin (özellikle İspanya'nın) "ısrarcı muhalif" olma ihtimalini vurgulamıştır. Jose de Yturriaga. *Uluslararası Seyrüsefer için Kullanılan Boğazlar: İspanya Perspektifi 308-330 (1991)*. Ayrıca bakınız Nandan ve Anderson, üst not 54, 170'te.

Petrol Kulelerinin, Sondaj Gemilerinin, Vinç Gemilerinin ve Makul Olarak Tahmin Edilebilir Gemilerin Geçiş Hakkı Var mı?

Danimarka'nın sabit bağlantı planındaki başlangıç noktası, köprünün The Sound'dan geçebilecek *mevcut en büyük gemilerin* geçişini sağlayacak kadar yükseklikte ve genişlikte olmasıydı⁶⁰. Bu konudaki ilk Danimarka-Finlandiya görüşmelerinden itibaren Danimarka, geçiş hakkının “gemi” olarak kabul etmediği petrol kulelerine uygulanamayacağını öne sürmüştür. Danimarka'nın sondaj gemilerine ve vinç gemilerine karşı tutumu biraz daha muğlaktır. Bu taşıtların “gemi” olmadıklarını açıkça reddetmese de onlara “normal” bir geçiş hakkı sağlamamıştır. Danimarka uygulamada bunların the Sound'dan normalce geçebileceğini göstermeye odaklanmıştır.

Danimarka ayrıca geçiş hakkının yalnızca mevcut olan gemilere ait olduğunu ve gelecekte inşa edilebilir veya edilecek olan gemilerin bu hakkı olmadığını öne sürmektedir. Finlandiya'nın gemi inşaatı alanında gelecekte olan gelişmelerin dikkate alınması gerektiği ve bunun da “genişleyen ve esnek” bir hak yarattığı iddiası kabul edildiği takdirde, nihayetinde Danimarka için herhangi bir inşaat işi yapma imkansız olacaktır⁶¹. Danimarka ayrıca Finlandiya'nın var olduğunu iddia ettiği daha büyük gemi eğiliminin varlığına da itiraz etmiştir.

Sondaj ve Vinç Gemileri

Sondaj gemisinin gövdesi normal bir gemi kadar büyüktür ve üzerinde bir sondaj kulesi (petrol sondaj kulesi) ve ekipmanı bulunmaktadır⁶². 1980'lerin başlarında RRO üç tane sondaj gemisi inşa etmiştir, her birinin kulesi 80 metre yüksekliğindedir. Lloyd'un kayıtlarına göre,⁶³ dünyada şuan çalışmakta olan 36 tane sondaj gemisi bulunmaktadır. Kulelerinin yükseklikleri 75 ile 90 metre arasında değişiklik göstermektedir. Bu gemilerden hiç biri değişikliğe uğratılmadan Büyük Kemer'den geçemezler (ancak çoğu the Sound'dan geçebilirler).

⁶⁰ Bu, Danimarka Dışişleri Bakanlığı hukuk müşaviri Max Sorensen'in, 4 Şubat 1957 ve 22 Ocak 1962 tarihindeki, Danimarka Büyük Kemer Komisyonu'na verdiği ifadelerine dayandırılmıştır. Bakınız *Kommissiontn angående en Storebaeltshro: Endlig betaenkning Nr. 237* Bilag [Ek] I, 81-82 (1060) içerisinde; *Fas t forbindelse över Store Baelt: Betaenkning Nr. 508* 109-114 (1968). FÖ içerisindeki ifadelerin çevirileri, üst not 3. Ek 19, ve DKÖ içerisinde, üst not 3, Ek 7,8 ve 73.

⁶¹ DKÖ, üst not 3, para. 10-14.

⁶² Bir ticari geminin karinasında birçok sondaj gemisi inşa edilmiştir.

⁶³ Lloyd'un Deniz Taşımacılığı Kaydı, Açık Deniz Ünitelerinin, Kısmen Batabilen Sualtı Sistemlerinin Kaydı, 1991-1992 (*Register of Offshore Units, Submersibles Underwater Systems*) (veri yok). Ayrıca bakınız DKÖ, üst not 3, Ek 35.

İki tür vinç gemisi vardır. Bunlardan ilkinin gövdesi normal bir gemi gövdesi özelliği taşır, ek olarak bir vinci bulunmaktadır. Bir diğeri de ponton üzerinde yüzer bir (genellikle iki) vinci bulunan yarı dalgiç araçtır. Lloyd'ın kayıtlı listesinde dünya çapında 259 tane vinç gemisi bulunmaktadır⁶⁴. Bunlardan en az 6 tanesi 65 metreden uzundur.

Danimarka hiç bir zaman sondaj gemilerinin ve normal gövdeli vinç gemilerinin “gemi” statüsüne ciddi olarak karşı çıkmamıştır (bunlar özel karakteristikleri bulunan gemiler olarak anılmıştır). Lloyd kaydından hazırlanan bir raporda RRO tarafından inşa edilen üç geminin de 7,3 metre su çekme mesafesinin bulunduğu ve bunların the Sound'dan geçebileceklerine yer verilmiştir. Aslında mevcut tüm 36 sondaj gemisi the Sound'dan geçebilir, ancak bunun sadece 9 tanesinin güvertedeki değişken yükünü azaltması gerekecektir (yani su, yakıt, çamur gibi)⁶⁵

Vinç gemilerine gelinecek olursa, Danimarka'nın dilekçesinde bunların “gemi” olmadıklarını öne sürmekten kaçınılmıştır. Bunun yerine Lloyd'un kayıt raporun var olan 295 vinç gemisinden 4'ünün hiç teknik modifikasyon yapmadan the Sound'dan veya Büyük Kemer'den geçebileceğini belirtmiştir. Danimarka'ya göre geriye kalan 4 araç ihtiyacın hiç dile getirilmediği Baltık Denizi'nden hiç geçmemiştir⁶⁶.

Finlandiya'nın ve Danimarka'nın sondaj gemileri ve vinç gemileri ile ilgili argümanlarının orta yolu bulduğu söylenemez. Finlandiya bu taşıtların hukuki statüsünün “gemi” olduğunu ve serbest geçiş hakları olduğunu belirtmiştir. Danimarka bu noktada görüş bildirmeyen, uygulamada sorun olmadığını çünkü Baltık Denizinde pek ihtiyaç duyulmayan dört vinç gemisi dışındaki tüm sondaj ve vinç gemilerinin Büyük Kemer veya the Sound'dan geçebileceğini gözler önüne sermiştir.

Ancak tartışmanın en bariz tarafı, iki tür sondaj kulelerinin geçiş hakkının uygulanması ile ilgilidir. *Kısmen Batabilen sondaj kuleleri* genelde güverteyi dört veya altı ayak ile destekleyen iki ponton üzerinde yüzer (2. resme bakınız). Çoğunlukla kendi pervaneleri (itiş için) vardır ve kendi yarattıkları itiş gücü ile hareket ettirilebilirler. Ancak genelde kendi çalışma alanlarına çekilirler (özellikle uzak mesafeler söz konusu ise). Bu noktada iticiler istikrar sağlamak için çalıştırılır. Sondaj kuleleri genelde

⁶⁴ DKÖ. üst not 3, Ek 35 Lloyd'un Deniz Taşımacılığı Kaydı'ndan rapor. Tablolar 5.2-5.4).

⁶⁵ Aynı para. 249 ve 645 ve Ek 35.

⁶⁶ Aynı para. 414-421. Ayrıca bakınız FÖ, üst not 3. para. 230 (örneğin büyük bir denizaltının kurtarma operasyonuna ilişkin ihtiyacın doğabileceği tartışılmıştır)

80-90 metredir. Lloyd kayıtlarında bugün 176 tane yarı dalgıç sondaj kulesi bulunmaktadır⁶⁷.

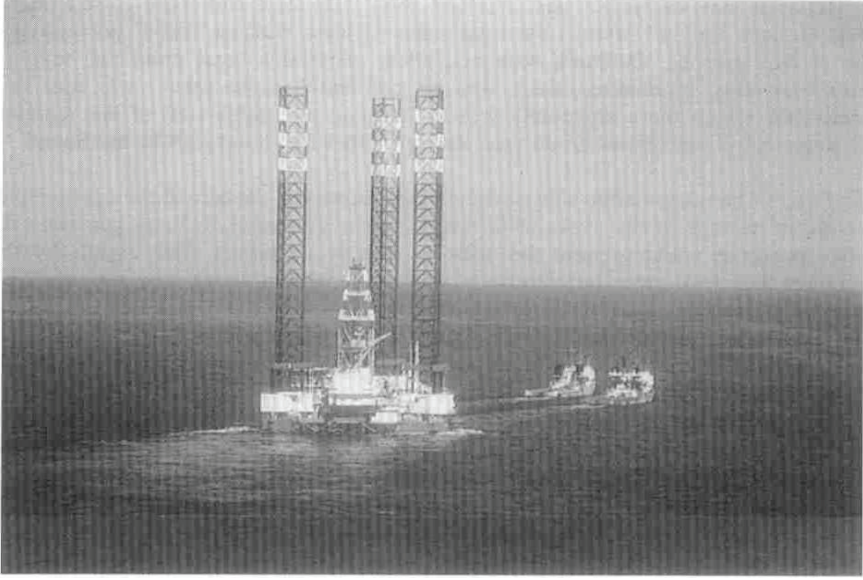
Kriko kuleleri yüzer bir gövdeye sahiptir (3. resme bakınız). Genellikle üç ayaklı olurlar, bu ayaklar çalıştırılacakları zaman kriko sistemi ile deniz yüzeyine indirilir. Ayaklar ünite çekilirken yukarı kaldırılır ve boyu bu konumda 150-180 metreyi bulabilir. Dünyanın jack-up filosu 400 kadar üniteden oluşur. Krikolar kendi çekim güçleri ile hareket etmezler. Ya çekilirler ya da ağır yük gemilerinde kargo olarak taşınırlar.

Danimarka ve Finlandiya uluslararası hukukta uygulanabilir özellikte genel bir “gemi” veya “deniz taşıtı” tanımı olmadığında hemfikirdir. Uluslararası denizcilik anlaşmalarındaki tanımlar her bir anlaşmanın amaçlarına yönelik olarak yapılmıştır. Bu sebeple anlaşmalarda çok çeşitli “gemi” tanımlamaları bulunmaktadır. Kimi zaman sondaj kulelerine normal gemi muamelesi yapılmış ve bu anlaşmanın tanımlamasına “gemi” veya “deniz taşıtı” olarak eklenmiştir.



2. Resim Kısmen batabilen sondaj kulesi.

⁶⁷ Lloyd'un Deniz Taşıtları Kaydı'nda Dünya çapındaki sondaj kulelerinin tam bir listesi yer almıştır., üst not 64.



Resim 3. Yüzer konumda kriko (jack-up) kulesi

Ancak başka zamanlarda ayrı muamele görmüşlerdir. Sondaj gemilerinin (ya da daha genel olarak hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin)⁶⁸ statüsü hakkında uluslararası taslak kurallar koyma çabaları olduysa da, bu çabalar daha başarıya ulaşmamıştır.

Finlandiya'nın dilekçesinde uluslararası sularda hareket eden petrol kuleleri ile ilgili ulusal kanunlar ve uluslararası anlaşmaları içeren en detaylı çalışma bulunmaktadır⁶⁹. Dilekçeye hazırlıklar aşamasında en önemli boğazlar konusunda anlaşma ve boğazlardan ve karasularından sondaj kulelerinin geçişi ile ilgili bir anket de gönderilmiştir⁷⁰.

Çalışmanın detaylarını burada tartışmak mümkün olmamakla birlikte, elde edilen sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir. Uluslararası denizcilik anlaşmaları genellikle yüzen ve hareket eden her türlü nesneye uygulanabilir. Deniz yatağına kalıcı olarak sabitlenmiş nesnelere normalde gemi

⁶⁸ Uluslararası Denizcilik Komitesi, *Rio de Janeiro kabul edilen Hareketli Deniz Taşıtları Taslak Sözleşmesi*, (Draft Convention on Offshore Mobile Craft. Adopted in Rio de Janeiro), 1977, UDÖ Belg. LEG 63/6, Ek (1990), FÖ içerisinde yeniden basılmıştır, üst not 3, Ek 34.

⁶⁹ FÖ, üst not 3, husus. III, bölüm. II (Geçiş Hakkı Olan Gemiler), para. 428-508, ve Ek 34.

⁷⁰ Sekiz devletin soru listeleri ve cevapları (Avustralya, Şili, Güney Kore, Malezya, Arjantin, Meksika, Singapur ve Türkiye) aynı Ek 36 içerisinde bulunmaktadır.

olarak kabul edilmez. Navigasyon ile ilgili anlaşmalar veya navigasyon amaçları için kurallar getiren anlaşmalar normalde uygulanacakları ve uygulanamayacakları araçlar arasında bir ayırım gözetmezler. Bu aynı zamanda geniş anlamda ulusal kanunlar açısından da geçerlidir. Bu kanunların bir kısmı aynı zamanda “gemi” tanımına kriterler olarak “seyredebilir” veya “denizde bağımsız olarak hareket edebilir” tanımları eklemiştir. Kimi zaman bu yapıların taşıma amacı ile değiştirilebilir olması veya kendi itme güçlerinin olması gerekmektedir⁷¹.

Normal gemilerin anlaşmalarından çıkan ve uluslararası navigasyonda kullanılan karasuları ve boğazlarda sondaj kulelerine dair devlet uygulamalarından kanıt elde edilememiştir⁷². Boğazlardan hiç biri karasularına sondaj gemilerinin geçiş hakkını reddetmemiştir⁷³. 'Kıyı devletinin böyle bir geçiş hakkına karşı çıktığı bir dava ile karşılaşılmasıdır. Sondaj kuleleri denizde kendi itiş güçleri ile seyreden veya çekilir ya da ağır yük gemileri ile taşınırken, zararsız (transit) geçiş hakkı dahil diğer normal gemilere uygulanan aynı kurallar tanınmıştır. İlginç olan bir husus bu aynı zamanda Türk boğazlarından hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin geçişine aynı şekilde uygulanmıştır⁷⁴.

Danimarka, hareketli açık sondaj ünitelerinin manevra kabiliyetleri alanındaki kısıtlılığını, diğer gemilerden farklı olmalarının esası olarak göstermiştir. Danimarka hareketli açık sondaj ünitelerinin bu statüsünü desteklemek için bağımsız bir çalışma hazırlamamış, ancak Finlandiya'nın öne sürdüğü anlaşmalar, tek tek hukuk kuralları ve listelerden, çalışmanın genel sonuçları ile çeliştiği görüşen tekil hususları sunmuştur. Norveçli bir uzman olan Sjur Breakhus'ın bir makalesine ve Lloyd kayıtlarında

⁷¹ Aynı para. 479-493.

⁷² Arjantin'e göre, hareketli açık deniz sondaj üniteleri ulusal mevzuat gereğince “gemi” tanımı altına girmemektedirler. Ancak, “karasularımızdaki seyrüseferlerinde... deniz taşıtlarına uygulanan benzer rejim uygulanır.” Aynı Ek 36 (“Arjantin” husus b).

⁷³ Bu durum, hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin kıyı devletlerin Kıta sahanlığı içerisinde gerçekleştirdiği eylemlerde tam tersi niteliğinde olur. Dolayısıyla, Avustralya'nın cevabına göre “Avustralya karasuları içerisinde seyreden, Avustralya kıta sahanlığını kullanma amacı olmayan, bir hareketli açık deniz sondaj ünitesi, normal bir gemiden farklı bir muamele görmez.” Aynı Ek 36.

⁷⁴ Bakınız Türkiye Dışişleri Bakanlığı'nın 13 Kasım 1991 tarihli Ankara Finlandiya büyükelçiliğine Cevabı, FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 36: “Hareketli açık deniz sondaj üniteleri ile diğer gemiler arasında transit hakkı hususunda bir ayırım bulunmamaktadır” (husus 6). Fakat bu cevaba göre, Türkiye boğazlarından 20 yıldır hiç hareketli açık deniz sondaj ünitesi geçmemiştir (husus 7).

farklı kayıtlardaki gemi bakımı ve açık deniz ünitelerine atıflarda bulunmuştur⁷⁵.

Uluslararası denizcilik anlaşmaları ve ulusal kanunlara ve uygulamalara bakıldığında hareketli açık sondaj ünitelerine kendi navigasyonları çerçevesinde gemiler olarak muamele ettikleri açık görünüyor. Ancak bu sonuç doğrudan olarak sondaj kulelerinin çekilişine veya ağır yük gemilerinde kargo olarak taşınmalarına kadar genişletilemez. Danimarka tarafı geçiş hakkının anormal olarak o kadar büyük yedekte çekme veya taşıma durumlarına uygulanmasını reddetti. Ancak çekme denizcilikte normal bir etkinliktir⁷⁶. Finlandiya'ya göre bir çekme taşıma veya çekilen bir taşıta uygulanan geçme hakkının reddedilmesi normal denizciliğe zarar vererek navigasyon ile ilgili tehlikelere sebebiyet verebilir. Finlandiya'ya göre eğer kule bir ağır yük gemisinin üzerinde taşınıyorsa (jack-up kulelerinin uzun mesafeli taşınmasında kullanılan normal yöntem), artık bu kulenin geçişi ile ilgili değil, ağır yük gemisinin geçişi ile ilgili bir durumdur. Geminin geçişini kabul edip, kargosunu reddetmek beyhudedir.

Finlandiya'nın sağladığı kanıtlar ve Danimarka'nın gönülsüz karşı çıkmaları ışığında, hareketli sondaj ünitelerinin navigasyonu ile ilgili, sıradan gemilere uygulanan uluslararası hukukun kurallarının geçerli olacağını savunmak güvenilir görünüyor. Sorun soyut bir tanım ile ilgili değildir (gemi mi, değil mi), bunun yerine işlev ile ilgili bir kriterdir: Bazı etkinlikler için, mesela denizde barışçıl seyirler için aynı navigasyon hakları ve özgürlükleri uygulanır. Danimarka aslında bu sonucu sondaj gemileri ve vinç gemileri bakımından hiç reddetmemiş, böylece de bu taşıtların "normal" gemiler gibi veya onların benzerleri statüsünde olduğu genel noktasını kabul etmeye yaklaşmıştır. Davanın bu hususları Finlandiya'nın mahkeme önündeki en güçlü savlarını oluşturmaktadır. Danimarka'nın kanıt stratejisi, Finlandiya'ya kendi topraklarında saldırmak yerine, cephanesini Finlandiya'nın en zayıf olduğu yerde yani çıkar ve rıza noktasında kullanmaktır.

⁷⁵ DKÖ, üst not 3, para. 603-634.

⁷⁶ Finlandiya, Divan'a hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin 1965-91 yılları arasındaki büyük bir şirket tarafından (Bugsier-, Reederei- und Bergungs Gesellschaft mbH) bir romörkaj listesini sunmuştur. Şirketin 327 romörkajından birçoğu çeşitli devletlerin karasularından ve uluslararası boğazlardan geçmiştir (bunların arasında: Melaka, Cebelitarık ve Büyük Kemer). Bu geçişlere kıyı devletleri tarafından muhalefet edildiği bilgisi bulunmamaktadır. FÖ üst not 3, Ek 35. Ayrıca bakınız "4 Ekim 1991 tarihli Finlandiya Dışişleri Bakanlığı'ndan Römorkör Şirketlerine Soru Kağıdı ve Verilen Cevaplar" ("Questionnaire of 4 October 1991 from Finland's Ministry for Foreign Affairs to Tug Companies and Replies Thereto"), FÖ, üst not 3, Ek 33.

Makul Olarak Tahmin Edilebilir Gemiler

Danimarka köprüünün yüksekliği ile ilgili karar verilmeden önce, mevcut gemilerin direk uzunlukları üzerinde detaylı çalışmalar gerçekleştirmiştir⁷⁷. Bu uluslararası anlaşmalar tarafından mevcut en büyük gemilere geçiş esnasında zarar gelmemesi için Danimarka tarafının yerine getirmesi gereken bir husustur. Ancak Finlandiya'da bile gerçekleştirilen çalışmalar, Karayip seyahatleri için tasarlanan iki yelkenli sayılmazsa (*Club Med II* ve *Club Med III*, 68 metre yüksekliğinde) hiç bir geleneksel yolcu veya kargo gemisinin, tankerin veya hiç bir ticari gemi veya savaş gemisinin gemi direğinin 65 metreden fazla olmadığı gerçeğini ortaya koymuştur⁷⁸. Finlandiya'da inşa edilen, yüksekliği en uzun gemi (*MS Fantasy*) 56,3 metre yüksekliğe sahiptir.

Finlandiya savı için daha sağlam bir temel istediği ve hem Finlandiya'nın hem de uluslararası gemi inşaatçılığının çıkarlarına genel olarak dikkat çekmek için, var olan hareketli açık deniz sondaj ünitelerine ek olarak, Danimarka'nın köprü projesi ayrıca Finlandiya'nın haklarını ihlal etmektedir, çünkü Finlandiya'nın kıyılarında ve dünyanın okyanuslarındaki makul olarak tahmin edilebilir gemilerin geçişi engellenmiştir. Bu açık deniz sondaj üniteleri savından daha zayıf bir savdır. Ancak Finlandiya, yüzen otellerin ve süper yolcu gemilerin planlarını sunmuş ve genel anlamda 65 metreden yüksek gemi inşa etme konusunda teknik bir bariyerin olmadığını ileri sürmüştür. Ticaret taşıtlarının gittikçe artan boyutlarını desteklemek için ölçek ekonomilerinden de bahsedilmiştir⁷⁹.

Danimarka, Finlandiya'nın bu öne sürdüğü noktaların tamamıyla spekülâtif olduğunu belirtmiş ve gerçekte bir bağlantıları olmadığını eklemiştir. Danimarka, mahkemeye saygın bir İngiliz deniz mühendisliği şirketinin bir beyanını sunmuştur, beyanda mevcut olan gemi türleri ile ilgili bir değerlendirme ve şuan 65 metreden daha yüksek olan bir gemi inşaatı için (savaş gemileri de dahil olmak üzere) hiç bir plan olmadığını bildirmiştir⁸⁰. Bunun aksine, dünyanın en büyük limanlarının çoğuna erişimin 65-70 metrelik⁸¹ bir köprü yüksekliği ile kısıtlı olduğu, ve örneğin New

⁷⁷ Bakınız Det Norske Veritas, *Revised Study on Air-Draught of Merchant Ships* (1989) (1986 Veritec çalışmasının günceli), yeniden baskı DKÖ, üst not 3, Ek 30.

⁷⁸ Bu ikisi bile, draftlarının 5 metre olması sebebiyle Baltık'a Sound güzergahından ulaşabilirler.

⁷⁹ FÖ, üst not 3, para. 232-241 ve Ek 43-45.

⁸⁰ "British Maritime Technology Ltd. Raporu" (6 Mayıs 1992), DKÖ içerisinde, üst not 3. Ek 36.

⁸¹ Uluslararası seyrüsefer için kullanılan ana limanlara ve su yollarına girişlerde bulunan köprülerin listesi DKÖ'de içerilmiştir ve tartışılmıştır. Üst not 3, para 475-484.

York veya San Francisco'dan ya da Türk boğazları⁸² veya Panama Kanal'ından⁸³ geçemeyecek.

Tahmin edilebilir gemilerle ilgili olan sav, sağduyu açısından en güçlü olandır. Gemilerin büyüklüğü yirminci yüzyıl boyunca tır⁸⁴. Köprü'nün en az 100 ile 150 yıl boyunca kullanımda olması planlanmaktadır. Daha büyük gemilere olan eğilimin 65 metre ile bir son bulacağına inanmak güçtür. Ancak böyle bir savın Finlandiya tarafının hakkını korumak için kullanılabilir mi ve bu Danimarka'ya karşılığında bir yüküm doğurabilir mi net değildir. "Makul olarak tahmin edilebilir" kavramının esnekliği bir muğlaklık yaratır ve bu yüzden de belki de herhangi bir köprü uzunluğunda karar kılmak mümkün değildir⁸⁵. Makul olarak tahmin edilebilen gemilerle ilgili sav kabul edilirse, bunun etkisi boğazları olan tüm devletlerin ileri seviyede gemi üretici devletlerle (ya da en azından boğazları kullanan gemi imalatı yapan devletlerle) köprü uzunluğunda bir anlaşma yapması gerektiği anlamına gelecektir.

Çıkarların Karşılaştırılması

Büyük Kemer, Danimarka'yı nüfus ve toprak anlamında kabaca iki eşit parçaya bölmektedir. Büyük Kemer'in vapurla geçilmesinin gerekliliği, Danimarka'nın iç ulaşımında uzun zamandır süren bir problem teşkil etmektedir. Bu sebeple Danimarka'nın savunması, iç trafik bağlantısının ve ekonomik ve sınai altyapısının bir bütün olarak iyileştirilmesinde sabit bağlantının önemini vurgulanması olmuştur. Buna ek olarak, bu projenin Avrupa Birliği ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği'nin oluşturduğu daha geniş çaplı planlarla ve Nordik sanayi çevrelerinin Avrupa'nın ana

⁸² Boğaziçi köprüsü davası Danimarka'nın lehine bir emsal olmuştur. Bakınız aynı para. 449-456. İki köprüden 1973 yılında ilk inşa edileni 64 metre yüksekliğe sahipti ve Karadeniz ile Akdeniz arasındaki geçişi etkili bir biçimde bu yükseklikten daha düşük gemilerle sınırlandırmıştır. Karadeniz'in girişindeki konumu bariz bir biçimde Danimarka köprüsünün Baltık'taki konumuna benzer nitelikteydi. Finlandiya, Boğaziçi emsalinin uygulanabilirliğini, konumunun Türkiye kararları içerisinde bulunması sebebiyle (Büyük Kemer'in iç deniz olmasına karşın) ve Türk boğazlarından hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin seyrüseferinin bulunmaması gerçeği belirterek ve bir vakanın izin verilen köprü yüksekliğine uluslararası hukuki sorunluluk teşkil etmeyeceğini öne sürerek inkar etmiştir. FÖ, üst not 3, para. 349-352, 368.

⁸³ The Panama Kanalı Thatcher Ferry Köprüsü'yle 60 metrelik dikey açıklıkla geçilmektedir.

⁸⁴ Büyüme doğrusal olmamıştır. En yüksek yolcu deniz taşıtları, *Queen Mary* (60.3 metre) ve *Normandie* (61.8 metre), 1933 ve 1936 yıllarında inşa edilmişlerdir ve bundan sonra aktif kullanımdan kaldırılmışlardır.

⁸⁵ Bu sebeple Danimarka, Finlandiya'nın iddiasının kabul edilmesinin Danimarka üzerinde aynı zamanda "mutlak", "sınırsız" ve "esnek" olma yükünü getireceğini savunmuştur. DKÖ, üst not 3, para. 9-11.

karayolu ağının iyileştirilmesi için oluşturulduğu Scanlink projesiyle bağlantısı bulunmaktadır⁸⁶.

Bu karşın Danimarka, Finlandiya için konunun sadece RRO adlı Finlandiyalı şirketin ekonomik çıkarlarına dayalı olduğunu iddia etmiştir. Danimarka, bu çıkarın bile marjinal olduğunu, çünkü Finlandiya'da üretilen sondaj kulelerinin birçoğunun doğrudan ya da küçük değişikliklerle Sound güzergahından geçebileceğini ve her koşulda bu geçişlerin sayı olarak çok az (yaklaşık yılda bir kere) olduğunu savunmuştur. Ayrıca, Finlandiya'nın henüz Sound güzergahından geçemeyecek derecede olan bir sondaj kulesi üretimi bulunmamaktaydı. İki tarafın çıkarları—genel anlamda Danimarka ekonomisi ve Finlandiya şirketinin rekabet üstünlüğü—tamamen orantısız görünmekteydi⁸⁷.

Danimarka'nın savunmasında, Divan'ın deniz sınırlandırılmasına ilişkin içtihadından anlaşıldığı üzere eşitlikçi bir dil kullanılmıştır⁸⁸. Tamamıyla “hukuki” olmasa da duygusal çekimi göz ardı edilememiştir. Öncelikle ekonomik çıkarların karşılaştırılması, Finlandiya tarafından hukuki olarak uygun görülmemiştir. Karasuları ve boğazlardan zararsız geçiş kavramlarını birleştirerek; deniz hukuku, denizci milletlerin ve kıyı devletlerinin çıkarlarını zaten dengelenmiş durumda bulunmaktaydı. Geçiş hakkı, dengeleme işleminin bir sonucu olarak görülmekteydi: “Denge” sağlanacak bir şey kalmamıştır. İş sadece bunu uygulamaya kalmıştır⁸⁹.

Diğer taraftan Finlandiya, dengelenecek olan şeyi, Danimarka'nın, çarpık bir biçimde inşa ettiğini ileri sürmüştür. Finlandiya, Danimarka'nın projeden ve getireceği ekonomik avantajlardan vazgeçmesini talep etmemiştir. Finlandiya'nın öne sürdüğü husus, ya tünel seçeneğine tekrar dönerek ya da köprüde bir açıt inşa ederek köprü planında bir değişikliğe gidilmesi olmuştur. Dengelemenin uygun görülmesinin yanı sıra; çıkarlara zıt bir unsur da, Finlandiya'nın geçiş hakkını sağlamak ve açık deniz sanayisinin devamını sağlamak için sabit bağlantı projesinde değişikliğe gitmenin doğuracağı masraf olmuştur⁹⁰.

⁸⁶ Aynı para. 142-178.

⁸⁷ Bakınız aynı para. 790-792.

⁸⁸ Bakınız North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G. v. Neth.), 1969 I.C.J. 3, 50 (Judgment of Feb. 20); Continental Shelf (Tunis. v. Libya), 1982 I.C.J. 18, 58-60 (Judgment of Feb. 24). Bakınız also Frontier Dispute (Burk. Faso v. Mali), 1986 I.C.J. 554, 567-568 (Judgment of Dec. 22), ayrıca karasal sınır üzerine bir ihtilaf için eşitlikçi ilkeler ortaya koymuştur.

⁸⁹ FÖ, üst not 3, Giriş, para. 17.

⁹⁰ Tabi Danimarka, köprünün Finlandiya açık deniz endüstrisini imkansız hale getireceğini inkar etmiştir. Ürünlerindeki küçük değişikliklerle, Finlandiya'daki petrol kuleleri ve sondaj

Yerel çıkarların değerlendirilmesi, Uluslararası Adalet Divanı içtihadında bilinmektedir⁹¹. Fakat Divan, ihtilaf halindeki devletlerin ekonomik çıkarlarında karşılaştırmaya doğrudan gidilmesi konusunda tereddütte kalmıştır⁹². Danimarka'nın eşitlikçi ilkeler hususundaki savunmaları, tehli- kedeki ekonomik faydaların ölçülmesi dışında herhangi bir yerde güçlü sayılabılırdi. Ayrıca, Finlandiya'nın geç tepkisinin uygunluğunun ve da- vanın çeşitli teknik gerçeklerinin ne şekilde değerlendirileceğine de karar vermişlerdir.

Finlandiya'nın Muvaffakat Sorunu

Başlangıçtan itibaren Danimarka, Finlandiya'nın sabit plana ilişkin ilk bildiriği 1977 yılında aldığını, fakat 1989 yılının yazına kadar herhangi bir tepki vermediğini ve bu sebeple davada duruşma hakkına sahip olmadığını öne sürmüştür. Danimarka'ya göre 12 yıllık bu sessizlik, proje konusunda kesin bir muvafakat ifade etmekteydi.

Divanın içtihadında, bir devletin sessiz kaldığı, makul bir süre içerisinde itiraz etmediği ya da görüş bildirmediği durumlarda hakkını kaybettiği birkaç dava bulunmaktadır⁹³. Muvafakat ve itiraz hakkının düşmesi doktrinlerine, ihtilaf halindeki devletler tarafından birbirlerine karşı kullanılmak üzere rutin olarak başvurulmaktadır ve bu doktrinler Divan tarafın- dan sıkça kullanılmaktadır. İradeci bir hukuk sistemi içerisinde, iki tarafın rızasına en yüksek düzeyde—kaybeden taraf için kaybeden tarafın “zımnı” rızasına başvurarak bir dava kararı haklı bir yöntemle kolayca verilebilir⁹⁴.

gemilerinin yapımı konusunda uzman tek şirket, Rauma-Repola Offshore (RRO) kulelerini Kuzey Denizi'ne bağlantının yapımından sonra bile taşıyabilir. Fakat Finlandiya, böyleleri değişikliklerin getireceği masraf artışının, şirketin uluslararası piyasadaki rekabetçiliğini yok edeceğini iddia etmiştir.

⁹¹ Balıkçılık (Fisheries) (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 116, 133 (18 Aralık Kararı).

⁹² Bakınız Kıta Sahaneliği (Continental Shelf) (Tunis. v. Libya), 1982 I.C.J. 77.

⁹³ Bakınız Balıkçılık (Fisheries) (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 138'de; İspanya Kralı Tarafından Tahkim Kararı (Arbitral Avvard Made by the King of Spain) 23 Aralık 1906 (Hond. v. Nicar.), 1960 I.C.J. 192, 208 (8 Kasım Kararı); Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thail.), Merits, 1962 I.C.J. 6, 23 (15 Haziran Kararı). Genel bir analiz için, ayrıca bakınız Memorial of Canada (Can. v. U.S.), I.C.J. Pleadings (1 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area) 29, 165-173 (27 Eylül 1982); Memorial of the United States (Can. v. U.S.), I.C.J. Pleadings (2 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area) 3, 101-112 (veri yok). Ayrıca bakınız Antoine Martin, *l'estoppel en droit international public: Precede d'un apercu de la theorie de l'estoppel en droit anglais* (1979); Jörg P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkcrrecht* (1971).

⁹⁴ Bakınız Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of İnternational Legal Argument 311-320 (1989).

Danimarka'nın savunmasına göre Finlandiya, Haziran 1989 tarihine kadar sabit bağlantıya itiraz etmediği için hakkını kaybetmiştir. Proje hususundaki ilk sirküler mektubu Finlandiya'ya 12 Mayıs 1977 tarihinde gönderilmiştir. Mektupta, Büyük Kemer ile ilgili Danimarka Parlamentosu'nda 1973 yılında kabul edilen kanundan ve Büyük Kemer'in Doğu Kanalı'ndan geçecek köprünün 62 metre yüksekliğinde olacağından açık bir şekilde bahsedilmiştir. Sirküler mektubunun orijinal İngilizce versiyonunda, köprünün "uluslararası hukuka uygun olacağı, Kattegat ve Baltık Denizi arasından bütün uluslararası gemilerin geçişine geçmişte olduğu gibi izin verileceği" de içerilmiştir⁹⁵. Polonya ve eski Sovyetler Birliği'nin aksine Finlandiya bu mektuba, imalatını yaptığı petrol kulelerini 1972 yılından beri Danimarka boğazlarından geçirmesine rağmen, hiçbir şekilde tepki göstermemiştir.

1977 ve 1989 yılları arasında köprü projesi çeşitli aşamalardan geçmiştir. Danimarka'nın ekonomik sıkıntıları sebebiyle proje, 4 veya 5 sene içerisinde tekrar yürürlüğe koyulması amaçlanarak 1978'in sonbaharında "rafa" kaldırılmıştır. 1987 yılında Danimarka Parlamentosu, Doğu Kanalı'nın altından geçecek olan bir tünel seçeneğini içeren yeni bir kanunu kabul etmiştir. Bu bağlamda, Danimarka Dışişleri Bakanlığı tarafından Kopenhag'daki büyükelçiliklere ikinci bir sirküler mektubu gönderilmiştir. Bu mektupta köprü yüksekliğinden bahsedilmemiştir fakat şunlara yer verilmiştir: "Karayolunun, Doğu Kanalı'nı yüksek düzeli bir köprüyle mi yoksa bir tünelle mi geçeceğine henüz karar verilmemiştir."⁹⁶ Mektuba ivedi bir cevap verilmemiştir. 1989 yılının baharında Storebaelt Şirketi sonunda tünel alternatifini reddetmiştir ve Doğu Köprüsü'nün yüksekliğini 65 metre olması hususunda karar vermiştir. Ancak bu karar alındıktan sonra Kopenhag'daki Finlandiya büyükelçiliği bir mektupla, konuyu Danimarka Denizcilik Otoritesi'ne taşımıştır.

Böylece, sabit bağlantı projesi hususunda Finlandiya'nın ilk tepkisi, projenin resmi olarak ilk bildiriminden 12 yıl sonra verilmiştir. Danimarka, Divan'ın *Nükleer Testler* hususunda verdiği hükme atıfta bulunmuştur. Bu hükümde Divan, devletlerin hüsnüniyetinin ve uluslararası istikrarın korunması gerektiğini vurgulamıştır ve birbirleri arasında gerçekleştirilen resmi müzakerelere devletlerin dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Danimarka'nın ortaya koyduğu, haklarının ihlal edildiği görüşüne

⁹⁵ DKÖ, üst not 3, Ek 12; FÖ, üst not 3, Ek 22.

⁹⁶ DKÖ, üst not 3, Ek 25; FM, üst not 3, Ek 27.

makul bir zaman dilimi süresinde karşılık verilmesi konusuna da atıfta bulunulmuştur⁹⁷.

Finlandiya, 1977 yılında projeden haberdar edildiğini inkar edememiştir. Bunun yerine stratejisi, davada zımnî rızanın muvafakat ve itiraz hakkının düşmesi şeklinde kabul edilmesinin koşullarının sağlanamamış olduğunu göstermek olmuştur. Aktarılan çeşitli davalar genellikle, bir kamu otoritesinin diğer bir tarafı, teklif edilen eyleme karşı çıkmadığı yönünde yönlendirmesiyle ilişkili olmuştur⁹⁸. Diğer bir taraftan, bu uygulama ancak 60⁹⁹, hatta 100 yıl sonra muvafakat teşkil etmiştir¹⁰⁰. Finlandiya'nın cevabında dört savunma yer almıştır. İlki, 1977 yılındaki mektubun, mevcut olandan farklı bir projeyi içerdiğidir. Önceki proje, mektubun gönderilmesinden sadece bir sene sonra, 1978 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Finlandiya, zaten Danimarka'nın kendisi tarafından reddedilen bir projeye itiraz etmek için bir nedenlerinin olmadığını dile getirmiştir.

İkincisi, Danimarka mektubunun metinlerine atıfta bulunulmuştur. Bunların her biri, seyrüsefer haklarının ve özgürlüklerinin “geçmişte olduğu gibi” sürdürülebilmesine açık bir göndermede bulunmuştur. Bu sebeple Finlandiya, Finlandiya'nın haklarının gerçekten tehdit altında olduğu belli olmadığı sürece projeye karşı herhangi bir itiraz için sebep bulunmadığını ileri sürmüştür (diğer bir deyişle, projenin, açıtı olmayan bir sabit köprü şeklinde yapılacağına nihai olarak karar verilmeden önce). Her koşulda, 1987 tarihindeki kanun ve mektup, tünel alternatifini açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu, yeni projenin eskisinden farklı olduğunu ve mevcut seyrüsefer haklarını korumaya yönelik bir girişim olarak yorumlanabileceğini göstermiştir.

Üçüncüsü, petrol kulelerinin 1972 yılından beri sürekli olarak Büyük Kemer'den geçtiğinin gözlemlenmesidir¹⁰¹. Finlandiya'nın, mevcut uygulamayı sınırlandırmayı “zımnî” olarak kabul edeceğini varsaymak için hiçbir neden bulunmadığı görülmüştür. Finlandiya'ya göre, Danimarka Finlandiya'ya ait petrol kulelerinin devamlı geçişine karşı itirazda bulunmalıydı fakat bu hiçbir zaman yapılmamıştır.

⁹⁷ DKÖ, üst not 3, para. 762. Danimarka'nın dayandığı ilgili bölüm Nükleer Testler (Nuclear Tests) (Austl. v. Fr.), 1974 I.C.J. 253, 268 (20 Aralık Kararı).

⁹⁸ Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thail.), 1962 I.C.J. 30-31.

⁹⁹ Fisheries (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 138.

¹⁰⁰ Right of Passage over Indian Territory (Port. v. India), Merits, 1960 I.C.J. 6, 40 (Judgment of Apr. 12).

¹⁰¹ FÖ, üst not 3, para. 548-550.

Sonuncusu, Finlandiya'nın, bir boğaz devletinin hiçbir şekilde muvafakata istinad edemeyeceğini ileri sürmesi olmuştur. Geçiş hakkının kesilmesi yetkisi, sadece bütün kullanıcı ülkelerle yapılan bir açık anlaşmaya dayandırılarak verilebilir. Bu bağlamda, boğazlardan geçiş hukukunun herkes için geçerli olan unsurlarına ve Manş Denizi için köprü alternatifinin reddedilmesinden sonraki ilk projelere atıfta bulunulmuştur. Bunların yanı sıra, tüm kullanıcı devletlerle yapılacak bir anlaşmanın gerekli olacağı varsayımına ve böylesi bir anlaşmanın uygulanabilirliği hususunda ciddi şüphelerin olduğuna değinilmiştir¹⁰².

Danimarka ve Finlandiya, köprü planı/ları hususunda iki farklı geçmiş ortaya koymuşlardır. Danimarka için bu çeşitli planlar, 1930lara dayanan sürekli bir projenin parçaları niteliğinde olmuştur. Hazırlık çalışmaları ilk olarak 1973 Senedi ile sonuçlanmıştır ve 1977 yılında usulüne uygun olarak ilgili ülkelere bildirilmiştir. Projenin 1978 yılında rafa kaldırılmasına rağmen, ekonomik durumun iyileşmesi halinde projeye tekrar başlanacağı, Danimarkalı politikacılar tarafından her zaman dile getirilmiştir. Başlıca taraflar arasındaki politik görüşmeleri takiben, projenin 1986 yılında tekrar başlatılması hususunda anlaşmaya varılmıştır. 1973 Senedi, yeni 1987 Senedi'nin kabulüyle feshedilmiştir. Bundan sonra proje, “entegre bütün” halini almıştır¹⁰³.

Finlandiya, sabit bağlantının geçmişini, birbirinden oldukça ayrı ve birbiriyle ilişkisiz projeler serisi olarak nitelendirmiştir. Birbiri ardına projeler ortaya konmuş ve ortadan kaldırılmıştır; bazen canlı parlamento görüşmelerine başvurulmuştur. Projelerin gerçekleştirileceğine dair ciddi şüpheler olması sebebiyle, yürütülen çalışmaların tahsis edilen haklar açısından bir tehdit oluşturacağına dair somut deliller olmadığı sürece, herhangi bir resmi tepkinin bekleyebileceği makul görülmüştür. Bu durum ancak 1989 yılının baharında, tünel alternatifinin reddedilmesiyle ve köprü yüksekliğinin 65 metre olarak belirlenmesiyle ortaya çıkmıştır.

Bu iki geçmişten hangisinin “doğru” olduğuna karar vermek elbette çok zor; çünkü bunlar, hazırlık aşamasındaki her bir etkinliğe ve gerçeğe farklı şekillerde önem atfedilmesi sonucu ortaya çıkmışlardır. Finlandiya

¹⁰² *Proposals for a Fixed Channel Link* (Britanya ve Fransa yetkililerinin ortak raporu), 1963, CMND 2137, yeniden baskı, kısmen, FÖ, üst not 3, Ek 59. Ayrıca bakınız FM içerisinde metin, üst not 3, para. 555-557. Fakat Danimarka, köprü seçeneğinin öncelikle ve kesinlikle *ekonomik* nedenlerle reddedildiğini ifade etmiştir. DKÖ üst not 3, para. 493. Ayrıca, Manş Denizi'nin emsal değerine, 2 Kasım 1988 Anglo-Fransız Deklarasyonu altında farklı bir rejim bulunması sebebiyle itiraz etmiştir. Aynı para. 495-496.

¹⁰³ DKÖ, üst not 3, para. 138.

açısından, 1973 projesinin gerçekleştirilebilip gerçekleştirilemeyeceğine bakmaksızın, en azından konuya karşı biraz ilgi gösterilmesi ihtiyatlı olmuş olurdu. O zamanlarda açık deniz sanayisi Finlandiya'da zaten kurulmuştur ve Danimarka, 1977 Sirküler Mektubu sonrasında yabancı devletlerden, konu üzerine fikir belirtmelerini (Polonya ve eski Sovyetler Birliği'nin yaptığı gibi) bekleme hakkı kazanmıştır¹⁰⁴. Bununla beraber, 1978 yılında proje askıya alınmış ya da ertelenmiştir; ancak, 1989 Sirküler Mektubu'nda uluslararası düzeyde yeniden ortaya çıkarılmıştır. 1989 Sirküler Mektubu'nda, bir tünel alternatifi konusu da açılmıştır. Projenin nihai şekli, ancak Ekim 1989 tarihindeki üçüncü mektupta uluslararası düzeyde bildirilmiştir. Bu zamana kadar olan süreçte, Finlandiya endişesini ortaya koymuştur.

Finlandiya kendisi de, "Finlandiya'nın [1977 tarihli mektuba] yazılı olarak cevap vermesi daha ihtiyatlı olmuş olurdu¹⁰⁵" şeklinde konuyu kabul etmiştir. Bunu yapmamakla beraber, Finlandiya Danimarka'ya, Finlandiya'nın geç tepkisinin, iki ülke arasındaki *karşı konulabilirliklerin (opposabilities)* belirlenmesinde hesaba katılmasını gerektirecek, eşitlikçi ilkelere başvurma seçeneğini sunmuştur¹⁰⁶. Böylesi bir durumda, eşitlikçi bir sonuç ne olurdu? Eşitlikçi sonuçlardan bir tanesi, Finlandiya'nın *mücerret olarak* başvurularında talep ettiği hakların tanınması, diğer bir yandan da, böylesine ilerlemiş bir projede teknik değişikliklerin sonucunda Danimarka tarafından ortaya koyulacak herhangi bir maliyete Finlandiya'nın katılması olabilirdi.

İhtilafın Olgusal Unsurları

Finlandiya; Doğu Köprüsü'nün, Finlandiya kıyılarıyla Kuzey Denizi arasında büyük gemilerin geçişine engel olacağını savunmaktaydı. Finlandiya'nın başlıca ve uzun vadeli bir çıkarının tehdit altında olduğu görülmekteydi. Danimarka, köprü'nün Finlandiya açısından maddi zarara yol açacağını inkar etmiştir. Öncelikle; şu anda mevcut olan veya yapım aşamasında olan ya da planlamasında ileri safhada olunan, direk yüksek-

¹⁰⁴ Her iki tepki de resmi bir itiraza ulaşmamıştır. 6 Aralık 1977 Polonya notu projenin geçişleri sınırlandırmaması gerektiğine dair kaygılara ve gelecekteki gemi yapımı trendlerini göz önünde bulundurulması gerektiğine değinmiştir. 29 Mart 1978 Sovyet notu, proje planı hususunda "kaygı" ifade etmiştir ve 62 metre yerine (Danimarka'nın 1977 notundaki yükseklik) dikey açıklığın 65 metre (sonradan olduğu gibi) olması gerektiğini belirtmiştir. Polonya notu metni için, bakınız DKÖ, üst not 3, Ek 13; Sovyet notu metni için, bakınız aynı Ek 14.

¹⁰⁵ FÖ, üst not 3, para. 542.

¹⁰⁶ DKÖ, üst not 3, para. 760-785.

liği 65 metre olan ve Sound güzergahından Baltık Denizi'ne ulaşamayacak böylesine “konvansiyonel” gemilerin bulunmadığı ortaya konmuştur. Ayrıca, “konvansiyonel olmayan” gemilerin (petrol kuleleri, sondaj gemileri, vinç gemisi) Sound güzergahından Baltık Denizi'ne erişimleri bulunmaktaydı. Böylesine küçük azınlıkta olan gemiler hem (1) 65 metreden yüksek hem de (2) draftları Sound güzergahını kullanamayacak nitelikte olan fakat yine de 65 metrenin üzerindeki parçaları geçici olarak sökülerek ya da su draftını düşürerek boğazlardan geçebilecek gemilerdi.

Danimarka açısından, Finlandiya için hiçbir olgusal sorunun olmadığı ya da bu sorunun marjinal bir sorun olduğu görülmekteydi. Danimarka, RRO tarafından inşa edilen her üç geminin ve her üç kriko kulesinin de Sound güzergahından geçebileceğini savunmuştur. Kısmen batabilen kulelerin bile çoğu Sound'u kullanabilirdi. Fakat bazılarında, draftın düşürülebilmesi için güvertedeki değişken yüklerin kaldırılması gerekmiştir. Sadece üç platform, teknik işlemden geçmek zorunda kalmıştır: dubaların altına yerleştirilmiş olan pervanelerin ve motorların (iticiler) kaldırılması, Sound'un en sığ yeri olan ve Kopenhag'ın karşısında bulunan Drogden Kanalı'nda römork yapma aşamasında gerekli görülmüştür¹⁰⁷. Danimarka'nın bakış açısından; bütün ihtilafın, RRO tarafından inşa edilen üç kulenin Sound'dan geçirilebilmesi için gereken küçük değişikliklerle ilgili olduğu görülmüştür. Diğer bir teknik çözüm ise, Sound'u kullanamayacak üç kulenin sondaj macunalarının üst kısımlarının sökülmesi ve böylece köprünün altından geçişlerinin sağlanması olmuştur. Bu, hem rutin olan hem de aşırı derecede pahalı olmayan bir işlem olarak ortaya konmuştur.

Finlandiya, köprünün mevcut konvansiyonel gemilerin seyrüseferine engel teşkil edeceğine dair kanıt öne sürmemiştir. Yukarıda da bahsedildiği gibi; Finlandiya'nın konvansiyonel deniz taşıtlarına ilişkin savunması, makul bir şekilde öngörülebilir gemilere odaklanmıştır fakat Danimarka'nın, Sound geçidinin kullanılabilirliği üzerine belirttiği görüşünün geçerliliğini inkar etmiştir. Bu bağlamda ihtilaf, üç konu üzerine yoğunlaşmıştır: (1) “Sound seçeneği”nin kullanılabilirliğinin kanuni geçerliliği; (2) Sound'da güvenli karina altı su çekiminin belirlenmesi; ve (3) tavsiye edilen teknik değişikliklerin “rutin” karakteri.

¹⁰⁷ Aynı chs. V-Vn.

“Sound Seçeneği”nin Kanuni Geçerliliği

Danimarka'ya göre, 1857 Kopenhag Antlaşması'na dayanan rejim, Danimarka boğazlarını genel anlamda ilgilendirmektedir; özellikle Büyük Kemer için bir geçiş hakkı sağlamamaktadır¹⁰⁸. Antlaşmadaki ilgili hüküm olan Madde 1, “Sound veya Kemer'den geçiş” (vurgulu olarak) konusundan bahsetmektedir ve Danimarka için kararın kıyı devletlerine bırakıldığını belirtmiştir¹⁰⁹. Bu, Danimarka boğazları rejiminin kapsamının yeni bir yorumlaması olmuştur. Danimarka, bunu destekleyici bir otoriteden ya da uygulamadan bahsetmemiştir. Bu, sadece antlaşma metinlerine dayandırılmıştır¹¹⁰. Finlandiya tarafından ise; "Sound veya Kemer" ifadesi, seçimi kıyı devletlerine değil gemilere bırakmıştır: Bütün boğazlar açık bırakılacaktır ve böylece gelen gemiler hangisini kullanacaklarına karar verebileceklerdir. Her koşulda Finlandiya, Danimarka'nın aslen kullanılan bir boğazdan daha az değerli olan bir başka boğaza doğrudan yönlendirme yapamayacağını savunmuştur. Sound'un, Büyük Kemer'e oranla, üç sebepten dolayı, daha az değeri bulunmaktadır:

92

- Sound'un seyrüsefer draftı (7.7 metre) Büyük Kemer'inin (15 metre) sadece yarısı kadardır¹¹¹.
- Büyük Kemer'deki uluslararası seyrüsefer rotası, Danimarka karasuları içerisinde yer almaktadır, fakat Sound'un Danimarka kısmından ge-

¹⁰⁸ Aynı para. 672-679.

¹⁰⁹ Bu bağlamda Danimarka, kıyı devletlerinin iç denizlerinde seyrüsefer güzergahlarını ve trafik ayrımı planlarını tayin etme üzerine Sözleşme'nin Madde 22'sine atıfta bulunmuştur. Gördüğümüz üzere Finlandiya, kıyı devletlerinin bu “ayın hakkı”na sadece denizcilik güvenliği amaçları halinde sahip olduklarını ifade ederek karşı çıkmıştır. Bakınız üst not 55.

¹¹⁰ Savunma, Danimarka ile Amerika Birleşik Devletleri arasında Sound vergilerinin kurtarılması sözleşmesinin doğrudan ifadesiyle uygunsuzluk göstermektedir. Kopenhag Antlaşması'ndan birkaç hafta sonra sonuçlandırılan bu anlaşma, özellikle “Sound ve Kemerlerde tam seyrüsefer özgürlüğü” oluşturmuştur (vurgu yapılmıştır). Convention entre les Etats-Unis d'Amerique et le Danemark, üst not 42.

¹¹¹ Ayrıca, Sound'un draftı yapay olarak, taraklama ile yaratılmıştı fakat Büyük Kemer'in ki doğaldı. Danimarka Dışişleri Bakanlığı'nın hukuk müşaviri 1962 yılında Danimarka Büyük Kemer Komitesi'ne yönelttiği ifadesinde, Doğu Kanalı'nın düşük düzeyli bir köprüyle kapanması durumunda, Batı Kanalı'nın da taraklama ile benzer derinliğe getirilmesiyle Büyük Kemer'de geçiş hakkının korunabileceğini inkar etmiştir. Bu, geçişin Batı Kanalı'ndaki elde edilen yapay derinliğin korunması için sürekli bakıma bağımlı kalacağı anlamına gelirdi. *Fast Forbindelse over Store Baelt: Betaenkning Nr. 508* Bilag | Annex] at 111 (1962); DKÖ'de çevirisi. üst not 3, Ek 7, ve FÖ üst not 3, Ek 91.

çerken gemiler otomatik olarak Drogden Kanalı'ndaki Danimarka iç sularına girmiş olacaktırlar¹¹².

- Sound, bir Danimarka-İsveç sabit köprü projesine konu olmuştur. 1991 Danimarka-İsveç antlaşmasına dayanan mevcut plan Drogden Kanalı'nı açık bıraksa da, bunun proje bitiminde geçerli olacağına ya da Sound'un seyrüsefer koşullarının kötüleşmeyeceğine dair bir güvence bulunmamaktadır¹¹³. Bağlantının köprü kısmı için teklif edilen dikey aralık sadece 50 metre olmuştur¹¹⁴.

Bu sebeplerden dolayı Finlandiya, kıyı devletlerinin daha az elverişli geçitlere trafiği yönlendiremeyeceğine dayalı oldukça sıkı kanuni dayanağa göre Sound seçeneğinin uygun olmadığını öne sürmüştür.

Sound'da Güvenli Karina Altı Su Çekimi

Sound güzergahının en sığ bölümü olan Drogden Kanalı'nın resmi asgari derinliği 7.7 metredir. Bu derinlik, herhangi bir karina altı su çekimi hükmü içermemektedir fakat kanaldan geçen bir geminin alt omurgasıyla deniz tabanı arasında belirli bir mesafe bırakması gerektiği açıktır. Bu sözde karina altı su çekimi (*pied de pilote*) için güvenli sayılan tedbire dayanarak, Sound güzergahını kullanamayacak gemilerin sayısı oldukça çeşitlilik göstermektedir. Lloyd'un kayıtlarındaki bilgilere göre, RRO tarafından inşa edilen 21 petrol kulesi ve sondaj gemisinin draftları aşağıdaki gibidir¹¹⁵:

- 1.Kriko kuleleri (3): 6.4-6.5 metre.
- 2.Sondaj gemileri (3): 7.3 metre.
- 3.Kısmen bataabilen kuleler (15):
(a)AKJER-H tipi (7): 6.0-6.7 metre.

¹¹² Her ikisi de uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlardı, fakat Danimarka kanunu altında hukuki rejimleri aynı değildi: Üçüncü devletlerin savaş gemileri Büyük Kemer'de serbest geçişe sahipti (üç savaş gemisinden fazlasının aynı anda geçişi için önceden bildirim gerektirmekteydi), Drogden'den geçiş önceden bildirim gerektirmekteydi (üç savaş gemisinden fazla önceden izin gerektirmekteydi). Bakınız 27 Şubat 1976 Kararnamesi. Üst not 34.

¹¹³ 23 Mart 1991, yeniden baskı FÖ içerisinde, üst not 3, Ek 2.

¹¹⁴ Görseller için. bakınız FÖ, üst not 3, Ek 18.

¹¹⁵ Listeden çıkarılan, 65 metrelik köprünün altından geçebilen çok amaçlı destek gemisi (MSV) RR-18. Finlandiya tarafından önergede yer alan rakamlar RRO tarafından teslimat sırasındaki hesaplamalara dayanarak sağlanmıştır ve Lloyd'un kayıtlarıyla bir şekilde farklılık göstermektedir. Bakınız FÖ, üst not 3, para. 263. İkincisinin, kullanıcılar ya da tasarımcılar tarafından sağlanan resmi draftlar olması sebebiyle bunların kanıt olarak ağırlığı daha fazladır.

(b)Pentagone (3): 7.3 metre + iticiler (3.5 metre) = 11 metre

(c)Ocean Ranger (1): 7.3 metre.

(d)Friede & Goldman (F&G) (4): 5.8 ve 7.5 metre.

Toplamda 10 adet RRO hareketli açık deniz sondaj ünitesi 7.3 ya da 7.5 metrelik draфта sahiptir. Buna ek olarak; gemilerden üç tanesinde, iticiler eklendiğinde, 3.5 metrelik bir draфт artışı meydana gelmektedir. Drogden Kanalı'nın resmi asgari derinliğinin (ve Sound'un tamamının) 7.7 metre olması, akıllara 0.2-0.5 metrenin Hareketli açık deniz sondaj ünitelerine güvenli karina altı su çekimini sağlayıp sağlamadığı konusundaki kritik soruyu getirmektedir¹¹⁶.

Danimarka'ya göre, normal gemiler için (normal karinası olan sondaj gemileri ve macuna gemileri dahil) yeterli karina altı su çekimi 0.2 metre ve petrol kuleleri için 0.5 metre olarak belirtilmiştir. Bu, bütün sondaj gemilerinin ve kriko kulelerinin Sound güzergahından geçebileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, üç F&G tipi kısmen bataabilen kuleler bile seyrüsefer draфтlarını 7.3 metreye düşürebilmek için değişken yüklerini azaltabileceklerdir. Geriye kalan tek sorun, üç Pentagone kulesinin iticilerle donatıldığındaki geçişi olacaktır¹¹⁷. *Danimarka'ya göre, Finlandiya'nın köprü nedeniyle maruz kaldığı zarar buradadır.*

Karina altı su çekiminin nasıl ölçülmesi gerektiğine dair bir uluslararası Standart bulunmamaktadır. Danimarka'nın savunması, Danimarkalı kılavuzların uygulamalarına dayandırılmaktaydı. Örneğin, RRO tarafından inşa edilen kuleler daha önceden, Sound güzergahı boyunca 7.3 metrelik bir draфтla römork edilerek çekilmiştir. AKER-H tipi kuleler de daha önce Sound güzergahı boyunca çekilmiştir. Danimarkalı kılavuzlar, Sound güzergahından 7.6 metrelik draфта kadar (diğer bir deyişle, 10 santimetrelilik bir karina altı su çekimi ile) geçiş yapan Finlandiya tankerlerinin listesini tutmuşlardır¹¹⁸. Finlandiya, bu karina altı değerlerinin açık farkla çok düşük olduğunu belirtmiştir. Uluslararası tavsiye kararlarına ve özellikle de Uluslararası Navigasyon Birliği'nin (PIANC) kararlarına dayanarak Finlandiya, gemilerin draфтlarının %10 ile %15'i arasında bir aralığın

¹¹⁶ Fakat Lloyd'un kayıtlarındaki rakamlar tüm bir resim sağlamamaktadır. Bununla beraber kriko kulelerinin yüzer draфтları Sound'dan çekilmelerine izin vermektedir. Nitelik, iki tanesi ağır kaldırma kapasiteli gemilerle kombine draфтı 11 metre olarak taşınmıştır.

¹¹⁷ Danimarka'nın hesaplamaları London Offshore Consultants, Ltd. çalışmasına dayanmaktaydı, "Sound'dan ve Büyük Kemer'den Çekilen Hareketli Açık Deniz Sondaj Ünitelerinin Geçişi" (12 Mayıs 1992) (Danimarka tarafından Divan'a sunulmuştur), DKÖ'de, üst not 3, Ek 45.

¹¹⁸ DKÖ, üst not 3, Ek 44.

gerekliliğini savunmuştur. Pratikte bu, 0.7-1 metrelik bir karina altı su çekimine denk gelmekteydi. Böylesine bir ölçüm yapıldığında, Sound güzergahı çok açık bir şekilde, RRO petrol kulelerinin çoğu için ve hatta üç sondaj gemisi için bile uygunluk sağlamamaktaydı¹¹⁹.

Finlandiya ayrıca, sadece RRO tarafından inşa edilen ve taşınan kuleleri dikkate almanın anlamsız olduğunu dile getirmiştir. Dünya çapında kullanılmakta olan 176 kısmen batabilen kulelerin üçte biri, 7.3 metrenin üzerinde drafta sahiptir. Bunun yanında, kısmen batabilen kulelerin draftları, krikolo kulelerinin draftlarının aksine sürekli artmaktadır, çünkü bunlar her zamankinden daha zorlu ve derin bölgelerde kullanılmaktadırlar. Bununla birlikte Danimarka, pratikte kısmen batabilen kulelerin güvertelerindeki değişken yüklerin kaldırılmasıyla, draftlarının önemli oranda düşürülebildiği şeklinde bir cevap vermiştir. Çoğu durumda bu, Sound'dan geçişe izin verilmesi için yeterli görülmüştür. Mevcut gemilerin temel Standart'ı, gelecekteki kuleleri ya da RRO tarafından inşa edilebilecek kuleleri dikkate almamıştır ve RRO tarafından Sound'un derinliğini aşan drafta sahip bir kısmen batabilenle ilgili bir karar çıkartılmamıştır¹²⁰.

Her iki taraf da yazılı savunmalarına çok teknik delil eklemişlerdir. Her biri, diğerlerine ilaveten, Britanyalı deniz sigorta eksper şirketi tarafından ortaya koyulan ve hesaplamalarla desteklenen bir beyan da eklemiştir¹²¹. Murafaa sürecinde her iki tarafın da ek deliller ortaya koyabilecek olmaları aşıkardı.

Gerekli karina altı su çekimi konusu, Finlandiya'nın deniz taşımacılığında sabit bağlantının gerçek etkisinin esas unsuru haline gelmeye başlamıştır. Fakat Divan'a sunulan yazılı savunmalar, bu konu hususunda kesin bir sonuç için temel teşkil etmektedir. Uluslararası tavsiye kararları oldukça farklılık göstermekte ve çeşitli seyrüsefer güzergahlarında izlenen uygulamalara karşılık gelmemektedir. Esas iş, kabul edilebilir güvenlik çerçevesi hususunda ispat yükünün nerede olacağıdır. Divan'ın, bu zorluğun üstesinden nasıl geleceğini görmek ilginç olurdu.

¹¹⁹ FÖ, üst not 3, para. 75, 205-206 ve Ek 4.

¹²⁰ Danimarka, böylesine bir köprü planının varlığının RRO tarafından inşa edilen sondaj gemilerinde ve sondaj kulelerindeki düzen eksikliğine katkıda bulunacağını iddia etmiştir. DKÖ, üst not 3, para. 422-426.

¹²¹ Bakanız "Report by Noble Denton Marine Services" (21 Kasım 1991), FÖ, üst not 3, Ek 32; "Report from London Offshore Consultants" (12 Mayıs 1992), DKÖ, üst not 3, Ek 32.

Teknik Değişiklikler

Danimarka aksi takdirde Sound'a taşınması mümkün olmayan iticilerin, söz konusu kulelerden çıkarılmasını önerdi. Sound alternatifinin kabul edilmesi, aynı zamanda kriko kulelerinin ağır kaldırma kapasiteli gemiler tarafından taşınmaları yerine, her zaman çekilmeleri (draftlarının 6.5 metrede kaldığı durumlarda) gerektiği anlamına geliyordu. Gelecekte, kuleleri alternatif olarak köprü altından taşımak için sondaj kulelerinin en üst kısmı ya da krikonun ayakları sökülerek Büyük Kemer yoluyla alınabilirdi. Finlandiya, Danimarka'nın geçiş hakkını kullanma koşulu olarak teknik değişiklikler ya da taşıma yöntemlerinde değişiklik talebi konusunda yetkilenmesini red etti¹²². Bu yalnızca Kopenhag Anlaşması Madde I ve Danimarka'nın hiç bir "*detention ou entrave quelconque*"a (herhangi bir göz altında bulundurma veya kısıtlamaya) sebep olmama görevi ile değil, aynı zamanda uluslararası boğazlarda geçişi geçici olarak bile durdurmayı yasaklayan Cenevre Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi Madde 16, Fıkra 4 ile çelişmekteydi¹²³.

Finlandiya, talep edilen değişikliklerin masraflı olacağı ve bir kıyı şirketinin rekabet gücü üzerinde ciddi etki yaratacağı iddiasında bulundu. İticilerin çıkarılmasına yönelik tahminler genel olarak farklılık göstermekteydi; maliyet her bir kule için 1 ile 2.5 milyon ABD \$ ve süre uzatımı ise 3 ila 5 hafta arasında değiştirmektedir¹²⁴.

Kriko kuleleri her zaman Sound'dan çekilebileceği için, sondaj kulesinin sökülmesi (ya da Danimarka'nın önerdiği gibi sadece üst kısmının sökülmesi) alternatifi pratikte sadece yarı batacılarla alakalıdır. Maliyeti kadar böylesi bir işlemin rutin özellikleriyle ilgili tahminler de ciddi değişiklikler göstermiştir. RRO'dan alınan bilgiye ve kule mühendislik şirketi, Friede & Goldman'ın beyanına atıfta bulunarak Finlandiya (tüm) sondaj kulelerinin sökülmesinin 23 milyon ABD \$'na mal olacağını ve teslimat gecikmesinin yaklaşık 4 ay olacağını savundu¹²⁵. Fin olmayan tersane ve işletmelerden, artı Londra Açık Deniz Danışmanlarından (London Offshore Consultants) alınan bir uzman görüşüne temelinde,

¹²² Kriko kulelerinin ağır kaldırma kapasiteli gemilerle taşınmasının çekilmesinde (yaklaşık 20 kat) daha güvenli olduğu savunulmuştur. Ayrıca taşıma mesafesi en az 1,000 mil daha ucuz bir alternatiftir. FÖ, üst not 3, para. 186-189. Ayrıca bakınız DKÖ. Üst not 3, para. 268-273.

¹²³ 1982 Sözleşmesi'nin Madde 21(2)'sine de atıfta bulunulabilir. Bu madde, kıyı devletlerinin yabancı gemilerin yapımına ilişkin kanunlar ya da yönetmelikler çıkartılmasını, uluslararası standartları yürürlüğe koymuyorsa, yasaklamıştır.

¹²⁴ FÖ, üst not 3, Ekler 55 ve 54; DKÖ, üst not 3, para. 376-384.

¹²⁵ FÖ, üst not 3, Ekler 37 ve 38.

Danimarka önerdiği metodun 2.3 milyon ABD \$'na mal olacağını ve yaklaşık 4 haftalık bir teslimat gecikmesi meydana geleceğini ileri sürdü¹²⁶.

Mahkemenin daha fazla delil üretilmediği sürece tarafların sunduğu maliyet ve teslimat zamanı tahminlerini temel alarak bir karara varması oldukça zordu. Elbette mahkeme statüsü tarafından kendi uzmanlarının atanması olasılığı mevcuttu¹²⁷. Büyüklüğüne bakılmaksızın, ek maliyet ve süre uzatımı şüphesiz ki kolaylıkla Kopenhag Anlaşması ya da Cenevre Sözleşmesi tarafından temin edilen geçiş hakkı olarak yorumlanabilecek zararlar değildir. Ancak başka bir konu ise, adalet prensiplerinin böylesi ek maliyetlerle uğraşırken (özellikle Finlerin tepkisi göz önüne alındığında) taraflar arasında karşılıklı bir eşitlik inşa etme aracı olan bir temel önerip öneremeyeceğidir.

29 Temmuz 1991 tarihli Divan Kararı Temelindeki Müzakereler

Yukarıda belirtildiği gibi Divan Finlandiya'nın talep ettiği geçici tedbirleri reddetti. Bazı hâkimlerin tereddütlerine rağmen, Divan müzakere edilmiş bir sonuca varılmasını ümit etti ve tarafların barışçıl bir anlaşmaya ulaşmayı denemelerini tavsiye etti¹²⁸. Divan ayrıca davanın asıl kıymetine ilişkin seri karar alma ihtiyacına da vurgu yaptı. Dolayısıyla, iki taraftan da temsilcilerle görüşerek Divan davanın sadece bir tur yazılı savunma ile devam etmesi gerektiğine karar verdi ve sıkı son teslim günleri koydu; Finlandiya Dilekçesi (1991 Aralık sonu) ve Danimarka Karşı Dilekçesi (1992 Mayıs sonu).

1991, 12 Ağustos'da Reykjavik'de düzenlenen Kuzey Başbakanlar toplantısıyla bağlantılı olarak, "Baltık ve Kattegat arasındaki kanalla ilgili teknik alternatiflerin taslağının çizilmesi" adına iki ülkenin Dışişleri Bakanlığı üst düzey yetkilileri tarafından yönetilecek bir Dan-Fin çalışma grubunun kurulmasına karar verildi¹²⁹. Doğu Köprüsü'nün ya da Batı Köprüsü'nün açılması olasılığına, Sound'un derinleştirilmesine ve diğer teknik alternatiflere (örn; sondaj kulelerinde yapılacak değişiklikler) özel ilgi gösterildi.

¹²⁶ DKÖ. üst not 3, para. 389 ve Ek 45. U.A.D. Statüsü (Statute of the I.C.J.), madde. 50.

¹²⁷ Büyük Kemer'den Geçiş (Passage through the Great Belt) (Fin. v. Den.), 1991 I.C.J. at 20.

¹²⁸ Çalışma grubunun talimatı ve nihai kararı FÖ'de, üst not 3, Ek 72.

¹²⁹ Drogden'in altındaki projelene tünelin çatısı, Sound'dan bir sabit bağlantı yapma planı olan Danimarka-İsveç planında içerilmiştir ve deniz tabanından 11 metre yükseklikte olması planlanmıştır, bu sebeple kanalın 10 metreden daha fazla taraklanması imkansız hale gelmiştir.

Çalışma grubuna iki taraftan da teknik ve seyrüsefer uzmanlarının yanısıra avukatlar da katılmıştır. Ancak görüşmeler sırasında iki ülkenin tutumlarında önemli bir yakınlaşma meydana gelmemiştir. Danimarka Doğu Kanalı'ndaki düşük temiz açıklığını ek 3.8 metre ile arttırmaya ve Sound'daki Drogden kanalını mevcut 7.7 metreden 10 metreye taraklama imkanı üzerinde çalışmaya hazır olduğunu belirtmiştir¹³⁰. İki öneri de Finlandiya tarafından yetersiz görülmüştür. Birçok tip yarı batabilenin 10 metreyi aşan draftları varken, kriko kuleleri yaklaşık 200 metre yüksekliğe ulaşmaktaydı. Finlandiya Doğu Köprüsü'nün 180 olan genişliğinin açılır kapanır köprü ile 200'e çıkarılmasını önermiştir. Danimarka ekonomi, güvenlik ve seyrüsefer nedenlerinden buna karşı çıkmıştır¹³¹. Fin tarafı sadece iki alternatiften kısaca bahsetmiştir: Batı Köprüsünün derinleştirilmiş Batı Kanalı ile birlikte açılması ve tünel alternatifine geri dönülmesi. Danimarka ikinci alternatifi *önceden* red etmeye yaklaşmışken, zamanın kısıtlı oluşu bu konular üzerinde derinlemesine çalışma yapılmasını engellemiştir.

Çalışma grubunun raporu ortak bir tutum sergilememiştir. İki taraf da kendi önerilerini, diğer tarafın önerilerini eleştirerek sunmuştur. Çalışma grubu raporunu Kasım 1991'de teslim etti. Yukarıda belirtildiği gibi, Finlandiya'nın memorialı Divan'a Aralık sonunda sunulmuştur.

1992 baharında herhangi bir resmi müzakere gerçekleşmemiştir. Ancak Dan temsilciler RRO tarafında inşa edilen hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin geçişine Doğu Köprüsü'nün verdiği zararlarla ilgili bir sunumu dinlemek için RRO ve Repola'dan temsilcilerle bir araya gelmişler. Yukarıda belirtildiği gibi, Danimarka'nın karşı-önergesi Divan'a 1992 Mayıs sonunda sunuldu.

Haziran 1992 sonunda Danimarka bir kez daha Finlandiya ile iletişime geçmiştir ve Doğu Köprüsü'nün her bir sondaj kulesine verdiği somut zararı tazmin etmeye hazır olduğunu söylemiştir. Ardından "tazminat alternatifi" üzerindeki görüşmeler dışişleri bakanları direktörleri nezdinde, dış işleri bakanları nezdinde ve nihai olarak da iki ülkenin başbakanları nezdinde gerçekleştirilmiştir.

¹³⁰ Bu aşamada Finlandiya, açılır kapanır köprü için ek masrafın yaklaşık 60-80 milyon ABD \$ olacağını hesaplamıştır. Danimarka'nın hesaplamasında masraf oldukça fazla çıkmıştır (1.480-1,570 milyon Danimarka kronu). "Report of the Danish-Finnish Working Group" (veri yok), FÖ'de. üst not 3, Ek 72, husus. 2.1, 2.2.

¹³¹ Büyük Kemer'den Geçiş (Passage through the Great Belt) (Fin. v. Den.), 1991 I.C.J. 19.

Çözüme Ulaşılması

1992 yazından önce, Finlandiya sorunun çözümünün temeli olarak mali tazminat seçeneğini her zaman reddetmiştir. Köprü en azından 100 ya da 150 yıl kadar kullanılacaktı. Bu yüzden bu süre boyunca Finlandiya'ya verilecek zararı ve bunun sonucu olarak Danimarka'nın ödemesi gereken tazminat miktarını tahmin etmek imkânsızdı. Yine de Danimarka'nın geçici karar için sözlü savunmalar boyunca öne sürdüğü argümanlar doğası gereği bu davanın tek mümkün çözümünün eşdeğer bir tazminat olduğunu gösterme arayışında olmuşlardır. O zamanlar Finlandiya bunu kabul edemezdi ve seyrüsefer koşullarının olduğu gibi kalması için ısrar etmiştir. Divan de diğer bir çözümü göz ardı etmedi: köprü inşaatının kanala zarar vermeyecek şekilde değiştirilmesi¹³². Öte yandan seyrüsefer koşullarını eski şekliyle muhafaza etmek için sabit bağlantı planını değiştiremeye yönelik üç alternatifin de ciddi zorlukları bulunmaktaydı.

Anlaşmazlığın ilk safhalarında, Finlandiya Batı Köprüsü'nün açılmasını ve Batı Kanalı'nın bir derin su kanalına taraklanmasını önermiştir. Ancak bu öneri güvenlik ve çevresel riskler içerdiği için reddedilmiştir. Bir demiryolu köprüsüne açıklık inşa edilmesi (Doğu Köprüsünün aksine, Batı Köprüsü hem karayolu hem de demiryolu trafiğine sahipti) trenin raylardan sapıp, açıklığın olduğu yerdeki denize çarpması yönünde ciddi risk yaratırdı. Öte yandan Batı Kanalında yapılacak yoğun taraklama çalışmaları boğazda ve belki de tüm Baltık'da ciddi çevresel koşul değişikliği anlamına geliyordu¹³³.

1989'un başında Danimarka için hala mümkün olan tünel alternatifine dönmek, trafik için avantajlı olan ancak köprüyle örtüşmeyen tamamen farklı bir temel çözüme dönmek anlamına gelmekteydi. Delik demiryolu tüneliyle alakalı inşaat işinde olumsuz bazı deneyimler yaşanmıştı¹³⁴.

¹³² Finlandiya için, geçiş hakkını korumak adına taraklama işlemlerinin gerçekleştirilmesi konusunda ısrar etmek zor olmuştur. Finlandiya 1991 yılında resmi olarak Sound'da yapılacak sabit bağlantı için Danimarka-İsveç planının çevresel etkileriyle ilgili kaygısını ifade etmiştir. Başlıca kaygı, Danimarka boğazlarının taban koşullarının değişmesi ve bunun Kattegat ve Baltık arasındaki su akışında getireceği muhtemel değişiklikler olmuştur. Bu kaygıları ifade eden bir Finlandiya bildirisi Eylül 1991 tarihinde Baltık Deniz Çevre Koruma Komisyonu'na sunulmuştur ve FÖ'de içerilmiştir., üst not 3, Ek 16

¹³³ Mevcut yapım aşamasında olan demiryolu tüneli bir delme tüneldir ve Doğu Kanalı'nın altından geçen iki "tüp" bulunmaktadır. Kanalin taban koşullarına hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Fakat dört şeritli bir karayolu, bir delme tünel içerisine inşa edilememiştir (ve bir trenin de kullanacağı düşünüldüğünde kesinlikle olumsuz olmuştur). Deniz tabanında bir batık tünel olarak inşa edilmesi gerekirdi. Böylece kaçınılmaz bir şekilde deniz tabanını etkileyecek muhtemel ekolojik sonuçları ortaya çıkardı.

¹³⁴ Bu sebeple, teklif edilen çözümlerle ilişkili bir de çevresel sorun bulunmaktaydı.

Mahkeme köprüyü yasa dışı olarak değerlendirseydi, karayolu için tunnel seçeneği belki de tekrar dikkate alınmak zorunda olurdu. Bunu müzakerelerle başarmaksa imkansızdı.

1992'de Finlandiya'nın taleplerini karşılayabilecek üçüncü ve ciddi olarak hala üzerinde düşünülen tek alternatif Doğu Köprüsü'nün hareketli bir parça ile açılmasıydı. Ancak bu açıklık 1,624 metre uzunluğunda bir asma köprü olan Doğu Köprüsü'nün en üst kısmına inşa edilemezdi (elbette bir asma köprüye açma mekanizması takılamaz). Açıklık ya asma köprü'nün uçlarındaki yaklaşımlarında ya da oraya giden yollarda inşa edilebilirdi. Ancak bu durumda açıklık –Rota T- Büyük Kemer'in 15 metrelik derin su kanalı üzerine değil, boğazın daha düz bir kısmının üzerine inşa edilmiş olurdu. Doğal kanaldan açıklığın inşa edildiği kısma ek bir derin su kanalı taraklamak için ekstra çalışmaya ihtiyaç olurdu¹³⁵.

1992 ilkbahar ve yaz döneminde Finlandiya, Hollandalı tanınmış bir mühendislik danışma şirketiyle iletişime geçmiştir ve bu şirkete Doğu Köprüsü'nün boğazlarda çarpışma riskini arttırmamak bir şekilde açılmasına ve Doğu Köprüsü'nün makul sürede açılıp kapanmasına ilişkin bir çalışma hazırlatmıştır¹³⁶. Çalışma, açıklığın iki kısımlı “baskül köprü” olarak inşa edilmesini önermiştir. Bu öneri hem Finlandiya hem de Danimarka'nın kara trafiği ve seyrüsefer güvenliği talepleriyle uyum içerisinde olmuştur. Sorun ise bu alternatifin maliyetiydi. Yoğun taraklama ihtiyacından dolayı, bu değişikliğin maliyeti yaklaşık 250 milyon ABD \$'na çıkabilirdi. Özellikle de açıklığın yılda bir kereden fazla kullanılacağına dair hiçbir kanıt olmadığı düşünülürse, Danimarka böylesi yüksek maliyetli bir değişiklik üzerinde anlaşmaya hazır olmayabilirdi (eğer RRO'nun talimatları 1970 ve 1980lerin başındaki seviyelerine ulaşırsa).

1992 yazında, müzakere edilmiş bir sonucun ancak köprü'nün neden olacağı öngörülen zararın Danimarka tarafından Finlandiya'ya ödenmesi temelinde mümkün olacağı kesinleşmiştir. Bu sorunun iki ülke arasındaki karşılıklı ilişkilere getirdiği yükün ortadan kaldırılması isteğinin yanı sıra, diğer noktalar da nihai olarak Finlandiya'nın “tazminat seçeneğini” kabul etmesiyle alakalı görünmekteydi.

¹³⁵ *Dİ IV Environment and Infrastructure, Passage Through the Great Belt: Report on the Review of the Modification of the East Bridge (1992)*.

¹³⁶ Dördüncü bir potansiyel sorun da, dört vinç gemisinden 7.7 metreden fazla transit drafta sahip olan ve 65 metre yükseklikten fazla olanların balastlı olduklarında Baltık'a girmeye kalkışmaları olabilir. Bakınız DKÖ, üst not 3, para. 414-421.

Finlandiya'nın konuya ilişkin somut menfaatinin düzeyi belirsizleşmiştir. İki Karayip yelkenli kruvazörü dışında, direk uzunluğu 65 metreyi geçen alışıldık gemiler bulunmamaktaydı. Böylesi gemilerin üretimi, hatta ciddi manada, tasarımı bile mevcut değildi. Bu iki kruvazör bile Sound'dan Baltık'a kolayca ulaşabilirdi (draftları sadece 5 metre olduğu için). İstanbul Boğazı ve Panama Kanalı gibi kanallardan geniş limanlara giriş zaten 60 ve 70 metre arası yüksekliklerdeki köprüler ile sınırlıydı. Bu yerlere ulaşımı olamayacak gemiler inşa etmenin uygun olup olmadığı net değildi.

Mevcut ekonomik ve teknik bilgiler ışığında, Finlandiya'nın menfaati en başında savunduğu gibi kıyı gemilerinin geçişi sınırlıydı. Ancak bu gemilerin büyük bir kısmı yine de Sound'dan geçirilebilirdi. Yukarıda bahsedildiği gibi, kıyı gemilerinin geçişi için Sound'un ne kadar yararlı olacağına dair kesin tahminler sunmak imkansızdır. Finlandiya ve Danimarka, Dan boğazlarının koşullarında hareketli açık deniz sondaj ünitelerinin geçişi için ne kadar geniş bir güvenlik marjini (karina altı su çekimi) sağlanması gerektiğiyle ilgili çok farklı görüşlere sahipti. Kaç tane kıyı gemisinin Sound'a taşınabileceğini tahmin edebilmek için bu ölçümün Danimarka'nın istediği gibi 0.2 ile 0.5 metre arasında mı yoksa Finlandiya'nın iddia ettiği gibi 1 metre mi olması gerektiği önemliydi. Uygulamada bu konu, yerel koşullar da göz önünde bulundurularak, her zaman gemi kaptanının takdirinde bulunmaktaydı.

Hazar Denizi'nden Finlandiya'ya iç su yolları aracılığıyla getirilen dışında, RRO'nun inşa ettiği bütün hareketli açık deniz sondaj üniteleri Dan boğazları yoluyla teslim edilmiştir. Bazıları Sound'dan bazıları da Büyük Kemer'den geçirilmiştir. Taraflar arasında ya az ya da hiçbir anlaşmazlığın bulunmadığı bilgisi temelinde, Sound'un üç durumda soruna yol açtığı görülmekteydi¹³⁷. Birincisi, Sound'un derinliği ağır kaldırma kapasiteli gemiler (ve diğer büyük taşıyıcılar) üzerindeki krikoların tam olarak taşıyamazdı¹³⁸. Bu sorunla karşılaşmamak için krikoların Sound'dan çekilmesi gerekmekteydi. Bu daha yaygın ancak aynı zamanda ağır kaldırma kapasiteli gemilerle taşımaya oranla daha zararlı bir

¹³⁷ Örneğin Kone Oy adlı Finlandiya şirketi tarafından inşa edilen endüstriyel ve liman vinçleri 100 metre yüksekliğe ulaşabilir ve birden fazlasının taşındığında ağır kaldırma kapasiteli gemilerin 8 metre ya da fazla derinlikte batmasına sebep olabilir.

¹³⁸ Bu ikisinin maliyeti düşünüldüğünde, ağır kaldırma kapasiteli gemilerin kullanımı, başlangıçta çekmeden daha pahalı olmasına rağmen, mesafe 1,000 mil ya da daha fazla olduğunda ekonomik olarak cazip hale gelmektedir.

alternatifi¹³⁹. İkincisi, Sound'un derinliği RRO tarafından inşa edilmiş iticiler, dubaların altına eklenmiş bazı yarı bataabilen tiplerinin geçişi için uygun değildi. Bu sorun Sound'un en düz kısımlarından geçerken iticilerin sökülmesi ya da gemi Sound'dan çekildikten sonra bu iticilerin takılmasıyla aşılabilirdi. Üçüncüsü, eğer RRO ya da herhangi başka bir Baltık şirketi pantonların altından dışarı çıkan ek yapıları olmasa bile transit draftı 7.7 metreyi aşan kuleler (başka yerde mevcut) inşa etmeye başlarsa Sound sorun teşkil edecektir.

Bunlar 1992 yazında gerçekleşen müzakerelerde göz önüne alınan Finlandiya'da inşa edilen kıyı gemilerinin göreceği "somut zararlarla" ilişkili Danimarka'nın ödeme yapmayı önerdiği konular olmuştur. Nihai ödeme olan 90 milyon Danimarka kronu (yaklaşık 15 milyon ABD \$) ile bazı durumlarda Fin kıyı gemilerinin Sound'dan geçmesini kesin bir şekilde sağlamak için ihtiyaç duyulan değişikliklerin ek maliyet yaratabileceği ve bu maliyetin her gemi için 1 ile 4 milyon ABD \$'ı arasında değişebileceği dikkate alınmıştır.

Danimarka'nın çözüm için bu denli hazır olması kesinlikle Divan'ın nihai kararından doğacak sorunlar olmaksızın sabit bağlantıları inşa etmeye devam etme isteğine dayanmaktaydı. Danimarka'nın, Finlandiya için tek çözüm mali tazminatır, düşüncesini bir kenara bırakıp, tamamlanmış işlerin bozulma olasılığı dikkate alındığında, Divan hüküm verinceye kadar, karar devam eden inşaya ilişkin bazı çekinceler yaratmış olmalıydı.

Danimarka tarafında ise, kıyı gemilerinin Büyük Kemer'e geçiş hakkını kullanamaması yönündeki argüman hiçbir zaman Danimarka'ya Fin iddialarının geçersiz sayılacağına dair tam bir güven vermemiş gibi görünmekteydi. Danimarka, bazı önemli ülkelerin karasularındaki kıyı gemilerinin geçişine ilişkin devlet uygulamaları verilerine ve Finlandiya'nın anlaşma ve ulusal mevzuatlarına yönelik yaptığı incelemelere meydan okuyamamıştır ve şu sonuç ortaya çıkmıştır; kulelerin gemi olup olmadığına dair kavramsal soruyla ilgili görüş ne olursa olsun, kuleler yasa ve uygulamada herhangi bir zorlukla karşılaşmayarak geçiş haklarından işlevsel bir şekilde yararlanmaktadırlar. Sonuçta, Danimarka'nın barışı satın almak için ödediği miktar aşırı fazla da değildi.

¹³⁹ Bakınız Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği (North Sea Continental Shelf) (F.R.G. v. Den., F.R.G. v. Neth.), 1969 I.C.J. at 46- 47. Fakat bu durumda ihtilaf halindeki taraflar Divan'ın böylesi göstergeleri vermesini talep etmişlerdir.

Finlandiya'ya gelindiğinde ise, köprü planının değiştirilmesi seçeneğini sürdürmesindeki menfaati tamamen yok olmadıysa bile oldukça marjinal görünmeye başlaması ve aslında sabit bağlantının planlandığı gibi erken bitmesinde Finlandiya'nın menfaatinin tüm Dan toplumunun menfaatine oranla daha az olması Finlandiya'nın bir çözüme ulaşma isteğini arttırmıştır. Ayrıca Finlandiya'nın bu kesin tepkisinin öngörülebilir mahkeme kararı üzerindeki etkisiyle ilgili de bazı çekinceler vardı. Özellikle bir çeşit çözüme varılması hem gerçekçi hem de kaçınılmaya değerd.

Mahkeme Finlandiya'nın iddialarını mücerret olarak kabul etmiş, tespit hükmü vermiş ve gerekli teknik çözümün bulunması için gerçekleştirilen karşılıklı müzakerelere atıfta bulunmuş bile olsaydı, Danimarka'nın eşitlik ilkelerine uyumluluk hakkındaki görüşünü de kabul edebilirdi. Bu da mahkemeyi Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği seçeneğine yönlendirebilir ve gelecek müzakerelerde Finlandiya'nın haklarının nasıl garanti altına alınacağıyla ilgili belli eşitlik ilkelerinin dikkate alınmasını önerebilirdi¹⁴⁰. Bu ilkeler arasında değişiklik için gereken maliyete Finlandiya'nın da katılım zorunluluğu da olabilirdi (belki de % 50'e kadar). Değişikliklerin maliyeti Finlandiya'nın kendi hesaplarına göre bile 250 milyon ABD dolarına ulaşabileceği için, bu seçenek çok da çekici değildi.

Çözüm ciddi olarak Doğu Köprüsünün Finlandiya'ya verebileceği somut zararlar üzerinde düşünmeyi gerektiriyor. Zarar mevcut ekonomik bilgi, teknoloji ve inşa yapıları temelinde hesaplandığında, gelecekte gemi ya da kıyı teknolojisindeki gelişmeler veya mevcut hallerine oranla daha büyük gemiler üretmenin avantajlı bir hale geleceği şekilde Fin (aslında Baltık) limanlarının rekabet gücündeki değişiklikler göz önüne alınmadan hesaplanmaktadır. Diğer yandan ise, bu gelişmeler RRO ve onun ana şirketi Repola Oy tarafından fark edildi ve kendi kıyı sektörlerini Eylül 1992'de Norveçli şirket Norske Vekst A/S ile birleştirerek, RRO için gerekli olduğunda inşa işlerini Norveç Kuzey Su kıyılarına taşıma yolunu açtılar¹⁴¹.

¹⁴⁰ 15 Eylül 1992 tarihli anlaşma tarafından Finlandiyalı Repola kaygısı ve Kuzey Denizi'nde RRO'ya değiştirme, tamir etme ve ayrıca kulelerin inşası için zemin teklif eden bir şirketin (Ruama-Framnas) %50 hissesiyle kurulan Norveçli Norske Vekst A/S. Bakınız *Kaupalehti* (Helsinki), 19 Eylül 1992, 3.

¹⁴¹ Notun İngilizce Çevirisine göre, "direk yüksekliği en az 65 metre olan gemilerin serbest geçişlerine kanaldaki köprü ayaklarının serbest yüksekliğinin izin vermesi özellikle gereklidir." DÖ, üst not 3, Ek 14.

Dan-Fin çözümüne Kuzey işbirliği ruhu içerisinde ve tarafların menfaatleri akılda tutularak ulaşıldı. Ancak uluslararası bir perspektiften bakıldığında, mahkemeye uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan geçişle alakalı kanunun netleştirme olanağı verilmedi. Özellikle de, kıyı ülkesinin böylesi bir boğazın üzerine köprü inşa etme hakkı ile ilgili herhangi bir emsal belirlenmemiştir. Böylesi köprü planları en azından Cebelitarık ve Messina boğazları için mevcuttu. Mahkeme petrol kulesi, sondaj gemisi ya da büyük kargoların taşınması için özel gemiler ve bunlarla alakalı transit geçit ya da zararsız geçiş hakkının uygulanabilirliğini netleştirmesine de izin verilmedi. Bir ölçüde bu sorular hala netliğe kavuşmuş değil.

Çözümle birlikte, Finlandiya net olarak Dan köprü planının tamamlanmasını kabul etti. Çözümün diğer Baltık devletlerinin – ya da diğer üçüncü ülkelerin – Kattegat ve Baltık arasındaki geçiş hakkı üzerinde nasıl bir etkisi olacağı sorulabilir. Aslında 11 Aralık 1992'deki kırk yedinci BM Genel Kurulu'nda deniz kanunu maddeleri üzerinde yapılan görüşmeler boyunca Rusya Büyük Kemer üzerine inşa edilecek köprü açısından karşılıklı faaliyetlerin herkesin üzerinde yaratacağı etkilerle ilgili çekincelelerini dile getirmişti.

104

Anlaşma kanununa göre, Danimarka ve Finlandiya arasında yapılan bir anlaşma üçüncü devletlerin görev ve hakları üzerinde kendiliğinden etkiye sahip olamaz. Diğer yandan, Büyük Kemer'den geçiş hakkı tam bir üstün hukuk normu (*jus cogens*) değildir ve bu nedenle tarafların anlaşma ile sapamayacakları (*inler partes*) bir konudur. Üçüncü devletlerin Dan köprü projesiyle ilişkili hangi haklara sahip olabileceği sadece her bir devletin projeye alakalı tutum ve durumları dikkate alınarak cevaplanabilir. Bu kapsamlı bir şekilde burada yapılamaz, ancak bunun kabul edilmesi yönündeki argüman karşısında bazı ülkelerin zayıf olduğu açıktır. 1977, 1987 ve 1989 yıllarındaki Danimarka tebligatları Kopenhag'daki tüm büyükelçiliklere gönderilmiştir. Yalnızca Polonya ve eski Sovyet Birliği yanıt verdi; Polonya Danimarka'nın köprü inşa etmeye hakkının olmaması iddiasına karşı çıkmamış gibi görünürken, eski Sovyet Birliği'nin 29 Mart 1978 tarihli yanıtı neredeyse 65 metrenin yeterli bir düşey temiz açıklık sağlayacağını bildirmişti¹⁴². Finlandiya başvuruda

¹⁴² Uluslararası Denizcilik Örgütü Konseyi 66. Oturum (Council of the International Maritime Organization, 66th Sess.), *Provisional Summary Record of its First and Second Meetings, 10 June 1991*, IMO Doc. C 66/SR/PROV (1991), yeniden baskı FÖ, üst not 3, Ek 29 ve Council of the International Maritime Organization, 66th Sess., *Decision Adopted on 21 June 1991*. IMO Doc. C 66/D (1991), yeniden baskı FÖ'de, üst not 3, Ek 30.

bulduğu zaman, bazı ülkeler konuya gayri resmi bir ilgi gösterdiler, özellikle de geçiş hakkı üzerindeki olası etkileri konusunda. Ancak hiçbir Divan Statüsü Madde 62 altında ilgilerini göstermek adına Divan'dan önce davaya müdahale edecek kadar ileri gitmemişti. Eski Sovyet Birliği temsilcisi konuyu Uluslararası Denizcilik Örgütü Konsey'ine getirmişti. Ancak bu Fin başvurusundan sonraydı. Konsey, dava Birleşmiş Milletler'in temel yargı organında beklerken konuyla ilgili harekete geçmekten çekinmişti¹⁴³.

Davanın çözüme varması tüm süre boyunca Danimarka ve Finlandiya hükümetlerinin elindeydi. Nihai çözüme iki kuzeyli komşusun arasındaki ilişkilerle alakalı siyasi hususlara vurgu yapılarak ulaşılmıştı. Bununla birlikte genel devlet uygulamasının bir parçası olarak çözüm değersiz olamaz. Ancak ülkelerin ödemenin yasal doğasıyla ilgili görüşleri birbirinde farklıydı. 3 Eylül 1992 tarihli Finlandiya Dışişleri Bakanlığı basın bülteninde Danimarka'nın ödemesine açıkça "tazminat" olarak hitap edilmiştir.¹⁴⁴ Danimarka Dışişleri Bakanlığı ise ödemenin hiçbir Fin hakkına atıf olmaksızın, nezaketen yapıldığını iddia etmişti¹⁴⁵. Danimarka'nın olası diğer tazminat iddialarıyla ilişkili örnek teşkil edebilecek çözüm için ödediği miktarı hesaba katmama isteği anlaşılabilir. Yine de çözüm uluslararası seyrüsefer için kullanılan bir boğazın seyrüsefer koşullarında değişiklik yapma yetkisini boğazı olan devlete vermek için nispeten sıkı Standartları açık bir şekilde desteklemektedir. En azından boğazların temel kullanıcıları arasında bir anlaşma olmasını destekler niteliktedir. Bu anlaşma açıkça yazılmamış ya da kabullerden çıkarılan anlamlardan oluşabilir ve bazen kullanıcıların hakları kısıtlandığında ödenmesi gereken miktar içerebilir. Bunun uygulandığı ilk durum üçüncü devletlerle seyrüsefer açısından değil de çevresel açıdan alakalı bir proje olan, Sound üzerinde sabit bir bağlantı inşa edilmesi yönündeki Danimarka-İsveç projesiyle alakalı görülebilir.¹⁴⁶

¹⁴³ Dışişler Bakanlığı, Basın Bildirisi No. 281 3 Eylül 1992), Ek I.

¹⁴⁴ Danimarka Dışişleri Bakanlığı, Basın Bildirisi No 88/1992 (veri yok), Ek 2. İlgili bölüm şunu belirtmektedir: "Uzlaş, davanın hukuki unsurlarına ilişkin konum belirtmemektedir, buna sadece Uluslararası Adalet Divanı tarafından karar verilebilmektedir. Bu sebeple ödenen miktar, herhangi bir Finlandiya hakkının ihlali için tazminat değil, davada dostane bir uzlaş elde etmek için teklif edilen bir miktardır" (yazarın çevirisi).

¹⁴⁵ Danimarka Dışişleri Bakanlığı, Basın Bildirisi No 88/1992 (veri yok), Ek 2. İlgili bölüm şunu belirtmektedir: "Uzlaş, davanın hukuki unsurlarına ilişkin konum belirtmemektedir, buna sadece Uluslararası Adalet Divanı tarafından karar verilebilmektedir. Bu sebeple ödenen miktar, herhangi bir Finlandiya hakkının ihlali için tazminat değil, davada dostane bir uzlaş elde etmek için teklif edilen bir miktardır" (yazarın çevirisi).

¹⁴⁶ Bakınız FÖ, üst not 3, Ek 16.

Ek 1

Finlandiya Dışişleri Bakanlığı, Basın Bildirisi No. 218, 3 Eylül 1992
(Fince'den çeviri)

Finlandiya ve Danimarka, Büyük Kemer Köprüsü hususunda Dostane bir Uzlaşmaya Varırlar.

Uzun süren yoğun müzakereler sonrasında Finlandiya ve Danimarka bugün, Büyük Kemer köprüsü hususunda dostane bir uzlaşmaya varmışlardır. Uzlaşının hükümlerine göre Danimarka, Finlandiya'ya toplam 90 milyon Danimarka kronu (yaklaşık 63 milyon Fin markkası) tazminat ödeyecektir.

Finlandiya'ya göre Büyük Kemer derin deniz kanalı köprüsü, petrol kulelerinin Baltık Denizi'nden Kuzey Denizi'ne geçişine engel teşkil edecektir. Bu sebeple Finlandiya, meseleyi Mayıs 1991 tarihinde Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanına taşımıştır. Uzlaşının bir sonucu olarak Finlandiya davayı Divan'dan geri çekmiştir.

Büyük Kemer'den daha sığ olan Sound alternatif boğazının kullanılabilirliğini artırma meselesi, Sound üzerine köprü inşa etmek için Danimarka-İsveç planı çerçevesinde, yeri geldiğinde görülecektir.

Ek 2

Danimarka Dışişleri Bakanlığı, Basın Bildirisi No. 88/1992 (veri yok)
(Danca'dan resmi olmayan çeviri)

Dışişleri bakanlığı beyan etmektedir:

Köprü Davasında Varılan Uzlaş

Finlandiya ve Danimarka Başbakanları, Büyük Kemer'den geçiş hakkına ilişkin Finlandiya tarafından Danimarka'ya karşı Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanına taşınan dava üzerine, bugün nihai bir uzlaşmaya varmışlardır.

Uzlaşmaya göre, Danimarka toplam 90 milyon Danimarka kronu ödeyecek ve Finlandiya başvurusunu geri çekecektir.

Finlandiya, Büyük Kemer'in Doğu Kanalı üzerinden geçecek yüksek düzeyli köprüde, Finlandiya'nın petrol kulelerinin tam kurulu şekilde geçişine izin verecek bir açıtın—açılır kapanır köprü—olması gerektiğini

ortaya koymuştur. Böylesine açılır kapanır bir köprünün yapımının getireceği risklere dayanarak, maliyet 1 milyar Danimarka kronuna çıkmış olacaktı.

Şimdi ulaşılan uzlaşıyla beraber, Danimarka'nın bu zamana kadar yürüttüğü en büyük trafik, tüzel ve mühendislik projesi olan Büyük Kemer projesi, Danimarka tarafından planlandığı gibi yürütülecektir. Bu bağlamda, 1977 yılında ilk bildirisinin gönderilmesini takiben başka hiçbir devletin projeye itiraz etmediği belirtilmelidir (1978 yılında bildiriye cevaben, yüksekliğin asgari 65 metre olmasını öneren eski Sovyetler Birliği dışında).

Uzlaş, sadece Uluslararası Adalet Divanı tarafından karar verilebilecek olan, davanın hukuki unsurlarına istinaden bir tutum belirtmemiştir. Bu sebeple, verilen miktar Finlandiya'nın herhangi bir hakkının ihlaline ilişkin bir tazminat değil, davada dostane bir uzlaş sağlama gerekçesiyle teklif edilen bir miktardır.

Uzlaş, 22 Temmuz 1991 tarihli Uluslararası Adalet Divanının bildirisinin takibi niteliğinde de görülebilir. Bu suretle; Divan, Doğu Köprüsü projesinin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin Finlandiya talebini dava görülme aşamasındayken oybirliğiyle reddetmiştir, fakat taraflar arasında dostane uzlaşının sağlanması adına yapılacak müzakereleri hoş karşılayacağını belirtmiştir.

Danimarka Hükümeti, ihtilafın dostane bir biçimde ve Nordik işbirliği içerisinde uzlaştırılmasını memnuniyetle karşılamaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GELECEĞİNE İLİŞKİN ÜST DÜZEY KONFERANS (BRIGHTON DEKLARASYONU)

(Gayri resmi tercüme)*

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Birleşik Krallık Dönem Başkanlığı'nın inisiyatifinde 19 ve 20 Nisan'da Brighton'da yapılan Üst Düzey Konferans ("Konferans") aşağıdaki deklarasyonu sunar:

1. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye ("Sözleşme") Taraf Devletler; Sözleşme'ye ve Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri yargı yetkileri dahilinde herkese sağlama hususundaki yükümlülüklerini yerine getirme konusuna duydukları derin ve sonsuz bağlılıklarını teyit ederler..

2. Taraf Devletler ayrıca, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri koruyan sistemin temel taşı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("Mahkeme") bireysel başvuru hakkına bağlılıklarını yineler. Mahkeme, 50 yıldan daha fazla süredir Avrupa'da insan haklarının korunmasına büyük katkıda bulunmuştur.

3. Taraf Devletler ve Mahkeme; ikincillik prensibinin dayanağını oluşturduğu Sözleşme'nin etkin şekilde uygulanmasını gerçekleştirmek amacıyla sorumluluğu paylaşmaktadır. Sözleşme, Devletlerin hâkimiyet eşitliği ilkesiyle birlikte bu temeller üzerinde düzenlenmiştir. Taraf Devletler Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı göstermek ve ihlalleri ulusal düzeyde ortadan kaldırmak zorundadır. Mahkeme, ulusal düzeyde çözülmeyen ihlaller için korumacı durumundadır. Taraf Devletler, Mahkeme'nin bir ihlal tespit etmesi halinde, Mahkeme'nin nihai kararına uymak zorundadır.

4. Taraf Devletler ve Mahkeme, ayrıca Sözleşme mekanizmasının uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla sorumluluğu paylaşırlar. Taraf Devletler bunu yerine getirebilmek amacıyla; Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ile İnsan Hakları Komiseri ve Avrupa Konseyi'nin diğer kuruluşları ve organlarının önemli çalışmalarından da ya-

* Tercüme, <http://www.basin.adalet.gov.tr/etkinlikler/etkinlik2012/brighton/deklarasyon.html> uzantılı web adresinden alınmıştır.

rarlanarak ve sivil toplum ve Ulusal İnsan Hakları Kuruluşları ile işbirliği yaparak, Mahkeme ile ortaklaşa çalışmaya kararlıdır.

5. İnterlaken'deki Üst Düzey Konferans ("İnterlaken Konferansı") 19 Şubat 2010 tarihli Deklarasyonunda; Mahkemeye yapılan ve reddedilen başvurular arasındaki farkın büyümeye devam ettiğini endişeyle bildirmiş; bu durumun Sözleşme'nin ve denetim mekanizmasının etkinlik ve güvenilirliğine zarar verdiğini ve Mahkeme'nin içtihadı ve otoritesinin kalite ve tutarlılığına tehdit oluşturduğunu düşünmüştür. İzmir'deki Üst Düzey Konferans ("İzmir Konferansı") 27 Nisan 2011 tarihli Deklarasyonunda, İnterlaken Konferansı'ndan sonra kaydedilen somut gelişmeyi memnuniyetle karşılamıştır. Taraf Devletler bu konferansları düzenlemelerinden dolayı, Bakanlar Komitesi İsviçre ve Türk Başkanlıklarına ve eylem planı ve izleme planlarını hazırlamaya yardımcı olan herkese minnettardır.

6. Mahkeme tarafından özellikle etkinliği artırmak ve önünde bekleyen açıkça kabul edilemez başvuruların sayısını ele almak amacıyla alınan önlemlerin sonucu olan, 14 Nolu Protokol çerçevesinde şimdiye kadar alınmış sonuçlar ümit vericidir. Ancak, Mahkeme önünde bekleyen sağlam gerekçelere dayanan başvuruların sayıca artması endişe uyandıran ciddi bir sorundur. Sözleşme ve Mahkeme'nin şimdiki durumu ışığında, İnterlaken ve İzmir Konferansları tarafından öngörülen ilgili adımların uygulanmasına devam edilmeli; 14 Nolu Protokolün olanaklarından yararlanılmalıdır. Ancak, İzmir Konferansı'nda belirtildiği gibi, 14 Nolu Protokol tek başına Sözleşme sisteminin yüzleştirdiği sorunlara kalıcı ve kapsamlı bir çözüm sağlamayacaktır. Bu nedenle, Sözleşme sisteminin etkin kalmasını ve Avrupa'daki 800 milyon insanın hak ve özgürlüklerini korumaya devam edebilmesini sağlamak amacıyla daha fazla önleme ihtiyacı duyulmaktadır.

A. Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanması

7. Sözleşme'nin ulusal düzeyde tam olarak uygulanması, Taraf Devletlerin ihlallerin önüne geçmek için etkin önlemler almasını gerektirmektedir. Sözleşme'ye tam etkinlik verecek şekilde tüm kanun ve politikalar düzenlenmeli ve tüm Devlet görevlileri sorumluluklarını yerine getirmelidir. Ayrıca Taraf Devletler Sözleşme'nin ihlal edildiği iddialarına ilişkin başvurulabilecek yolları aranabileceği sağlamalıdır. Yerel mahkemeler Sözleşme'yi ve Mahkeme içtihadını dikkate almalıdır. Bu önlemler hep birlikte Sözleşme ihlallerinin sayısını düşürebilir. İş yükünün azalmasına

yardım ederek, Mahkeme'ye sunulan ve sağlam gerekçelere dayanan başvuruların sayısını azaltacaktır.

8. Avrupa Konseyi insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanlarındaki çalışmalarının bir parçası olarak, Sözleşme'nin ulusal anlamda uygulanmasına yardım etme ve desteklemede önemli bir rol oynamaktadır. Avrupa Konseyi veya iki taraflı şekilde diğer Taraf Devletlerce, talep üzerine, Taraf Devletlere teknik yardım sağlanması, iyi uygulamaların yayılmasına yol açar ve Avrupa'daki insan haklarına uyma standartlarını yükseltir. Avrupa Konseyi tarafından verilen destek, kuruluşun çalışmalarıyla uyumlu bir şekilde, belirlenen neticelere ilişkin olarak etkin bir biçimde sağlanmalıdır.

9. Bu nedenle Konferans:

a) Taraf Devletlerin Sözleşme'yi ulusal düzeyde uygulama asli sorumluluğunu yerine getirme konusundaki taahhüdünü teyit eder.

b) Taraf Devletleri, Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanması konusundaki tavsiyelerini, Sözleşme'yi uygulamak amacıyla mevzuat, politika ve uygulamalarının gelişmesinde, tam olarak dikkate almaya devam etmeye teşvik eder;

c) Özellikle, aşağıdaki ilgili bazı önlemleri alan Taraf Devletlerin, Sözleşme'nin ulusal düzeyde etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak konusundaki kararlılığını vurgular.

i) Şimdiye kadar yapılmadıysa, bağımsız bir Ulusal İnsan Hakları Kuruluşu - kurulmasının düşünülmesi;

ii) Ulusal parlamentolara Hükümet tarafından önerilen taslak birincil mevzuatın Sözleşme'ye uygunluğu konusunda bilgi sunarak, politikaların ve mevzuatın Sözleşme'ye tam olarak uygun olduğunu garanti etmek amacıyla işlevsel önlemler uygulanması;

iii) Gerekli olması durumunda, Sözleşme çerçevesindeki hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarına ilişkin özel veya genel mahiyetteki yeni iç hukuk yollarının uygulanması;

iv) Mahkeme'nin içtihatları dikkate alınarak; ulusal mahkemelerin, yargılamaları yürütürken ve karar verirken Sözleşme'nin ilgili ilkelerini dikkate almasının sağlanması ve desteklenmesi ve özellikle, uygun ulusal yargı usulü çerçevesinde ancak gereksiz engeller olmaksızın, davacıların ulusal

mahkemelerin dikkatini Sözleşme'nin ilgili hükümlerine ve Mahkeme'nin hukuk sistemine çekmesinin sağlanması;

v) Kamu görevlilerine Sözleşme çerçevesindeki yükümlülükler hakkında bilgi sağlanması; özellikle adalet sisteminde çalışan, kanun uygulanmasından veya kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından sorumlu kamu görevlilerinin Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceği konusunda eğitilmesi;

vi) Hâkim, savcı ve avukatların çalışması, eğitimi ve profesyonel gelişiminde Sözleşme hakkında uygun bilgi ve eğitim sağlanması;

vii) Potansiyel başvuranlara Sözleşme hakkında, özellikle Sözleşme'nin korumasının kapsamı ve sınırı, Mahkeme'nin yargı yetkisi, kabul edilebilirlik kriterleri ile ilgili bilgi sağlanması.

d) Eğer henüz yerine getirilmemişse, Taraf Devletleri aşağıdakileri yapması için teşvik eder:

i) Gerekli olduğu hallerde, uygun şekilde dikkate alınmaları için Mahkeme'nin önemli kararlarının ulusal dillere çevrilmesi veya özetlenmesinin sağlanması;

ii) Mahkeme'nin Kabul Edilebilirlik Kriterleri Hakkındaki El Kitabı'nın ulusal dillere çevrilmesi;

iii) Avrupa Konseyi'nin insan hakları programlarına veya İnsan Hakları Güven Fonu'na gönüllü katkılarda bulunulması.

e) Tüm Taraf Devletleri teknik yardımı tam anlamıyla kullanmaları ve Avrupa'daki insan haklarının tam olarak korunması için açık işbirliği halinde çift taraflı olarak, talep üzerine, teknik yardım almaları ve vermeleri için teşvik eder.

f) Bakanlar Komitesi'ni aşağıdakileri yapmaya davet eder:

i) Teknik yardıma en çok ihtiyaç duyan Taraf Devletlere talep edilen teknik yardımın en iyi hangi şekilde sağlanabileceği konusunda karar verilmesi

ii) Yukarıdaki c(iv) ve (v) bentlerine istinaden, iç hukuk yolunun etkili şekilde uygulanmasına dair kılavuz hazırlanması.

iii) Yukarıdaki c(vii) bendine istinaden, Taraf Devletlerin; Devlet'in Sözleşme çerçevesindeki yükümlülükleri hakkında kamu görevlilerini bilgilendirmek amacıyla kullanabilecekleri bir kılavuz hazırlanması.

g) Genel Sekreteri aşağıda belirtilenleri geliştirmek amacıyla, Taraf Devletlere Bakanlar Komitesi aracılığıyla, işlevsel yollar önermeye davet eder:

i) Avrupa Konseyi teknik yardım ve işbirliği programlarının yaygınlaştırılması.

ii) Yardım sağlanmasında, çeşitli Avrupa Konseyi aktörleri arasındaki koordinasyon.

iii) Mahkeme'nin belirli kararları dikkate alınarak, iki taraflı şekilde tüm Taraf Devletler için mevcut olan teknik yardımın hedef olarak belirlenmesi

h) Mahkeme'yi ulusal dillere çevrilmesini özellikle önereceği kararları belirtmeye davet eder.

i) Özellikle ortak programların etkin şekilde uygulanması ve bu alanda kendi öncelikleri arasındaki uyumun sağlanması amacıyla Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği arasındaki işbirliğinin önemini vurgular.

B. Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki etkileşim

10. Sözleşme'ye Taraf Devletler yargı yetkileri dahilinde; Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri herkese sağlamakla ve hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes için ulusal bir makam önünde etkin bir hukuk yolu sağlamakla yükümlüdür. Mahkeme yetkili olarak Sözleşme'yi yorumlar. Ayrıca ulusal düzeyde hak ve özgürlükleri korunmayan bireyler için korumacı durumundadır.

11. Mahkeme'nin hukuk sistemi, Taraf Devletlerin, davanın koşullarına ve bağlı hak özgürlüklere dayanarak, Sözleşme'yi ne şekilde tatbik ettikleri hususunda bir takdir yetkisinden faydalandıklarını belirtmektedir. Bu, Sözleşme sisteminin, insan haklarını ulusal düzeyde korumaya göre ikincil olduğunu ve ulusal yetkili makamların yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeden kural olarak daha iyi bir şekilde tayin edildiğini yansıtmaktadır. Sözleşme sistemi uyarınca, takdir yetkisi, sürekli denetime tabi tutulmaktadır. Bu hususta, Mahkeme'nin görevi, ulusal yetkili makamların, Devletin takdir yetkisini dikkate alarak, aldıkları kararların Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını gözden geçirmektir.

12. Bu nedenle Konferans:

a) Mahkeme'nin, ikincillik ve takdir yetkisi gibi ilkelere yönelik içtihadını geliştirmesini memnuniyetle karşılar ve Mahkeme'yi bu ilkelere büyük önem vermeye ve kararlarında bu ilkeleri sürekli olarak uygulamaya teşvik eder.

b) Mahkeme'nin içtihadında geliştirildiği üzere, şeffaflık ve ulaşılabilirlik nedeniyle, ikincillik ilkesine ve takdir yetkisi doktrinine atıfta bulunularak, Mahkeme açısından Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması görevinde yol gösteren ilkeler olarak Sözleşme'nin giriş bölümünde yer verilmesi gerektiğine karar verir; Taraf Devletlerin Sözleşme'de tanımlanan haklar ve özgürlükleri güvence altına almaya dair yükümlülüklerini yerine getirmeye ilişkin taahhütlerini anımsatırken Bakanlar Komitesi'ni gerekli değişiklik yapan yasayı 2013 yılının sonuna kadar kabul etmeye davet eder,

c) Sözleşme'nin uygulanması hususunda, Mahkeme ve Taraf Devletlerin, ortak sorumluluklarını yerine getirmelerine ilişkin olarak, kendi görevlerinin pekiştirilmiş anlayışını geliştirmek suretiyle aralarında yaptıkları açık diyalogları memnuniyetle karşılar ve teşvik eder; özellikle de Mahkeme ve şu makamlar arasındaki diyalogları memnuniyetle karşılar ve teşvik eder:

i) Taraf Devletlerin en yüksek mahkemeleri;

ii) İkincillik ilkesi ve Mahkeme içtihadının anlaşılabilirliği ve tutarlılığı konularında; Bakanlar Komitesi; ve

iii) özellikle usule ilişkin konularda ve müzakere yoluyla Mahkeme İçtüzüğü'nün değiştirilmesi teklifi konularında; Hükümet Temsilcileri ve Taraf Devletlerin hukuk danışmanları;

d) Mahkeme ve ulusal yetkili makamlar arasındaki etkileşimin, Sözleşme'de Mahkeme'ye bir yetki daha verilmesi ile güçlendirilebileceğini belirtir; ki bu yetki, Taraf Devletlerin isteğe bağlı olarak kabul edebileceği, diğer Taraf Devletleri bağlayıcı olmayan niteliğine hanel getirmeksizin, ulusal düzeydeki belirli bir dava kapsamında talep üzerine Sözleşme'nin yorumlanmasına dair istişari görüş sunmaktır; Bakanlar Komitesi'ni 2013 sonuna kadar Sözleşme'ye ek seçimlik protokolünün metnini bu bağlamda düzenlemeye davet eder; ve ayrıca Bakanlar Komitesi'ni bu protokolü kabul etmeye karar vermeye davet eder;

e) İzmir Konferansı'nın, Bakanlar Komitesi'ni, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca geçici tedbir sorusunu daha fazla düşünmeye davet

ettiğini hatırlatır; Bakanlar Komitesi'ni, sayılarında ciddi bir artışın olup olmadığı konusunda ve geçici tedbirin uygulandığı başvurular ile şu an hızlı bir şekilde ilgilenip ilgilenilmediği konusunda değerlendirme yapmaya; ve gereken eylemleri sunmaya davet eder.

C. Mahkeme'ye yapılan başvurular

13. Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme sisteminin temel bir taşıdır. Mahkeme'ye bir başvuru sunma hakkı, uygulamada gerçekleştirilebilir olmalıdır ve Taraf Devletler, hiçbir şekilde bu hakkın etkili bir şekilde kullanımını engellemediklerinden emin olmalıdırlar.

14. Sözleşme'nin 35. maddesindeki kabul edilebilirlik kriterleri, Mahkeme'nin hangi başvuruları esasları bakımından incelemesi gerektiğini belirler. Mahkeme'nin, ilke veya ihlalin öneminden dolayı ele alınması gereken davalara yoğunlaşmasını temin etmek için, Mahkeme'ye işlevsel araçlar sağlamalıdır. Başvuruların kabul edilebilirliği hususunda karar vermek Mahkeme'nin kanaatindedir. Bunu yaparak, Mahkeme'nin, Sözleşme sisteminin kesinliğine olan güveni pekiştirmek ve kendi iş yüküne gereksiz baskının uygulanmasını önlemek amacıyla, kabul edilebilirlik kriterlerini kesin ve sürekli olarak uygulamaya devam etmesi önemlidir.

15. Bu nedenle Konferans:

a) Sözleşme'nin 35(1) maddesi uyarınca, Mahkeme'ye başvuru yapma süresinin kısaltılmasına ilişkin Mahkeme'nin önerisini memnuniyetle karşılar; [dört] aylık bir sürenin uygun olduğuna karar verir; Bakanlar Komitesi'ni gerekli değişiklik yapan yasayı 2013 yılının sonuna kadar kabul etmeye davet eder;

b) Mahkeme tarafından öngörülen, Sözleşme'nin 35(1) maddesinde yer alan süre sınırının daha katı bir şekilde uygulanmasını memnuniyetle karşılar; ve hem adaletin etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek hem de Mahkeme ve ulusal yetkili makamların rollerini korumak amacıyla, kendi yargı yetkisi kapsamına ilişkin kurallar dahil olmak üzere tüm kabul edilebilirlik kriterlerini tamamıyla, sürekli olarak ve öngörülebilir olarak uygulayan Mahkeme'nin önemini vurgular;

c) "bir yerel mahkeme tarafından usulüne uygun olarak değerlendirilmemiş hiçbir davanın bu koşulda reddedilememesi halinde" ifadesini ortadan kaldırmak için Sözleşme'nin 35(3)(b) maddesinin değiştirilmesi gerektiğine karar verir; ve Bakanlar Komitesi'ni gerekli değişiklik yapan yasayı 2013 yılının sonuna kadar kabul etmeye davet eder;

d) Mahkeme'nin başvurunun Sözleşme ile güvence altına alınan hakları Mahkeme yerleşik içtihadı doğrultusunda takdir yetkisi ile uygulayan yerel mahkeme veya diğer uygun merciler tarafından usulüne uygun olarak değerlendirilmiş bir şikayete neden olduğunu düşündüğü ölçüde, Mahkeme başvurunun Sözleşme'nin yorumlanmasını ve uygulanmasını etkileyen ciddi bir soruna neden olduğunu etmedikçe bir başvurunun Sözleşme'nin 35(3)(a) maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olarak kabul edilmesi gerektiğini teyit eder; ve Mahkeme'yi bu tür başvuruları kabul edilemez olarak beyan ederken, bu bağlamdaki içtihadını gerektiği gibi açıklayarak, katı ve tutarlı bir yaklaşımda bulunma gereksinimini dikkate almaya teşvik eder;

e) Mahkeme'nin, usulleri ve özellikle de kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin olarak başvuranlara verilecek bilgiye yönelik geliştirilmiş hükmünü memnuniyetle karşılar;

f) Mahkeme'nin davaya konu olan bir iç hukuk yolunun etkililiği hususunda hükmetmesine yönelik özel bir yararın olması halinde, Mahkeme'yi, davalı Hükümet'in talebi üzerine kabul edilebilirliğe ilişkin verilecek ayrı bir karar için İchtüzüğünde özel bir madde hazırlamaya davet eder.

g) Bir iç hukuk yolunun mevcut olması halinde, bir başvuranın, ulusal mahkemeler önünde, Sözleşme'de yer alan hakların ihlal edildiğini iddia etmesini ve iç hukukun eşdeğer bir hükmünü savunmasına olanak sağlamak amacıyla, Mahkeme'yi iç hukuk yollarının tüketilmesi hususunda içtihadını geliştirmeye davet eder, böylece ulusal mahkemelere Sözleşme'yi Mahkeme'nin içtihadı ışığında uygulama olanağı sağlar.

D. Başvuruların işleme tabi tutulması

16. Mahkeme'ye her sene yapılan başvuruların sayısı, 2004 yılından beri ikiye katlanmıştır. Mahkeme'nin başlıca temel birimleri önünde çok sayıda başvuru beklemektedir. Potansiyel olarak haklı nedenlere dayanan başvurularda bulunanlar da dahil olmak üzere birçok başvuran, cevap için yıllarca beklemek zorundadır.

17. Bireysel başvuru hakkının önemi doğrultusunda, Mahkeme, kaynakları üzerinde en az etki yaratacak şekilde, kabul edilemez olan başvuruları mümkün olduğunca etkin bir şekilde reddetmelidir. Mahkeme, 14 no'lu Protokol çerçevesinde, bunu başarmak için, takdir edilmesi gereken önemli adımlar atmıştır.

18. Tekrarlanan başvuruların nedeni genellikle ulusal düzeydeki sistemik ve yapısal sorunlardır. Bu tür sorunların ve ortaya çıkan ihlallerin, Mahkeme'nin kararlarının etkili icrasının parçası olarak çözülmesini temin etmek, Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında, taraf devletin sorumluluğudur.

19. Mahkeme'nin Daireleri önünde bekleyen dava sayısının artması da ciddi endişe yaratmaktadır. Mahkeme, potansiyel olarak haklı nedenlere dayanan yeni ihlallere odaklanabilmelidir.

20. Bu nedenle Konferans:

a) Mahkeme'nin başvuruları işleme tabi tutma hususunda halihazırda kaydettiği ilerlemeleri, özellikle de aşağıdakileri ilke edinmesini memnuniyetle karşılar:

i) en önemli ve ciddi davalara odaklanmasını sağlayan öncelik politikası; ve

ii) Uygun yargısal sorumluluğu sürdürürken, özellikle kabul edilemez olan ve tekrarlayan davaların ele alınması hususunda usulleri kolaylaştıran çalışma yöntemleri;

b) Mahkeme'nin, kendi önünde bekleyen göze çarpan ve açıkça kabul edilemez başvuruları 2015 yılına kadar çözümleyebileceğine ilişkin değerlendirilmesini takdirle belirtir; daha fazla ulusal yargıç ve üst düzey bağımsız avukatların geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin olarak Mahkeme'nin talebini, bunu yerine getirmesine olanak sağlamak amacıyla Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'ne bildirir; ve Taraf Devletleri, bu şekilde daha fazla geçici görevlendirme planlamaya teşvik eder;

c) Mahkeme önünde bekleyen tekrarlayan başvuruların fazla sayısına ilişkin endişelerinin devam ettiğini ifade eder; tekrarlayan ihlalleri etkili bir şekilde çözümlmek için, ileriye yönelik tedbirlerin, özellikle de pilot kararların Mahkeme tarafından sürekli kullanılmasını memnuniyetle karşılar, Hukuki, işlevsel ve finansal gereklilikleri içeren ve ortyaya konan çeşitli fikirleri değerlendirerek ve bütün taraf devletlerin eşit muamele ilkesini dikkate alarak, Mahkeme tarafından tespit edilen sistemik sorunlardan kaynaklanan çok sayıda başvuruyu çözüme kavuşturmak için, Taraf Devletleri, Bakanlar Komitesini ve Mahkeme'yi beraber çalışmaya teşvik eder;

d) Emsal kararı usulünü temel alarak, Bakanlar Komitesi'ni, Mahkeme'nin aynı davalı Taraf Devlete karşı ihlal iddiasında bulunan bir grup

başvuru içerisinde az sayıda temsilci başvuru tespit edebileceği ve kaydedebileceği bir usulün uygunluğunu ve yöntemini düşünmeye davet eder ki bu tespit tüm gruba uygulanabilir;

e) Mahkeme'nin, Daireleri önünde bekleyen başvurulara makul bir süre içerisinde karar vermesine olanak tanımak için, gelecekte Mahkeme'ye ek yargıç atamanın gerekebileceğini belirtir; ayrıca bu yargıçların, Mahkeme'nin mevcut yargıçlarından farklı bir görev süresine ve/veya farklı bir görev yelpazesine ihtiyaç duyabileceklerini belirtir; ve Mahkeme'nin tavsiyesi üzerine hareket eden Bakanlar Komitesi tarafından oy birliği ile alınmış bir kararın ardından, bu yargıçların atanmasına olanak vermek amacıyla, Bakanlar Komitesi'ni 2013 sonuna kadar Sözleşme'yi tadil etmek için müzakerelere başlayıp başlamayacağına karar vermeye davet eder;

f) Mahkeme'yi, davanın münferit koşullarının uygun şekilde incelenmesini ve diğer Taraf Devletler aleyhine verilen kararların bağlayıcı olmama niteliğine hanel getirmeksizin, bir Komite usulü uyarınca daha fazla davayı karara bağlamak amacıyla, Sözleşme'nin 28(1) maddesinin anlamı dahilinde, yerleşik içtihat kavramını daha geniş yorumlanmış bir şekilde uygulama niyetinde olduğunda Taraf Devletlerle istişarelerde bulunmaya davet eder;

g) Mahkeme'yi, Taraf Devletler, sivil toplum ve Ulusal İnsan Hakları Kuruluşları ile istişare ederek, şunları ele almaya davet eder:

i) Pilot projenin uygulanması ışığında, internet üzerinden başvuru yapmayan başvuranların başvurularının kabul edilmesini temin ederken, başvuruları internet üzerinden yapmaya, dolayısıyla davaların tebliğine ilişkin usulün kolaylaştırılması için daha fazla tedbir alınmasının gerekli olup olmadığı;

ii) Mahkeme'ye başvuru formunun, başvuruların daha iyi bir şekilde sunulmasını sağlamak ve ele alınmasını kolaylaştırmak için geliştirilip geliştirilemeyeceği;

iii) Mahkeme'nin karar ve hükümlerinin, aleniyet kazanmadan kısa bir süre önce dava taraflarına bildirilip bildirilemeyeceği;

iv) Masraflar dahil adil tatmin hakkındaki talep ve yorumların Daire ve Büyük Daire önündeki yargılamalarda daha erken sunulup sunulamayacağı,

h) Bu önlemlerin uygun kaynaklarla tam anlamıyla uygulanmasının ilke olarak, Mahkeme'nin bir davayı bir yıl içinde iletip iletmeyeceği konusunda karar vermesini ve sonrasında tüm iletilmiş davaları iletimden sonraki iki yıl içinde, karar veya son kararın konusu haline getirmesini sağlaması gerektiğini belirtir.

i) Taraf Devletlerin bu sonuçları elde edebilmek amacıyla, Mahkeme ile işbirliği içinde çalışma konusundaki kararlılığını ifade eder.

j) Bakanlar Komitesi'ni, Mahkeme ile istişarelerde bulunarak, 2015'e kadar bu önlemlerin Mahkeme'nin iş yükünü başarıyla ele alabilmesine olanak tanımak için yeterli olup olmadığını veya bu doğrultuda başka önlemlerin gerekli olup olmadığını nasıl tespit edeceğini belirlemeye davet eder.

E. Yargıçlar ve Mahkemenin hukuk sistemi

21. Mahkeme'nin otoritesi ve güvenilirliği büyük ölçüde yargıçların niteliğine ve verdikleri kararlara bağlıdır.

22. Mahkeme'ye seçilen yargıçların yüksek vasıfları, seçim için Parlamento Meclis'e önerilen adayların niteliğine bağlıdır. Bu nedenle, Taraf Devletlerin en yüksek nitelikte adaylar önermedeki rolü Mahkeme'nin başarısının devam etmesinde büyük önem taşır. Yasal yeterlilikleri ve Taraf Devletlerin hukuk ve uygulamalarına dair bilgilerinden ötürü seçilen hukukçuları haiz yüksek nitelikli Yazı İşleri Müdürlüğü, Mahkeme yargıçlarına çok büyük destek sağlamaktadır.

23. Mahkeme kararları açık ve tutarlı olmalıdır. Bu, yasal belirliliğe katkıda bulunur. Ulusal mahkemelere Sözleşme'yi daha kesin bir şekilde uygulaması konusunda yardımcı olurken; potansiyel başvurulara sağlam gerekçelere dayandırılmış bir başvuru yapıp yapmadıkları konusunda yardımcı olur. Mahkeme, genel ilke konularını ele alırken açıklık ve tutarlılık özellikle önemlidir. Sözleşme'nin uygulanmasındaki tutarlılık, Taraf Devletlerin Sözleşme'yi daima aynı şekilde uygulamasını gerektirmez. Mahkeme, belirlenmiş içtihattan ayrılmayı tasarlaması durumunda, Daire'nin karar verirken uymak zorunda olduğu bir İçtüzük değişikliği yapmayı düşündüğünü belirtmiştir.

24. İstikrarlı bir yargı düzeni, Mahkeme'nin tutarlılığına katkıda bulunur. Bu doğrultuda, ilke olarak, herhangi bir yargıcın Sözleşme'de öngörülen tam görev süresinden daha az hizmette bulunması istenmeyen bir durumdur.

25. Bu doğrultuda Konferans:

a) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargıçlık görevi için adayların seçilmesi hususundaki Yönergelerin Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmesini memnuniyetle karşılar ve Taraf Devletleri yönergeleri uygulaması konusunda destekler.

b) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Görevlendirilecek Yargıç Adaylarına ilişkin Uzmanlar Danışma Paneli'nin kuruluşunu memnuniyetle karşılar; Bakanlar Komitesi'nin ilk üç yıllık dönem sonrasında Danışma Paneli'nin işleyişini gözden geçirmeye karar verdiğini belirtir; ve Parlamento Meclisini ve Bakanlar Komitesini yargıçların seçilme usullerinin nasıl geliştirilebileceği hususunu ele almaya davet eder;

c) Yargıçlarının yüksek niteliğini sürdürmek ve artırmak için ve özellikle yargıçların açıklığının ve tutarlılığının sağlanması için Mahkeme'nin bulunduğu girişimleri memnuniyetle karşılar; Mahkeme'nin çoktandır devam eden önceki davalarda yer alan emsallerden muhik sebep olmaksızın sapmamasını gerektiren kanun önünde yasal kesinlik, öngörülebilirlik ve eşitlik yönündeki takdirini memnuniyetle karşılar; ve özellikle Mahkemeyi, kararların kümülatif etkisinin Taraf Devletlere uygun takdir yetkisi vermeye devam etmesini sağlamak amacıyla, kararların aynı konuyla ilgili olduğu hallerde tutarlılığın önemini dikkate almaya davet eder;

d) Mahkeme hukuk sistemindeki tutarlılığın sağlanmasında Büyük Daire'nin aldığı merkezi rol ışığında, Sözleşme'nin 30. maddesindeki "meğer ki, taraflardan biri buna itiraz etsin" ifadesinin kaldırılması gerektiği sonucuna varır; Bakanlar Komitesini gerekli tadil belgesini kabul etmeye ve izleyen değişikliklerin gerekli olup olmadığını 2013 sonuna kadar belirlemeye davet eder; ve tadil belgesi yürürlüğe girinceye kadar Taraf Devletlerin Dairenin davadan vazgeçme teklifine itiraz etmekten kaçınmalarını teşvik eder;

e) Mahkemeyi, her Bölümün Başkan Yardımcılarının re'sen katılımı ile Büyük Daire'nin oluşumunun artırılıp artırılmayacağını dikkate almaya davet eder;

f) Sözleşme'nin 23(2) maddesinin yargıçlar için yaş sınırının, göreve başladıkları tarih itibarıyla 65 yaşından büyük olmama şartı ile değiştirilmesi için tadil edilmesi gerektiğine karar verir; ve Bakanlar Komitesini 2013 yılı sonuna kadar gerekli tadil belgesini kabul etmeye davet eder.

F. Mahkeme kararlarının icrası

26. Her Taraf Devlet, taraf oldukları her davada Mahkeme'nin nihai kararlarına uymayı taahhüt etmiştir. Bakanlar Komitesi, denetimi aracılığıyla, daha geniş sistematik meseleleri çözecek olan genel tedbirlerin uygulanması da dahil Mahkeme kararlarının uygun şekilde yürürlüğe konulmasını sağlar.

27. Bu nedenle Bakanlar Komitesi, etkin ve adil şekilde Taraf Devletçe alınan önlemlerin ihlali ortadan kaldırıp kaldırmadığını dikkate almalıdır. Bakanlar Komitesi, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir Taraf Devlet açısından etkin önlemler alabilmelidir. Bakanlar Komitesi, tüm dikkatini ulusal düzeyde sistematik meseleye neden olan ihlallere vermeli ve Taraf Devletlerin öncü kararları hızlı ve etkin şekilde uygulamasını sağlamalıdır.

28. Bakanlar Komitesi, giderek artan kararların icrasını denetlemektedir. Mahkeme, önünde bekleyen olası, sağlam nedene dayanan başvuruları ele aldığı için Bakanlar Komitesi'nin iş hacminin daha fazla artması beklenebilir.

29. Bu nedenle Konferans:

a) Taraf Devletleri:

i) Bakanlar Komitesi'nin 2008(2) sayılı Tavsiye Kararının uygulanması dahil Mahkeme kararının hızlı icrasını sağlayacak ulusal kapasite ve mekanizmaları geliştirmeye, ve bu bağlamda iyi uygulamaları paylaşmaya;

ii) mümkün olduğunca geniş erişilebilir ölçüde, mümkün olduğu hallerde ulusal dillerde yayımlayarak kararların infazı için eylem planları yapmaya; ve

iii) alınan önlemlerin uygulanmasının etkinliğini dikkatle inceleme hususunda ulusal meclislerin önemli rolünü sağlamaya teşvik eder.

b) İnterlaken ve İzmir Konferansları ile Bakanlar Komitesi'ne Taraf Devletlerin Sözleşme uyarınca yükümlülüklerini nasıl yerine getireceklerini seçebilecekleri ikincilik ilkesini tamamen uygulaması yönünde yapılan daveti tekrar dile getirir;

c) Bakanlar Komitesi'ni kararların icrasının etkin şekilde denetlenmesini sağlamak amacıyla usullerini nasıl düzelteceğini özellikle şu şekillerde, düşünmeye devam etmeye davet eder:

- i) toplantılarında, stratejik ve sistematik meselelerin daha yapılandırılmış şekilde değerlendirilmesi;
- ii) toplantıları hususunda daha kuvvetli alenilik;
- d) Bakanlar Komitesini, Mahkeme kararlarını zamanında uygulamayan Devletler açısından daha etkin önlemlerin gerekli olup olmadığını düşünmeye davet eder;
- e) Parlamenter Meclisinin kararların icrasına ilişkin düzenli raporlarını ve tartışmalarını ve Genel Sekreter'in Bakanlar Komitesi çalışmalarının desteklenmesine sağladığı katkıyı memnuniyetle karşılar.

G. Sözleşme sistemi ve Mahkeme'nin uzun vadede geleceği

30. Bu Deklarasyon, Mahkeme'nin karşılaştığı mevcut sorunları ele almaktadır. Ancak Sözleşme sisteminin gelecekteki etkinliğini güvence altına almak da çok önemlidir. Bunu başarmak için, gelecek zorlukları öngörmek ve Sözleşme'nin geleceği için bir vizyon oluşturmak açısından bir süreç gereklidir ve böylece sonraki kararlar zamanında ve uygun şekilde alınabilir.

122

31. Bu sürecin bir parçası olarak, Mahkeme'nin temel rolünü ve mahiyetini değerlendirmek gerekebilir. Uzun vadeli vizyon, Mahkeme'nin Avrupa'da insan haklarını koruma ve teşvik etme sistemindeki temel rolünün uygulanabilirliğini güvence altına almalıdır. Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme sisteminin temel taşı teşkil etmektedir. Sonraki reformlar, Sözleşme sisteminin ciddi ihlalleri hızlı ve etkin şekilde ele alabilme yetisini güçlendirmelidir.

32. Sözleşme'nin ulusal düzeyde etkin şekilde uygulanması, Mahkeme'nin uzun vadede daha odaklanmış ve hedeflenmiş rol almasına olanak tanıyacaktır. Sözleşme sistemi, Devletlere ulusal düzeyde Sözleşmeyi uygulama yönündeki temel sorumluluklarını yerine getirmede destek vermelidir.

33. Ulusal düzeyde daha etkin bir uygulamaya karşılık olarak, Mahkeme gayretlerini ciddi veya yaygın ihlallere, sistematik ve yapısal sorunlara ve Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin önemli sorulara yöneltmelidir, ve bu nedenle daha az sayıda ihlali kendisinin tazmin etmesi ve daha az sayıda karar vermesi gerekecektir.

34. İnterlaken Konferansı, Bakanlar Komitesini 2012 ve 2015 yılları arasında, 14 No'lu Protokolün ve İnterlaken Eylem Planının uygulanmasının

ne ölçüde Mahkemenin durumunu geliştirmiş olduğunu değerlendirmeye davet etmiştir. Bu değerlendirme temelinde, Bakanlar Komitesi'nin 2015 sonu öncesinde başka bir şey yapılmasına gerek olup olmadığını belirlemesi gerektiğini belirtmiştir. 2019 sonu öncesinde ise Bakanlar Komitesi'nin uygulanan önlemlerin Sözleşme'nin kontrol mekanizmasının sürdürülebilir işleyişini temin etmek için yeterli görülüp görülmediğine veya daha yoğun değişikliklerin gerekli olup olmadığına karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

35. Bu nedenle Konferans:

a) İnterlaken Konferansı'nda başlatılan ve İzmir Konferansı'nda devam ettirilen Mahkeme'nin uzun vadedeki geleceğine ilişkin etki sürecini memnuniyetle karşılar; ve bu etkiye gayri resmi Wilton Park Konferansı'nın sağladığı katkıları memnuniyetle karşılar.

b) Bakanlar Komitesini, 2012 sonuna kadar, bu Deklarasyon ve İnterlaken ve İzmir Konferansı'nda kabul edilen Deklarasyonlar uyarınca yetkilerini kullanacağı süreci belirlemeye davet eder;

c) Bakanlar Komitesi'ni, İnterlaken ve İzmir Konferansları'nda kabul edilen Deklarasyonlar uyarınca yetkilerini uygulama kapsamında, Sözleşme sisteminin geleceğini, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasındaki zorluklara neden olan bu etkeni ve Mahkeme'nin hakları ve özgürlükleri ulusal düzeyde korunmayan bireyler için koruyucu olarak görev yapma ve Sözleşme'yi yetkili olarak yorumlama hususundaki çifte rolünü en iyi şekilde yerine getirebileceği yöntemi dikkate almaya davet eder;

d) Bakanlar Komitesi'nin mevcut yapılar dahilinde, geniş çapta uzmanlık sağlamak ve sorunların ve olası çözümlerin olası tam analizlerini kolaylaştırmak için harici uzmanların uygun şekilde katılımlarını ve tavsiyelerini temin ederken, bu görevi yerine getirmesini önerir.

e) Bakanlar Komitesi'nin, bu görevin bir parçası olarak, Sözleşme sisteminin gerekli olarak mevcut haliyle nasıl korunacağını analizi ve Mahkeme tarafından ele alınması gereken dava sayısının azaltılması amacıyla başvuruların Sözleşme sistemi ile nasıl çözüme kavuşturulacağına dair daha büyük değişikliklerin dikkate alınması dahil Mahkeme'nin gelecek rolü ve işleyişi için olası seçeneklerin kapsamlı analizini yürütmesini öngörür:

f) Taraf Devletleri Bakanlar Komitesi aracılığıyla;

- i) Mahkeme kararlarının icrasının denetlenmesine ilişkin usulü ve Bakanlar Komitesi'nin bu süreçteki rolünün; ve
- ii) Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, başvuranlara adil tatmin verilmesini kapsamlı şekilde gözden geçirmeye davet eder.
- g) İlk adım olarak, Bakanlar Komitesini, 2015 sonuna kadar bu hususlar hakkında ara bir görüş oluşturmaya davet eder;

H. Genel ve nihai hükümler

36. Avrupa Birliği'nin Sözleşme'ye dahil olması Avrupa'daki insan haklarının uyumlu şekilde uygulanmasını güçlendirecektir. Bu nedenle Konferans giriş anlaşmasının taslağının hazırlanmasına ilişkin gelişimden memnuniyetle bahseder ve bu çalışmanın hızlı ve başarılı şekilde sonuçlandırılması çağrısında bulunur.

37. Konferans ayrıca İnterlaken ve İzmir Konferanslarında yer alan Mahkeme açısından, Mahkeme yönetmeliği veya Sözleşme'de yeni bir hüküm aracılığıyla, teşkilata ait konulara ilişkin Sözleşme hükümlerinin tadili için basitleştirilmiş bir usulün uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin devam eden düşünceyi takdirle belirtir ve Taraf Devletlerin anayasal düzenlemelerini dikkate alan bu çalışmanın hızlı ve başarılı şekilde sonlandırılması hususunda çağrıda bulunur.

38. Bu Beyannameyi yürürlüğe koyacak kararların Avrupa Konseyi için mali yansımaları haiz olması halinde, Konferans, Mahkemeyi ve Bakanlar Komitesini, Avrupa Konseyi'nin bütçesel ilkelerini ve bütçe teminatını dikkate alarak, mümkün olan kısa sürede bu masrafların miktarlarını belirlemeye davet eder.

39. Konferans:

- a) Birleşik Krallık Dönem Başkanlığını mevcut Deklarasyonu ve Konferans Sürecini Bakanlar Komitesi'ne iletmeye davet eder;
- b) Taraf Devletleri, Bakanlar Komitesini, Mahkemeyi ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterini bu Beyannameyi geçerli kılmaya davet eder; ve
- c) Bakanlar Komitesi'nin sonraki Dönem Başkanlıklarını, Mahkeme reform sürecinin hızlandırılmasını ve Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamaya davet eder.

**FRANSA ANAYASA KONSEYİ'NİN 2012-647 DC SAYILI 28 ŞUBAT 2012
TARİHLİ KANUNLA TANINAN SOYKIRIMLARIN
VARLIĞININ TARTIŞILMASINI CEZALANDIRMAYI ÖNGÖREN
KANUNUN ANAYASAYA AYKIRILIĞI HAKKINDAKİ KARARI***

*Çeviren: Dr. Nevzat AKBİLEK***

31 Ocak 2012 tarihinde, milletvekilleri Jacques MYARD, Michel DİEFENBACHER, Jean AUCLAIR, Jean-Paul BACQUET, Jean BARDET, Christian BATAILLE, Jean-Louis BERNARD, Marc BERNIER, Claude BIRRAUX, Jean-Michel BOUCHERON, Christophe BOUILLON, Bruno BOURG-BROC, Loïc BOUVARD, Pascal BRINDEAU, Yves BUR, Christophe CARESCHE, Gilles CARREZ, Gérard CHARASSE, Jean-Louis CHRIST, Pascal CLÉMENT, François CORNUT-GENTILE, René COUANAU, Olivier DASSAULT, Jean-Pierre DECOOL, Lucien DEGAUCHY, Sophie DELONG, Jean-Louis DUMONT, Cécile DUMOULIN, Marie-Louise FORT, Yves FROMION, Jean-Paul GARRAUD, Daniel GARRIGUE, Claude GATIGNOL, Hervé GAYMARD, Paul GIACOBBI, Franck GILARD, Jean-Pierre GORGES, François GOULARD, Mme Arlette GROSSKOST, Michel HEINRICH, Antoine HERTH, Françoise HOSTALIER, Denis JACQUAT, Yves JÉGO, Jérôme LAMBERT, Jacques LAMBLIN, Laure de LA RAUDIÈRE, Jacques LE GUEN, Apeleto Albert LIKUVALU, Jean-François MANCEL, Alain MARTY, Didier MATHUS, Jean-Philippe MAURER, Jean-Claude MIGNON, Pierre MORANGE, Jean-Marc NESME, Michel PIRON, Didier QUENTIN, Michel RAISON, Jean-Luc REITZER, Jean-Marie ROLLAND, Daniel SPAGNOU, Eric STRAUMANN, Lionel TARDY, André WOJCIECHOWSKI, ve Abdoulatifou ALY, Jean-Paul ANCIAUX, Paul DURIEU, Sylvia PINEL, Chantal ROBIN-RODRIGO, Philippe VIGIER tarafından ve 2 Şubat 2012'de, Gwendal ROUILLARD, Laurence DUMONT, Jean MICHEL, Jack LANG ve Dominique ORLIAC tarafından;

Ve aynı gün senatörler, Jacques MÉZARD, Leila AİCHI, Nicolas ALFONSI, Alain ANZIANI, Aline ARCHIMBAUD, Bertrand AUBAN,

* Karar metni <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html> uzantılı web adresinden alınmıştır.

** Dr. Nevzat Akbilek, Hâkim

Gilbert BARBIER, Jean-Michel BAYLET, Esther BENBASSA, Michel BILLOUT, Marie-Christine BLANDIN, Corinne BOUCHOUX, Didier BOULAUD, Christian BOURQUIN, Alain CHATILLON, Jean-Pierre CHEVÈNEMENT, Christian COINTAT, Yvon COLLIN, Pierre-Yves COLLOMBAT, Hélène CONWAY-MOURET, Ronan DANTEC, Jean-Pierre DEMERLIAT, Marcel DENEUX, Yves DÉTRAIGNE, Claude DILAIN, Muguette DINI, André DULAIT, Jean-Léonce DUPONT, Josette DURRIEU, Anne-Marie ESCOFFIER, Alain FAUCONNIER, Françoise FÉRAT, François FORTASSIN, Alain FOUCHÉ, Christian-André FRASSA, René GARREC, Patrice GÉLARD, Gaëtan GORCE, Nathalie GOULET, Jacqueline GOURAULT, Sylvie GOY-CHAVENT, François GROSDIDIER, Robert HUE, Jean-Jacques HYEST, Pierre JARLIER, Fabienne KELLER, Bariza KHIARI, Virginie KLÈS, Joël LABBÉ, Françoise LABORDE, Jean-René LECERF, Claudine LEPAGE, Jeanny LORGEUX, Jean-Louis LORRAIN, Roland du LUART, Philippe MADRELLE, Jean-Pierre MICHEL, Catherine MORIN-DESAILLY, Jean-Marc PASTOR, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-Jacques PIGNARD, François PILLET, Jean-Vincent PLACÉ, Jean-Pierre PLANCADE, Christian PONCELET, Hugues PORTELLI, Gisèle PRINTZ, Roland RIES, Gilbert ROGER, Yves ROME, Robert TROPEANO, Raymond VALL, Jean-Marie VANLERENBERGHE, François VENDASI, Jean-Pierre VIAL, André VILLIERS, Richard YUNG, ve Michel BERSON, 2 Şubat 2012'de, Aymeri de MONTESQUIOU, Jean-Claude MERCERON, Jean-Jacques LASSERRE ve 3 Şubat 2012'de Jean-Jacques LOZACH

tarafından, Anayasanın 61. maddesinin ikinci paragrafında öngörülen şartlar içinde, Kanunla Tanınan Soykırımların Varlığının Tartışılmasını Cezalandırmayı Öngören Kanuna ilişkin Anayasa Konseyine başvuruda bulunulmuştur.

ANAYASA KONSEYİ

Anayasa;

58-1067 Sayılı 7 Kasım 1958 tarihli değişik Anayasa Konseyine İlişkin Uygulama Kanunu;

29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu;

Ceza Kanunu;

15 Şubat 2012'de kaydedilen Hükümet görüşleri;

21 Şubat 2012'de kaydedilen talep eden milletvekillerince sunulan cevabi görüşleri göz önünde bulundurarak;

Raportör dinlenilmiş olarak;

1.Başvuruda bulunan milletvekilleri ve senatörlerin Anayasa Konseyi önüne Kanunla Tanınmış Soykırımların Varlığının Tartışılmasını Cezalandırmayı Öngören Kanunu getirdiklerini değerlendirerek;

2.Yargı önüne getirilen yasanın 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğüne ilişkin yasaya ikinci defa mükerrer 24 madde olarak dercedilen 1. maddesiyle, esas olarak, kullanılan kamusal ifade veya iletişim yöntemleri ne olursa olsun "Ceza Kanununun 211-1 maddesinde tanımlanan ve Fransız kanunca tanınan soykırım suçlarından birinin veya birçoğunun varlığını tartışan veya aşırı bir şekilde küçülten" kişileri 1 yıl hapis cezası ve 45000 euro para cezası ile cezalandırılmasının kabul edildiğini; yargı önüne getirilen yasanın 29 Temmuz 1881 tarihli Kanununun 48-2. maddesini değiştiren 2. maddesiyle, özellikle bu yeni ceza ihdasından sonuç çıkarmak üzere bazı derneklere verilen davaya müdahil olma hakkının genişletildiğini değerlendirerek;

3.Başvuranlara göre, yargı önüne getirilen yasanın, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 11. maddesinde ilan edilen ifade ve iletişim özgürlüğünü ve bu Beyannamenin 8. maddesinden kaynaklanan suç ve cezaların kanuniliği prensibini ihlal ettiğini; bir taraftan sadece Fransa Kanunu tarafından tanınan soykırımları cezalandırarak, diğer taraftan insanlığa karşı işlenen diğer suçları hariç tutup sadece soykırımları cezalandırarak eşitlik ilkesini de ihlal edeceğini; başvuran milletvekillerinin ayrıca kanun koyucunun kendi yetkisini ve 1789 Beyannamesinin 16. maddesinde ilan edilen güçler ayrılığı prensibini ihlâl ettiğini; aynı zamanda 1789 Beyannamesinin 8. maddesinde ilan edilen cezaların gerekliliği prensibini, araştırma yapma özgürlüğünü ve Anayasanın 4. maddesinden doğan tarafların eylemlerini özgürce yapmaları prensibini ihlâl ettiğini değerlendirerek;

4.Bir taraftan, 1789 Beyannamesinin 6. maddesinin "Kanun genel in isteğinin ifadesidir..." terimleri ve kanunun konusuna ilişkin diğer anayasal değer normlarının bütününden, Anayasada öngörülen özel düzenlemeler ihtirazı kaydı altında, kanunun, kuralları ortaya koyma amacına yönelik olması ve aynı zamanda normatif nitelik taşıması gerektiği değerlendirilerek;

5.Diğer taraftan, 1789 Beyannamesinin 11. maddesinin “Düşüncelerin ve inançların özgürce iletimi insanın en değerli haklarından birisidir: Her vatandaş, kanunda belirlenen ve hakkın kötüye kullanılması sayılan durumlar dışında, özgürce konuşabilir, yazabilir, yayımlayabilir” terimlerini içerdiği; Anayasanın 34. maddesinin “Yasa, vatandaşlara kamusal hakların kullanılması için tanınan hak ve temel güvencelere ilişkin kuralları... düzenler” şeklinde olduğu; bu temelde yasa koyucunun iletişim, konuşma, yazma ve yayımlama özgürlüğüne ilişkin kurallarını kurabildiği; yine bu bağlamda kamu düzenine ve üçüncü kişilere zarar veren ifade ve iletişim özgürlüklerinin kötüye kullanılmasını cezalandıran suçların ihdas edilebildiği; bununla beraber, ifade ve iletişim özgürlüğünün kullanımının demokrasinin ve diğer hak ve özgürlüklerine saygının garantisi olarak bir o kadar daha değerli olduğu; bu özgürlüğün kullanımına getirilen sınırlamaların öngörülen amaç için gerekli, uygun ve orantılı olması gerektiği değerlendirilerek;

6.Bir soykırımın “tanınması” konulu bir kanuni düzenlemenin, bizatihi, kanunda olması gereken normatiflik özelliğini sağlamayacağı; bununla birlikte, mahkeme önüne getirilen kanunun 1. maddesinin “Fransa kanunu tarafından böylece tanınan” bir veya birden çok soykırım suçunun varlığının tartışılması veya minimize edilmesini cezalandırdığı; suçun varlığının ve niteliğinin tartışılmasını cezalandırarak kendisinin böylece tanıyıp nitelemiş olacağı, kanun koyucunun ifade ve iletişim özgürlüğüne anayasaya aykırı bir müdahalede bulunmuş olduğu; bundan dolayı ve diğer şikâyetleri incelemek gerekmeksizin, mahkeme önüne getirilen yasanın 1. maddesinin Anayasaya aykırı olduğunun ilân edilmesi gerektiği; bu yasanın ayrılmaz nitelikte olan 2. maddesinin de Anayasaya aykırı olması gerektiği değerlendirilerek;

KARAR

1.Kanun tarafından tanınmış soykırımların varlığının tartışılmasını cezalandırmayı hedefleyen yasa Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

2.Bu karar Fransa Resmî Gazetesinde yayımlanacaktır.

Anayasa Konseyinin 28 Şubat 2012 tarihli oturumunda: Başkan Jean-Louis DEBRÉ, Jacques BARROT, Claire BAZY MALAURIE, Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Valéry GISCARD d'ESTAING ve Pierre STEINMETZ tarafından müzakere edilmiştir.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN
SARAR / TÜRKİYE KARARI* ****

(Başvuru no. 1947/09, Karar Tarihi: 27 Mart 2012)

Sarar / Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), komite olarak, aşağıdaki isimlerden oluşmaktadır:

Isabelle Berro-Lefèvre, *Başkan*

Guido Raimondi,

Helen Keller, *Yargıçlar*

Françoise Ellens-Pasos, *Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı*

6 Mart 2012 tarihinde işleme konulan söz konusu başvuru üzerinde görüşüldükten sonra aşağıdaki karar verilmiştir:

USUL

1.Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (1974/09 no’lu) davanın nedeni Türk vatandaşı Mehmet Sarar’ın (başvurucu) 14 Aralık 2008 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması’na ilişkin Sözleşme’nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

2.Başvurucu, İstanbul Barosu avukatlarından Sayın G. Tuncer tarafından temsil edilmektedir. Türk hükümeti (Hükümet), kendi vekili tarafından temsil edilmektedir.

3.8 Şubat 2010 tarihinde, başvuru Hükümet’e bildirilmiştir.

4.Hükümet, başvurunun komite tarafından incelenmesine itiraz etmiştir. Mahkeme, Hükümet’in itirazını inceledikten sonra, bunu reddetmiştir.

* Bu karar Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı’nca tercüme edilmiş olup, www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/sarar.pdf uzantılı web adresinden, kararın pdf haline ulaşılabilir.

** İşbu karar nihai olup, şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

OLAY VE OLGULAR

5. Başvurucu 1970 doğumlu olup, Tekirdağ'da ikamet etmektedir.

6.5 Nisan 2001 tarihinde, Terörle Mücadele Polis Şubesi tarafından sorguya çekilmiş ve göz altına alınmıştır.

7.12 Nisan 2001 tarihinde, hâkim tarafından dinlenmiş ve hâkimin kararı üzerine tutuklanmıştır.

8.16 Nisan 2001 tarihinde, anayasal düzeni bozmaya teşebbüs fiiliyle suçlanmıştır.

9. Yargılama sırasında düzenlenen duruşmaların sonunda, hâkimler özellikle suçun niteliği ve vasfına, mevcut delil ve dosyanın durumuna dayanarak, başvurunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir.

10. Başvurucunun serbest bırakılma talepleri, dosyanın incelenmesinin ardından reddedilmiştir. Savcılık mütalaaları karşı tarafa önceden bildirilmemiştir.

11. Dosyada mevcut bulunan ve mahkeme tarafından verilen üç ret kararı sırasıyla 20 Mart, 29 Mayıs ve 23 Ekim 2008 tarihlidir.

12.14 Mayıs 2010 tarihinde, başvuru suçlu bulunmuş ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir.

13. Bu mahkûmiyete karşı yapılan temyiz konusunda, taraflarca hiçbir bilgi sunulmamıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 5 § 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

14. Başvurucu, Sözleşme'nin 5 § 3. maddesine dayanarak, tutukluluk süresinin aşırı uzun olduğu iddiasıyla şikayetçi olmuştur.

15. Hükümet, söz konusu sürenin makul olmadığını düşünemeyeceği kanaatindedir.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

16. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle itirazda bulunmuştur. Hükümete göre, başvuru, 1 Haziran 2005 tarihinde

yürürlüğe giren Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. ve onu izleyen maddelerine dayanarak tazminat başvurusunda bulunmalıydı.

Mahkeme, başvurunun şikayetinin, Sözleşme'nin 5 § 3. maddesinden kaynaklandığını; ancak Hükümet tarafından ileri sürülen hukuk yolunun ise yasaya aykırı tutukluluktan dolayı tazminat alma hakkıyla ilgili olan Sözleşme'nin 5 § 5. maddesini ilgilendirdiğini saptamıştır (bkz., diğer birçok karar arasından, *Barış v. Türkiye*, no.26170/03, §17, 31 Mart 2009 veya *Tunçe ve diğerleri v. Türkiye*, no.2422/06, no.3712/08, no.3714/08, no.3715/08, no.3717/08, no.3718/08, no.3719/08, no.3724/08, no.3725/08, no.3728/08, no.3730/08, no.3731/08, no.3733/08, no.3734/08, no.3735/08, no.3737/08, no.3739/08, no.3740/08, no.3745/08 ve no.3746/08, §15, 13 Ekim 2009) Sonuç olarak, Mahkeme bu ön itirazı reddetmiştir.

Ayrıca, bu şikayetin Sözleşme'nin 35 § 3 a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve hiçbir kabul edilemezlik gerekçesi içermediğini düşünmektedir. Sonuç olarak, bu şikayetin kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır.

B.Davanın esasına dair

17.Başvurucu, tutukluluk süresinin aşırı uzun ve haksız olduğunu düşünerek şikayet etmektedir.

18.Hükümet, bu görüşe karşı çıkmaktadır.

19.Mahkeme, başvurunun tutukluluk süresinin, 5 Nisan 2001 tarihinde başlayıp, 14 Mayıs 2010 tarihinde sona erdiğini tespit etmiştir. Tutukluluk 9 yıl 1 ay sürmüştür. Mahkeme, daha önce de benzer davaları incelediğini ve birçok kez Sözleşme'nin 5 § 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığını hatırlatmaktadır (bkz., diğer birçok karar arasından, *Dereci v. Türkiye*, no.77845/01, §§ 34-41, 24 Mayıs 2005 veya *Taciroğlu v. Türkiye*, no. 25324/02, §§ 18-24, 2 Şubat 2006). Mahkeme, söz konusu davada, daha önceki sonuçlarından farklı bir sonuca ulaşmak için hiçbir neden görmemiştir.

20.Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İLSÖZLEŞME'NİN 5 § 4. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

21.Başvurucu, Sözleşme'nin 5 § 4. maddesine dayanarak, tutukluluğunun yasallığına itiraz etmek için etkili bir başvuru yolu sağlanmadığını iddia etmektedir.

A.Kabul edilebilirlik hakkında

22.Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4. maddesinin, tutukluluğun yasallığına karşı yapılan başvurunun Mahkeme önünde incelenmesi esnasında uygulanması gerektiğinin hatırlatılması gereğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle, bu madde bir yandan salıverilme talepleriyle ilgili itirazların incelenmesinde, diğer yandan tutukluluk süresinin uzatılmasına dair kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesinde uygulanmalıdır. (bkz., *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, no.20157/05, § 76, 28 Ekim 2010).

23.Somut olayda, Mahkeme, taraflarca sunulan belgelere göre, başvuru en az üç kez tutukluluğunun kaldırılması talebinde bulunmuştur; İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Mart, 29 Mayıs ve 23 Ekim tarihlerinde, bu taleplere dair kararlarını vermiştir.

24.Mahkemenin vermiş olduğu tutukluluğun reddine ilişkin kararlara karşı yapılabilecek olası başvurular hakkında mahkemeye hiçbir bilgi sunulmadığından, Mahkeme, şikayetin bu üç itirazın reddi kararı prosedürü ile sınırlı olduğu kanısındadır.

25.Mahkeme, bunlardan ilk ikisinin yani 20 Mart ve 29 Mayıs 2008 tarihli ret kararlarına ilişkin başvurunun 16 Aralık 2008 tarihinde yapıldığını; bu nedenle altı aylık başvuru süresi kuralına uyulmadığını belirtmiştir.

26.Mahkeme, şikayetin bu kısmının kabul edilemez olduğunu bildirmiştir.

27.23 Ekim 2008 tarihli kararla ilgili şikayetlere gelince; Mahkeme, bunların, Sözleşme'nin 35 § 3. maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve hiçbir kabul edilemezlik gerekçesi içermediğini düşünmektedir. Sonuç olarak, bu şikayetin kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır.

B.Davanın esasına dair

28.Başvurucu, tutukluluğunun yasallığına dair itirazda bulunabilmeyi sağlayan bir başvuru yolunun bulunmadığını ileri sürmektedir. Özellikle *Bağrıyanık v. Türkiye kararına* (no.43256/04, 5 Haziran 2007) atıfta bulunarak, salıverilme taleplerine veya itiraz başvurularına dair yapılan incelemelerde, silahların eşitliği gibi gerekli tüm hukuki güvenceleri sağlanmadığını ileri sürmekte ve özellikle bu taleplerinin incelenmesi esnasında duruşma yapılmadığından şikayet etmektedir.

29.Hükümet, bu görüşe karşı çıkmaktadır.

30.Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4. maddesi uyarınca, tutukluluğa itiraz için başvuruda bulunulan mahkeme önünde yürütülen bir davanın çekişmeli olması ve bu davada savcı ile tutuklu kişi arasında silahların eşitliği ilkesinin sağlanmış olması gerektiğini hatırlatmaktadır (bkz., diğer birçok karar arasından, *Schöps v. Almanya*, no.25116/94, § 44, AİHM 2001-I; *Lietzow v. Almanya*, no.24479/94, § 44, AİHM 2001-I, *Garcia Alva v. Almanya*, no.23541/94, § 39, 13 Şubat 2001 ve *Svipsta v. Letonya*, no.66820/01, § 129, AİHM 2006-III (özetler)).

31.Mahkeme, tutukluluğa itirazı inceleyen Ağır Ceza Mahkemesinin, savcının bu talep hakkındaki mütalaasını önceden başvurucuya veya avukatına bildirmediğini ve söz konusu kişilerin, konuya dair cevap verme imkanı olmadığını saptamıştır.

32.Bu unsur, 23 Ekim 2008 tarihli kararla ilgili olan davanın, Sözleşme'nin 5 § 4. maddesinin gereklerini yerine getirmediği sonucuna varmak için yeterlidir. (bkz., diğer birçok karar arasından, *Saghinadze et diğerleri v. Gürcistan*, no.181768/05, § 153, 27 Mayıs 2010, *Fodale v. İtalya*, no.70148/01, § 43, AİHM 2006-VIII, veya *Guiorgui Nikolaichvili v. Gürcistan*, no.37048/04, § 94, 13 Ocak 2009).

33. Başka bir deyişle, söz konusu hükmün ihlali söz konusudur.

III.SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

34.Sözleşme'nin 41.maddesi şunu öngörmektedir:

“Eğer Mahkeme, bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

35.Başvurucu, manevi tazminat olarak 40 000 Euro (EUR) talep etmektedir.

36.Başvurucu, aynı zamanda, avukat masrafları için 7 000 Türk lirası (TRY), mahkeme önünde yaptığı diğer harcamalar için 760 Türk lirası (TRY) talep etmektedir.

37.Hükümet, Mahkeme'den bu iddiaların tamamını reddetmesini talep etmektedir.

38.Sözleşme'nin 41.maddesi gereği, hakkaniyete uygun olarak, Mahkeme'nin başvurucuya 11 000 Euro manevi tazminat ödemesine hükmetmiştir.

39.Masraf ve giderler konusunda, elindeki belgeleri ve içtihatını göz önünde aldığında, Mahkeme, başvurucuya 1 000 Euro ödemenin makul olduğu kanısındadır.

40.Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermektedir.

134

BU GEREKÇELERLE, AİHM, OY BİRLİĞİ İLE,

1.Sözleşme'nin 5 § 3. maddesi hususundaki başvurunun kabul edilebilir olduğuna; Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi hususundaki 23 Ekim 2008 tarihli karara ilişkin başvurunun kabul edilebilir, geri kalan kararlara ilişkin başvuruların kabul edilemez olduğuna;

2.Sözleşme'nin 5 § 3.maddesinin ihlal edildiğine;

3.Sözleşme'nin 5 § 4.maddesinin ihlal edildiğine;

4.a) Mahkeme, davalı devletin başvurucuya üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere, aşağıda belirtilen tutarları ödemekle yükümlü olduğuna,

i- manevi tazminat için, her türlü vergi masrafları ile birlikte 11 000 Euro (on bir bin euro);

ii- başvurucu tarafından yapılan mahkeme masraf ve harcamaları için, her türlü vergi masrafları ile birlikte 1 000 Euro (bin euro) ödemekle yükümlü olduğuna;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına *karar vermiştir*.

5.Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini *reddetmiştir*.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Sözleşme'nin 77 §§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca, 27 Mart 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Françoise Elens – Passos
Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Isabelle Berro – Lefèvre
Başkan

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’İN
ÜMMÜHAN KAPLAN / TÜRKİYE KARARI* ****

(Başvuru no. 24240/07, Karar Tarihi: 20 Mart 2012)

Ümmühan Kaplan / Türkiye davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci daire) aşağıdaki isimlerden oluşmaktadır:

Françoise Tulkens, *Başkan*

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *Yargıçlar*

ve Stanley Naismith, *Daire Yazı İşleri Müdürü*

137

21 Şubat 2012 tarihinde işleme konulan söz konusu başvuru üzerinde görüşüldükten sonra aşağıdaki karar verilmiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (24240/07 no’lu) davanın nedeni Türk vatandaşı Ümmühan Kaplan’ın (başvurucu) 23 Mayıs 2007 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması’na ilişkin Sözleşme’nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

* Bu karar Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı’nca tercüme edilmiş olup, www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ummuhan.pdf uzantılı web adresinden kararın pdf haline ulaşılabilir.

** Bu karar AİHS’nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tâbi olabilir.

2. Başvurucu, Ankara Barosu avukatlarından G. Kıratlı tarafından temsil edilmektedir. Türk hükümeti (Hükümet), kendi temsilcisi tarafından temsil edilmektedir.

3.27 Ağustos 2009 tarihinde, başvurucu Hükümetle irtibat kurmuştur. Sözleşme'nin 29 § 1. maddesinin öngördüğü üzere, Daire, başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında aynı anda karar verecektir.

4. Aralık 2011 tarihinde, Daire, Sözleşme'nin 46 § 1. maddesi bağlamında, "pilot karar" usulünün uygulanmasının gerektiği kanaatinde olduğu konusunda tarafları bilgilendirme kararı almıştır.

5. Hükümet ve başvurucu, söz konusu usulü uygulanmasının uygunluğu hakkında yazılı görüşlerini karşılıklı olarak 3 ve 6 Ocak 2012 tarihlerinde sunmuşlardır.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvurucu 1945 doğumlu olup, Antalya'da ikamet etmektedir.

7.5 Aralık 1970 tarihinde, başvurunun babası, Hasan Öztürk, Manavgat Kadastro Mahkemesi (Antalya) önünde kadastro komisyonu tarafından Çenger ve Yaçidibi köylerinde bulunan parsellerinin, tapu kütüğünde kendi adına tescil edilmesi gerektiğini ileri sürerek, bu parsellerin sınıflandırılması konusunda alınan kararın iptali için dava açmıştır.

8. Ardından, Kadastro Mahkemesi, tanıkları dinleyerek, bilirkişiler atayarak ve ihtilafa konu arazileri inceleyerek bir dizi yargılama işlemi gerçekleştirmiştir. Ayrıca birçok bilirkişi incelemesi yapmıştır.

9.31 Temmuz 1990 tarihinde, Kadastro Mahkemesi, söz konusu davayı birbirleriyle ilgili olduğu gerekçesiyle, bir başka dava ile birleştirmiş – 1966/179 numarası altında kayıtlıdır- ve bu numara altında incelemeye devam etmiştir. İhtilafa konu taşınmazlardan bazılarının, başvurunun babasına miras yoluyla intikal ettiğini belirtmiştir.

10.8 Kasım 1990 tarihinde, 31 Temmuz 1990 tarihinde Kadastro Mahkemesi tarafından alınan karara karşı temyiz yoluna gidilmiştir.

11.24 Ocak 1992 ve 19 Ekim 1993 tarihli iki davada, Yargıtay, Manavgat Yüksek Mahkemesi önünde, 1965/347 numarası altında kayıtlı olup, başvurunun babası ile kamu hazinesini, tüzel kişi olarak köyü ve Orman İşletme Müdürlüğü'nü karşı karşıya getiren ve halen derdest olan

bir başka dava olduğu gerekçesiyle alınan kararı bozmuştur. Yargıtay, bozduğu kararı çeşitli kamu makamlarına tebliğ etmesinin uygun olacağına kanaat getirmiştir.

12.1 Haziran 1995 tarihinde, başvuruçunun babası vefat etmiştir.

13.Dava, bilirkişi atayan Kadastro Mahkemesi tarafından incelenmeye devam etmiştir. 15 Eylül 2001 tarihinde, Çenger köyünde bulunan parsellerin incelenmesinin ardından, bunların orman olarak sınıflandırılması sonucuna varılan bilirkişi raporu düzenlenmiştir.

14.15 Ocak 2007 tarihinde, babasının ölümünü ileri sürerek ve ölüm raporunun dava dosyasına konulmadığını tespit ederek, başvuruçunu, çekişmeli yargı sürecinde babasının yerine taraf olma izni talep etmiştir.

15.21 Mart 2007 tarihinde, ilgili tarafından sunulan ölüm raporunun ve vekaletnamenin kanuna uygun olduğunu kaydettikten sonra, Kadastro Mahkemesi ilgilinin talebini kabul etmiştir.

16.Ardından, ihtilaf konusu değişik parsellerde keşifler yaparak, duruşma yapılmasını taraflara tebliğ ederek, bilirkişi ataması gerçekleştirerek davanın esasını incelemek amacıyla çeşitli tedbirler almıştır.

17.Taraflardan sağlanan bilgilere göre, dava, başvurunun incelenmesi tarihinde, halen Manavgat Kadastro Mahkemesi önünde derdesttir.

II.İÇ HUKUKTAKİ İLGİLİ HÜKÜMLER

A.Anayasa

18.Anayasa'nın 125 §§ 1 ve 7. maddeleri şunu öngörmektedir:

“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (...)

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

19.Devletin, kamu düzenini ve güvenliğini sağlama veya kişilerin mülkiyet ve hayatlarını koruma yükümlülüğünü uygulamada başarılı olmaması ve idareye atfedilebilecek haksız bir eylemin varlığının kanıtının bulunmaması gibi durumlarda devreye

giren bu hükümler, devlete nesnel bir sorumluluk yükler. Bu rejim altında, idare, kimliği belirsiz kişiler tarafından işlenen eylemin sonucu olan zararın mağduru olan kimseye zararı ödemekle yükümlü bulunabilir

(*İlhan v. Türkiye* [BD], no.22277/93, §42, AİHM 2000-IV; *Paçacı ve diğerleri v. Türkiye*, no.3064/07, 8 Kasım 2011, § 55).

B.İdari Yargılama Usulü Kanunu

20.İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi gereğince, idari bir eylemden doğan zararın mağduru olan herkes, neden olarak gösterilen eylem tarihinden itibaren bir yıl içinde ilgili idareye başvurarak uğradığı zararın tazmini talebinde bulunabilir. Talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda veya talep hakkında altmış gün içinde cevap alınmadığı takdirde, mağdur, yetkili mahkemeler önünde maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Bu hükümler, idareye atfedilebilecek haksız bir eylemin varlığına ilişkin kanıtlar olmasa dahi devlete nesnel bir sorumluluk yükleyebilir.

C.6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

21.Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesi gereğince, hâkim, yargılamanın makul süre içinde yürütülmesini sağlamakla yükümlüdür.

D.3420 sayılı Kadastro Kanunu

22.3420 sayılı Kadastro Kanunu'nun 29. maddesi, taraflardan birinin yokluğunda dahi duruşma yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu davalarda, taraflardan hiçbirinin duruşmaları takip etmemesi dosyanın işlemi kaldırılması sonucunu doğurmaz. Aynı kanunun 30. maddesine uygun olarak, hâkim, mümkün olduğunca çok delil toplamalı ve davanın esasıyla ilgili karar almak için bunları incelemelidir. Mirasçı, diğer mirasçıların onayı olmadan dava açabilir ve yalnız başına davaya devam edebilir.

E.Ulusal Yargı Makamlarındaki Tıkanıklığı Gidermek ve Görülmekte Olan Davalarda Yargılama Sürecini Hızlandırmak Amacıyla Yapılan Yasal Düzenlemeler

23.Adli mekanizmaların hızlandırılması adına, 31 Mart 2011 tarihli 6217 sayılı kanunla önceki on dokuz yasa değiştirilmiştir. Örneğin, mirasçılık belgeleri bundan böyle ulusal yargı organları tarafından değil de noterlikler tarafından hazırlanacaktır. Bazı tahminlere bakılarak, ulusal yargı böylece 445 000 dosyadan kurtulmuştur. Askerlik yükümlüleri tarafından askeri ceza yasasında bulunan bazı hükümlere riayetsizlik suç olmaktan çıkartılmıştır. Bu yasama faaliyetleri toplamda, yaklaşık olarak 1 600 000 dosyayı kapsamaktadır.

24.9 Şubat 2011 tarihli 6217 sayılı kanunla, Yargıtay ve Danıştay'ın oluşumları değiştirilmiştir. Danıştay'ın daire sayısı 13'ten 15'e çıkarılmış ve 51 ek hâkim atanmıştır. Yargıtay'ın yeni oluşumuna gelince, bu yüksek yargı yerinin daire sayısı 32'den 38'e çıkartılmış ve 160 yeni hâkim atanmıştır. Ayrıca, bu iki yüksek yargı yerinin hızlı ve etkili olarak çalışmasının sağlanması için içtüzükleri de değiştirilmiştir.

25.26 Ağustos 2011 tarihli 650 sayılı Kararname ile Adalet Bakanlığı, Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne bağlı olarak, İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmuştur. Bu daire, İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülmekte olan davaları aktif olarak takip etmekle görevlendirilmiştir.

26.3 Şubat 2012 tarihli 6273 sayılı yasa ile, çek suçları, ceza olmaktan çıkartılıp, idari yaptırıma dönüştürülmüştür. 2009 yılında, bu türden 430 000 dosyanın – 2010 yılında 366 000 dosya – Ulusal ceza makamları önünde askıda olduğu belirlenmiştir. Şu anda, Yargıtay önünde ilgili suçtan dolayı görülmekte olan 217 000'i aşkın dosya bulunmaktadır.

27.30 Mart 2011 tarihli 6273 sayılı yasa ile, Anayasa Mahkemesi'nin statüsü ve içtüzüğü değiştirilmiştir. Bu metnin 45. Maddesi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını tanımaktadır. Bu yasa, 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir; bu tarihten sonra, başvurucunun İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayette bulunması için bu yasa yolunu da tüketmesi gerekecektir.

F.Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları

28.Anayasa Mahkemesi içtihatı, Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukta da uygulanmasına ilişkin prensibi hatırlatmaktadır (12 Mayıs 2011 durdurması (E. 2009/31, K. 2011/77), 17 Haziran 2010 (E. 2008/22, K. 2010/10), 3 Haziran 2010 (E. 2011/77), 17 Haziran 2010 (E. 2008/22, K. 2010/10), 3 Haziran 2010 (E. 2009/69, K. 2010/79), 20 Mayıs 2010 (E. 2009/34, K. 2010/72), 16 Aralık 2010 (E. 2007/37, K. 2010/114), 12 Mart 2009 (E. 2008/106, K. 2009/54) ve 12 Mart 2009 (E. 2007/51, K. 2009/51)). Özellikle Sözleşme'nin 6 § 1. maddesine atıf yaparak, yargılama süresinin makul süre içerisinde gerçekleşmesi gereğini de ifade etmektedir

G.İlgili diğer belgeler

29.14 Kasım 2011 tarihinde, Adalet Bakanı, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bir kopyası da Yazı İşleri Müdürü'nde bulunan, bir niyet mektubu göndermiştir. Bu mektupta, yargılama süresine ilişkin sorunları çözmek için İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uygun bir yasa yolu kurulacağını taahhüt etmiştir.

I.AVRUPA KONSEYİ'NİN METİNLERİ

30.Bakanlar Komitesi'nin Res(2004)3 sayılı ve 12 Mayıs 2004 tarihli yapısal problemlere ilişkin kararlar hakkında kabul etmiş olduğu ilkeler şu şekildedir:

“Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15.b maddesi gereğince, Bakanlar Kurulu, Avrupa Konseyi'nin amacı, üyeler arasında daha sıkı bir birlik gerçekleştirmek ve bu amaca ulaşmanın en önemli yollardan biri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin gelişimi ve korunmasını sağlamak olduğu düşünülmektedir;

İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi, Avrupa da İnsan Hakları'nın Korunması alanında, temel referans noktası olarak kalmalı gereği ve Sözleşme tarafından inşa edilen sistemin uzun süreçte etkinliğinin ve verimliliğinin artırılması için gerekli tedbirler alınması gereğini hatırlatmaktadır.

Sözleşme tarafından inşa edilen kontrol mekanizmasının, ikincil niteliği hatırlatılarak, bunu önceden varsayıp 1. maddesine uygun olarak, Sözleşme tarafından garanti edilen hak ve özgürlükleri her şeyden önce, iç hukuk organları tarafından korunmalı ve ulusal yetkililer tarafından uygulanması gereği ortaya konulmaktadır.

Bu konuda, Sözleşme'nin, Taraf Devletlerin tümünün, bugün iç hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu için hoşnutluk duymaktadır.

Hatırlatmaktadır ki, Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince, Yüksek Sözleşmeci Taraflar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (aşağıda “mahkeme” olarak geçen) verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir;

İlgili Hükümete, altında yatan sorunları ve gerekli uygulama tedbirleri alma konusunda yardım etmenin altını çizmektedir;

Mahkeme kararında ihlalin yapısal bir problemden kaynaklı olduğu hususu belirtildiğinde, icranın kolaylaştırılması gereği düşünülmektedir.

7 Kasım 2002 tarihli Bakanlar Komitesi oturumunda, Mahkeme'nin bu sorun hakkındaki gözlemleri dikkate alınarak;

Mahkeme'yi davet etmektedir:

I.İmkanların sağladığı ölçüde, ülkelerdeki yapısal sorunlardan kaynaklanan ve bu haliyle daha sonra birden çok başvuruya neden olacak sözleşme ihlallerine ilişkin olarak hem devlete kararın icrasında yardımcı olmak adına hem de Bakanlar Komitesine bu icrayı denetleme de kolaylık sağlanması adına ihlalin altında yatan temel sorun açıkça belirlenmelidir.

II.Yapısal bir sorunun varlığına ilişkin belirtiler içeren kararlarda hem bu yapısal sorunlar hem de bu sorunların kaynağı hakkında özellikle sadece ilgili Hükümet'e ve Bakanlar Komitesi'ne değil ayrıca Parlamenterler Meclisi ve Avrupa İnsan Hakları komiserine uygun bir şekilde bildirimde bulunulmalıdır.

31.12 Mayıs 2004 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen iç hukuk yollarının geliştirilmesi hakkındaki Rec (2004)6 tavsiyeler şöyle okunmaktadır:

“Avrupa Konseyi Statüsü 15. Maddesi gereğince, Bakanlar Komitesi,Avrupa Konseyi'nin amacı, üyeler arasında daha sıkı bir birlik gerçekleştirmektir ve bu amaca ulaşmanın en önemli yollardan biri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin korunmasını ve gelişimini sağlamak olduğu düşünülmektedir;

İnsan Haklar ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi, Avrupa da İnsan Hakları'nın Korunması alanında, temel referans noktası olarak kalması gereği ve Sözleşme tarafından inşa edilen kontrol sisteminin uzun vade de etkinliğinin artırılması için gerekli tedbirlerin alınması gereğini hatırlatmaktadır.

Sözleşme tarafından inşa edilen kontrol mekanizmasının, ikincil niteliği hatırlatmakla beraber,,bunu önceden varsayıp 1. maddesine uygun olarak, sözleşme tarafından garanti edilen hak ve özgürlüklerin her şeyden önce, iç hukuk tarafından korunmalı ve ulusal yetkililer tarafından uygulanmalıdır.

Bu konuda, Sözleşme'nin, Taraf Devletlerin tümünün, bugün iç hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu için hoşnutluk duymaktadır.

Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca, Taraf Devletler, Sözleşmede bulunan temel hakların ihlaline ilişkin iddialarda bulunan herkesin, bu iddialarını dile getirebilecekleri ulusal yargı makamları önünde etkili başvuru yollarının varlığını taahhüt ettiğinin altı çizilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları gereğince (aşağıda "Mahkeme" olarak geçen) etkili başvuru yollarının sağlanması zorunluluğunun ötesinde, devletler tespit edilen ihlallerin altında yatan problemlere ilişkin genel çareler getirmekle yükümlü oldukları hatırlatılmaktadır.

Hükümetler, İç Hukuk yollarının hem hukuken hem de pratik olarak etkili olmasını sağlamakla yükümlüdürler, ayrıca bu yollar şikayetin hukuka uygun olarak ele alınmasını ve tespit edilen tüm ihlallere ilişkin uygun çözümler bulunmasını sağlamalıdır.

Mahkeme önüne taşınan davaların niteliği ve sayısı üye devletler için hiçbir zaman olmadığı kadar gerekli bir yükümlülük doğurmaktadır. Bu devletler özellikle uzun yargılama kaynaklı ihlallerin önlenmesi adına etkili ve yasal başvuru yolları tesis etmelidirler.

Sözleşmenin ihlali iddialarına karşın inşa edilecek etkili iç hukuk yollarının, mahkeme önüne gelecek dava sayısını azaltarak bir yandan mahkemenin iş yükünü azaltmakla, diğer yandan iç hukuk organları tarafından etraflıca incelenen olayın daha sonra mahkeme önünde incelenmesini kolaylaştıracak olduğu düşünülmektedir.

Özellikle tekrar eden ihlallere ilişkin iç hukuktaki başvuru yollarının geliştirilmesi de aynı zamanda mahkemenin iş yükünün azaltılmasına katkıda bulunacaktır.

Ekte yer alan iyi uygulama örneklerinden yola çıkılarak, üye ülkelere önerilmektedir:

I.Mahkeme içtihatları ışığında, Sözleşme de bulunan haklarına ilişkin olarak herkesin iddia ettiği ihlali dile getirebileceği etkili iç hukuk yollarının bulunduğu ve bu yolların, şikayetin esası hakkında hukuka uygun olarak verilecek karara kadar gidebileceği ayrıca tespit edilen ihlallere uygun çözümler getirebilecek nitelikte olduğu gözetilmelidir.

II.Mahkeme'nin yapısal ve genel eksiklikleri belirten kararlarının akabinde, Devletler halihazırda mevcut bulunan iç hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmeli ve aynı soruna ilişkin olayların tekrar mahkeme önüne taşınmasını önlemek için etkili iç hukuk mekanizmaları inşa etmelidir.

III.Üste yer alan I ve II noktaları çerçevesinde, yargılama süresinin gereğinden fazla uzunluğuna ilişkin şikayetlere özel dikkat gösterilmelidir.

Bu öneriyi uygulamak adına, Üye Devletlere yardım etme amaçlı uygun bir hibe yardımı sağlanacaktır ve gerekli imkânları vermek için Avrupa İnsan Hakları Genel Sekreterini görevlendirilmektedir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

I.SÖZLEŞME'NİN 6 § 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

32.Başvurucu, Sözleşme'nin 6 § 1. maddesinde belirtilen “makul süre” ilkesinin, yargılama sürecinde ihlal edildiğini ileri sürmektedir; söz konusu madde şunu öngörmektedir:

“Herkes medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar (...) konusunda karar verecek olan (...) bir mahkeme tarafından (...) davasının makul bir süre içinde (...) açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

33.Hükümet bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

34.Hükümet, Mahkeme'nin 28 Ocak 1987 tarihinden önceki olayları inceleme konusunda *ratione temporis* yetkisi olmadığını ileri sürmektedir.

35.Başvurucu, davanın bu tarihten sonra ulusal mahkemeler önünde devam ettiğini ileri sürmektedir.

36.Mahkeme, Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıdığını ve bunun 28 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe girdiğini hatırlatmaktadır. Sonuç olarak, bu tarihten itibaren Mahkeme'nin, Türkiye ile ilgili olarak, *ratione temporis* yetkisi vardır. (bkz. Paçacı ve diğerleri v. Türkiye, no.3064/07, 8 Kasım 2011, § 61 ve bu davanın içinde atıf yapılan referanslar)

37.Bundan dolayı, bireysel başvuru hakkının Türkiye tarafından 28 Ocak 1987 tarihinde tanınmasından sonraki olaylarla ilgili olması şartıyla, başvuruçunun iddialarını inceleme konusunda, Mahkeme, *ratione temporis* yetkisi olduğunu açıklamaktadır.

38.Hükümet, Mahkeme'den, davanın süresini 21 Mart 2007 tarihinden itibaren dikkate almasını talep etmektedir; söz konusu bu tarihte, Kadastro Mahkemesi, başvuruçunun, babasının vefatının ardından, davada taraf olmasını kabul etmiştir. Hükümet, ilgilinin söz konusu davada taraf olabilmek için on iki seneden fazla beklediğini ileri sürerek, onun kötü niyetli olduğunu iddia etmektedir.

39.Başvuruçucu, Hükümet'in iddialarını kabul etmemektedir. Başvuruçucu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 29. maddesine dayanarak, Kadastro Mahkemesi'nin önünde derdest olan davayı yürütmekle ve tarafların yokluğunda dahi davanın esasıyla ilgili karar vermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Başvuruçucu, dava sırasında taraflardan birinin ölümü durumunda, Kadastro Mahkemesi'nin *de cuius* 'un fürularını davaya katılmaları için çağırması gerektiğini ileri sürmektedir.

146

40.Mahkeme, Hasan Öztürk'ün kızı olan başvuruçunun, mirasçı sıfatıyla davaya katılmaya giriştiğini tespit etmiştir. Bu amaçla yaptığı talebe dayanarak, merhum babası tarafından açılan davayı sürdürmesi için kendisine izin veren Manavgat Kadastro Mahkemesi'ne mirasçılık belgesi ibraz etmiştir. Bunun üzerine, Kadastro Mahkemesi, başvuruçunun, Hasan Öztürk'ün mirasçısı olduğunu ve davaya bu sıfatla devam edebileceğini kesin olarak kabul etmiştir (*Özerman ve diğerleri v. Türkiye*, no.3197/05, § 33, 20 Ekim 2009). Bu tespitin ışığında, Mahkeme, ilgilinin kötü niyetli olmasıyla ilgili Hükümet'in iddiası konusunda, fikir yürütmeye gerek olmadığı kanısındadır. Sonuç olarak, bu itiraz reddedilmelidir.

41.Mahkeme, başvuruçunun şikayetinin, Sözleşme'nin 35 § 3 a) maddesi anlamında dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, ayrıca, şikayette başka hiçbir kabul edilemezlik gerekçesi bulunmadığını belirtmektedir. Bu nedenle şikayetin kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Davanın esasına dair

1. Göz önünde bulundurulacak süre

42.Göz önünde bulundurulacak süre, 28 Ocak 1987 tarihinde, bireysel başvuru hakkının Türkiye tarafından tanınmasından itibaren başlamıştır. Bununla birlikte, bu tarihten itibaren geçen sürenin makul nitelik taşıyıp taşımadığını araştırmak için, davanın ilgili dönemdeki durumu dikkate alınmalıdır. Göz önünde bulundurulacak süre 20 Mart 2012 tarihinde henüz sona ermemiştir. Söz konusu bu tarihte, dava, iki aşamalı yargıda halihazırda yirmi beş yıl sürmüştür (*Cocchiarella v. İtalya* [BD], no. 64886/01, § 113, AİHM 2006-V).

2. Dava süresinin makul niteliği

43.Hükümet, davanın koşullarına gönderme yaparak, söz konusu davanın olay ve olgular ile hukuk bakımından karışık olduğunu ileri sürmektedir. Birçok bilirkişi incelemesi gerçekleştirildiğini ve tenkit edilen yargılama sürecinin birçok davalıyı, davacıyı ve mirasçıyı karşı karşıya getirdiğini belirtmektedir. Davanın farklı yargılama makamları önünde devam ettiğini ve Manavgat Kadastro Mahkemesi önünde halen derdest olduğunu belirtmektedir.

44.Başvurucu, Hükümet'in argümanlarını kabul etmemektedir. Başvurucu, davanın Manavgat Kadastro Mahkemesi önünde onlarca yıldan beri derdest olduğunu tekrar etmektedir.

45.Mahkeme, bir davanın süresinin makul niteliğinin, davanın koşullarına mahkemenin içtihadı tarafından kabul edilen kriterlere, özellikle davanın karmaşıklığına, başvuru ile yetkili makamların tutumuna ve ilgililer için ihtilaf konusu davanın içeriğine bakılarak değerlendirildiğini hatırlatmaktadır. (bkz. diğerleri arasında, *Frydlender v. Türkiye* [BD], no.30979/96, § 43, AİHM 2000-VII; *Comingersoll S.A. v. Portekiz* [BD], no.35382/97, § 19, AİHM 2000-IV).

46.Mahkeme, farklı ulusal mahkemeler önündeki davaların süresinin aşırı uzun olmasından ve Sözleşme'nin 6 § 1. maddesi tarafından konulan "makul süre" gereğine karşılık vermemesinden ötürü Türkiye aleyhine yöneltilen çok sayıda başvuru olduğunu tespit ettiğine dikkat çekmiştir (idari dava için, bkz. *Ayık v. Türkiye*, no.10467/02, § 30, 21 Ekim 2008; sivil dava için, bkz. *Ebru ve Tayfun Engin Çolak v. Türkiye*, no.60176/00, § 107, 30 Mayıs 2006; ceza davası için, bkz. *Tendik ve diğerleri v.*

Türkiye, no.23188/02, § 36, 22 Aralık 2005; İş Mahkemesi önündeki dava için, bkz. *Hüseyin Ertürk v. Türkiye*, no. 54672/00, §§ 32-33, 22 Eylül 2005; ticari dava için, bkz. *Kadriye Sülün v. Türkiye*, no. 33158/03, § 29, 6 Şubat 2007; Kadastro Mahkemesi önündeki dava için, bkz. *Veli Uysal v. Türkiye*, no.57407/00, § 36, 4 Mart 2008).

47.Bu bağlamda, Mahkeme, Sözleşme'nin 6 § 1. maddesinin, Sözleşmeciler Devletler'i, yargısal düzenlerini, davaları makul bir sürede görme yükümü de dahil olmak üzere, kendi mahkemelerinin yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri bir şekilde düzenlemekle yükümlü kıldığını hatırlatmaktadır (*Sürmeli v. Almanya* [BD], no. 75529/01, § 129, AIHM 2006-VII ve bu davada atıf yapılan referanslar). Mahkeme, adaletin, etkinliğini ve inandırıcılığını zedeleyebilecek gecikmelerle yerine getirilemeyeceğinin önemini tekrar açıklamıştır (*Bottazzi v. İtalya* [BD], no.34884/97, § 22, AHİM 1999-V).

48.Bu bağlamda ve *Daneshpayeh v. Türkiye* davasında (no.21086/04, §§ 28 ve 38, 16 Temmuz 2009) ortaya çıkartılan eksiklikler göz önüne alındığında, Mahkeme, bu tür ihlallerin uzun yıllardan beri tekrar ettiğini; Türk hukuk sisteminde yapısal ve sistematik bir sorun teşkil ettiğini düşünmektedir. Mahkemeye göre, burada Sözleşme'nin 6 § 1. maddesine aykırı bir uygulama söz konusudur.

49.Bu bakımdan, tarafların sunduğu unsurlar ile bilgiler ışığında ve kaydedilen uygulama bakımından davanın tüm olay ve olgularının incelenmesinin ardından, Mahkeme, Hükümetin mevcut davada, daha önceki davalardan farklı bir sonuca götürebilecek hiçbir kanıt sunmadığını düşünmektedir. Söz konusu davada, Mahkeme, yerleşik içtihadını göz önüne alarak, somut olayda yargılama süresinin aşırı uzun olduğunu ve “makul süre” yükümlülüğünün yerine getirilmediği kanısındadır.

50.Bundan dolayı, Sözleşme'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir.

II.SÖZLEŞME’NİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

51.Başvurucu, Türkiye’de, yargılamanın aşırı uzun süresine itiraz edebileceği hiçbir hukuk yolunun bulunmadığından şikayet etmektedir. Başvurucunun ileri sürdüğü Sözleşme’nin 13. maddesinin ilgili bölümü şunu öngörmektedir:

“(…) Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”

52.Hükümet, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesi uyarınca, başvuruçunun, yakalama veya yasal tutukluluktan ileri gelen zararın telafisi için tazminat davası açabileceğini ileri sürmektedir.

53.Hükümet, 20 Ocak 1982 tarihli, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. ve Anayasa’nın 125. maddesine dayanarak, başvuruçunun, yargı süresinden kaynaklanan zararın telafisi için idari yargı mercileri önünde tazminat davası açabileceğini ileri sürmektedir.

54.Başvuruçucu, Hükümet tarafından itiraz olarak ileri sürülen idari yargı makamları veya Ceza Muhakemesi Kanunu 141. Maddesi uyarınca tazminat talep edebileceğine ilişkin iddiaları reddetmektedir.

55.Mahkeme, 26 Ekim 2000 tarihli *Kudla v. Polonya* kararında ([BD], no.30210/96, § 156, AİHM 2000-VII), 13. maddenin doğru yorumlandığına karar vermiştir; “bu hüküm, Sözleşme’nin 6 § 1. maddesi tarafından kabul edilen yükümlülüğün ihlalini şikayet etmeye ve davanın makul bir süre içinde görülmesine olanak vererek, ulusal bir makam önünde etkili bir başvuru yapabilmeyi sağlamaktadır.” (bkz., diğer birçok içtihat arasında, *Hartman v. Çek Cumhuriyeti*, no.53341/99, § 81, AİHM 2003-VIII (özetler), *Mifsud v. Fransa* (karar) [BD], no.57220/00, AİHM 2002-VIII) ve anılan *Sürmeli*, §§ 115-116).

56.Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesine dayanan tazminat başvurularına ilişkin olarak, Mahkeme, başvurunun uygun olmadığı gerekçesiyle böyle bir itirazı daha önce reddettiğini hatırlatmaktadır (*Medeni Uğur v. Türkiye*, no.49651/06, § 69-72, 24 Ocak 2011). Bu nedenle, somut olayda Hükümet’in itirazının bu kısmını reddetmek de uygun olacaktır.

57.Hükümet tarafından dile getirilen diğer tazminat başvurularına gelince, Mahkeme, ulusal hukuk sisteminin, Sözleşme’nin 6 § 1. maddesinde belirtilen yargılama süresinin uzunluğuna ilişkin, Sözleşme’nin 13. maddesi anlamında etkili bir şikayet mekanizmasının bulunmadığını, daha önce *Daneshpayeh* davasında (anılan, § 37) tespit ettiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, somut olayda bu içtihattan ayrılmak için hiçbir gerekçe bulamamıştır, özellikle bu şekilde Hükümet Türk

hukuk sisteminde bu arada böyle bir başvuru yolu açıldığını ileri sürmemektedir. Bu koşullarda, Hükümetin itirazının bu kısmı kabul edilememektedir.

58.Bu nedenle, Mahkeme, Daneshpayeh davasında (anılan, §§ 37 ve 38) vardığı sonuçlara atıfta bulunarak, iç hukukta başvurucuya davanın Sözleşme'nin 6 § 1. maddesi anlamında makul bir süre içinde görülmesine imkan tanıyan bir yol olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği kanısındadır.

III.SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

59.Sözleşme'nin 46. maddesi şunu öngörmektedir:

“1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

(...).”

A.Tarafların Argümanları

60.Hükümet, Sözleşme'nin 46. maddesi tarafından öngörülen pilot karar prosedürün uygulanmasının yerinde olduğunu açıklamıştır.

61.Başvurucu, söz konusu prosedürün uygulamasına karşı çıkmamaktadır. Daha önce dile getirdiği iddialarını yineleyerek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesi gereğince, hâkimin, makul bir süre içerisinde yargılamayı bitirmesi gerektiğini belirtmektedir.

B.Mahkeme'nin Taktiri

1. İlgili Genel İlkeler

62.Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak daha önceki içtihatlarından çıkan prensiplere atıf yapmaktadır (*Bourdov v. Rusya (no.2)*, no.33509/04, §§ 125-128, AİHM 2009 (özetler); *Olaru ve diğerleri v. Moldova*, no. 476/07, no.22539/05, no.17911/08 ve no.13136/07, §§ 49-52, 28 Temmuz 2009; *Maria Atanasiu et diğerleri v. Romanya*, no.30767/05 ve no.33800/06, §§ 210-214; 12 Ekim 2010, *Vassilios Athanasiou ve diğerleri v. Yunanistan*, no.50973/08, §§ 39-42, 21 Aralık 2010; *Finger v. Bulgaristan*, no.37346/05, §§113, 10 Mayıs

2011; Rumpf v. Almanya, no.46344/06, §§ 59-61, 2 Eylül 2010). Ayrıca, kendi içtüzüğünün, pilot karar prosedürüne ilişkin 61. maddesine de atıf yapmaktadır.

2. Yukarıda belirtilen prensiplerin uygulanması

a) Somut olayda pilot karar prosedürün uygulanması

63.Mahkeme, Sözleşme'nin 6§1 maddesine ilişkin ihlallerin Türkiye'de uzun yıllardır devam ettiğini ve iç hukuk düzeninde yapısal ve sistematik bir problem oluşturduğunu, bu durumun, Sözleşme'nin 6§1 maddesi ile 13. Maddesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmektedir (yukarıdaki 50 ve 58. Paragraflar). Mahkeme önünde, buna benzer daha yüzlerce başvuruların askıda olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, Türkiye'de bu duruma ilişkin artan başvuru sayısını ve çıkabilecek muhtemel ihlalleri göz önüne alarak (*anılan Maria Atanasiu ve diğerleri v. Romanya*, § 217-218), somut olayda, pilot karar prosedürün uygulanmasına karar vermiştir.

b) Sözleşmeyle uyumsuz bir durumun varoluşu

64.Mahkeme'nin 1128. toplantısında (Kasım-Aralık 2011), Bakanlar Komitesi, Türkiye'ye karşı yürütülen yargılama süresinin uzunluğuna ve bu hususta şikayetin dile getirilebileceği etkin başvuru yollarının yokluğuna ilişkin 233 dosyanın bulunduğunu tespit etmektedir.

65.Mahkeme, bu konuda daha önce vermiş olduğu birçok ihlal kararlarının Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi uyarınca değişik yargı makamları önünde başvuruçuların davalarının “makul sürede” incelenmediğini ve yine Sözleşme'nin 13. maddesi gereğince, yargılama süresinin gereğinden fazla uzunluğuna ilişkin şikayetleri dile getirebilecek etkili iç hukuk yollarının bulunmadığını ortaya koyduğunu hatırlatmaktadır. (*anılan Daneshpayeh* §§ 29, 38 ve 51).

66.Mahkeme, mevcut davadaki durumun ayrı bir niteliği bulunmadığı, sadece sözleşmeye uygun olmayan bir durum tespitinden ibaret olduğunu düşünmektedir.

c) Genel Önlemler

67.Mahkeme, bu kararların özellikle açıklayıcı nitelikte olduğunu ve genelde, Bakanlar Komitesi'nin kontrolü altında, Sözleşme'nin 46. Maddesi gereğince, yükümlenmiş olduğu sorumluluktan kurtulmak için, kendi iç hukuk düzeninde kullanması gereken araçları seçmekte baş

sorumlu olduğunu belirtmektedir. (bkz, diğerlerinin yanı sıra *Xenides-Arestis c. Türkiye*, 46347/99 sayılı § 39, 22 Aralık 2005; *Hasan ve Eylem Zengin c. Türkiye*, 1448/04 sayılı § 84, AIHM 2007-XI; *Öcalan c. Türkiye* [GC], 46221/99 sayılı, § 210, CEDH 2005-IV; *Broniowski c. Polonya* [BD], 31443/96 sayılı, § 192, AIHM 2004-, ve *Maestri c. İtalya* [BD], 39748/98 sayılı, § 47, AIHM 2004-I).

68.Mahkeme, daha önce uzun yargılama sürelerine ilişkin şikayetler hakkında çözüm olması için kurulan iç hukuk yollarının etkinliği ve karakteristik özellikleri hakkında devletlere düşen yükümlülükleri belirleme olanağı bulmuştur. (*Paulino Tomas c. Portugal* (Aralık), 58698/00 sayılı, AIHM 2003-VIII; *Scordino c. İtalya* (1 sayılı) [BD], 36813/97 sayılı, §§ 193-207, AIHM 2006-V, ve *Martins Castro ve Alves Correia de Castro c. Portekiz*, 33729/06 sayılı, § 65, 10 Haziran 2008).

69.Bir başvuru yolunun etkili olarak kabul edilmesi için, daha önce, (yukarıda değinilen) *Kudla ve Mifsud kararının c. Fransa* ([BD] (Aralık), kararlarında belirtildiği gibi 57220/00 sayılı, AIHM 2002-VIII), bu yolun aleyhine başvuru yargı kararına önceden(yargılama esnasında) etki edebilmesi veya daha önce meydana gelen gecikmeler için başvurana yeterli bir tazmin elde etme sonucunu doğurmalıdır. (yukarıda değinilen, *Kudla*, § 159, ve *Granata c. Fransa* (2 sayılı), 51434/99, § 36, 15 Temmuz 2003).

70.Tazminat miktarı ve bu şekilde bir başvurunun yargılama süresine ilişkin olarak, Mahkeme, *Daneshpayeh c. Türkiye* (21086/04, §§ 45-49, 16 Temmuz 2009) ve ayrıca *Cocchiarella c. İtalya* ([BD], 64886/01 sayılı, §§ 93-97, AIHM 2006-V) kararlarına atıf yapmaktadır.

71.Sözleşme tarafından kurulan koruma mekanizmasının etkinliğini artırmaya yönelik tedbirlere gelince, Mahkeme, bu konuda hükümetin dikkatini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yapısal problemlerden kaynaklanan sorunlara ilişkin (2004)3 no'lu kararı ile 12 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilen iç hukuk yollarının iyileştirilmesi hakkındaki Rec(2004)6 kararına çekmektedir (üstte paragraf 29-30).

72.Mevcut davada belirlenen yapısal sorunlardan kaynaklı problemleri çözmek için kabul edilmesi gereken iç hukuk yollarına ilişkin olarak, Mahkeme, *Scordino c. İtalya* (1 sayılı) ([BD], 36813/97 sayılı §§ 182-189, AIHM 2006-V) davasındaki temel ilkelere atıf yapmaktadır. Yargılama süresinin uzunluğundan kaynaklı etkili tazminat taleplerine

ilişkin kabul edilmesi gerekli kriterler bakımında, Mahkeme, *Vassilios Athanasiou ve diğerleri c. Yunanistan* (50973/08, § 55, 21 Aralık 2010) kararına atıf yapıp şu ilkeleri belirtmektedir:

-tazminat davası makul süre içerisinde neticelendirilmelidir.(Scordino v. İtalya (1 sayılı), [BD], adı geçen, §§ 194 ve 200);

-tazminat bedeli ivedi şekilde ödenmelidir. Prensip olarak, bu ödeme tazminata hükmedilen kararın kesinleşmesinden itibaren en geç 6 ay içerisinde yapılmalıdır.(*ibid.*, § 198);

-Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtildiği gibi tazminat davasını yöneten usul kuralları, hakkaniyet ilkesine uygun olmalıdır. (*ibid.* § 200);

-Yargılama giderleri başvuruçular üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır.(*ibid* §201);

-Tazminatın tutarı, Mahkeme'nin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarının altında kalmamalıdır. (*ibid.* §§ 202-206 ve 213).

73.Mahkeme, davalı Devleti, yerinden edilmiş şahıslarla (İçyer c. Türkiye (Aralık) no 18888/02, §§85-87, AIHM 2006-I) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuzeyinde bulunan Kıbrıslı Yunanların gayrimenkullerine ilişkin yapısal ve sistematik sorun teşkil eden durumları ortadan kaldırmak için almış olduğu tedbirlere dikkat çekmiştir. (Demopoulos ve diğerleri v. Türkiye (Aralık) [GC], no. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 ve 21819/04, §§ 127-129, AIHM 2010).

74.Mahkeme, davalı devlet tarafından kabul edilen farklı yasama reformlarını, özellikle 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma hakkını ve Adalet Bakanı'nın, söz konusu başvurunun konusu olan yapısal sorunu iyileştirmek amacıyla, Mahkeme'nin bu konudaki içtihatına uygun olarak başvuru yolu oluşturma ad hoc yükümlülüğü aldığı 14 Kasım 2011 tarihli yazıyı ilgiyle takip etmektedir (yukarıda geçen 23-27. paragraflar).

75.Yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alındığında, davalı devlet, Sözleşme'nin 6 § 1 ve 13. maddeleri anlamında, kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere en geç bir yıl içerisinde, söz konusu anayasal başvurunun (yukarıda geçen 74.paragraf) yürürlüğe girmesi tarihinden önce incelenecek olan mahkeme önündeki derdest başvurularla ilgili olarak – özellikle yargılama süresi benzer tekrarlanan davalarda, dava

konusunun mahkeme önüne taşınmaması amacıyla iç hukuk düzeninde uygun ve yeterli bir düzeltme sağlamaya imkan verecek etkili bir hukuk yolu düzenlemelidir.

d) Benzer Davalarda Uygulanacak Usul

76.Mahkeme, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi'ne, yargılama süresi hususunda yapılacak olan bireysel başvuruların etkinliği konusunda, önyargılı davranmaksızın, davalı devletin dikkatini, bu tarihten önce incelenecek olan mahkeme önündeki derdest başvurularla ilgili olarak, aşırı uzun yargılama süreleri ile ilgili olan yapısal soruna çekmek gerektiğini düşünmektedir.

77.Bu bakımdan, Mahkeme henüz bildirilmemiş ve 23 Eylül 2012 tarihinden önce işleme konulan benzer başvuruların incelenmesini, davalı devletin söz konusu yapısal sorunun çözümü için uygun önlemler alınca kadar ertelemeye karar vermiştir. Buna karşılık, davalı hükümete daha önce gönderilen bu tür başvurular için, Mahkeme onların incelenmesini normal usulle yürütebilecektir.

IV.SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

78.Sözleşme'nin 41. maddesi şunu öngörmektedir:

“Eğer Mahkeme, bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

79.Başvurucu maddi tazminat olarak 500 000 Euro, mağdur olduğunu ileri sürerek manevi tazminat olarak 100 000 Euro talep etmiştir.

80.Hükümet, bu taleplere itiraz etmiştir.

81.Mahkeme, tespit edilen ihlalle, talep edilen maddi tazminat arasında herhangi bir nedensellik bağı bulmamıştır. Sonuç olarak, söz konusu talebin reddedilmesine karar vermiştir. Buna karşılık, Mahkeme, başvuranın manevi zarara uğradığı kanısındadır. AIHM, hakkaniyete uygun olarak, bu başlık altında başvurana 15 600 Euro ödenmesine karar vermiştir.

B.Masraf ve giderler

82.Başvurucu, posta ve çeviri masraflarının ödenmesi için 2 000 Euro talep etmektedir. Başvurucu, bu talebine destekleyici olarak kanıtlayıcı belgeler göstermemiştir. Ankara Barosu'nun baremine başvurarak, mahkeme önünde yaptığı masraf ve harcamalar için 5 000 Euro talep etmiştir. Başvurucu, bu masraf ve giderler konusunda hiçbir kanıtlayıcı belge sunmamıştır ama Mahkeme tarafından verilen tazminat miktarının %15'ini avukatına geri vereceğini belirtmiştir.

83.Hükümet, bu taleplere itiraz etmiştir.

84.Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, başvuru, masraf ve giderleri ancak bunların gerçekliği, gerekliliği ve faizlerinin makul niteliğinin sağladığı ölçüde tahsis edebilir. Dava koşulları ve başvuru tarafından masraf ve giderler konusunda yapılan talebi destekleyen kanıt belgeleri olmaması göz önüne alınarak, Mahkeme, bu bakımdan başvuru taleplerini reddetmiştir.

C.Gecikme Faizi

85.Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

155

BU GEREKÇELERLE, AİHM, OY BİRLİĞİYLE,

1.Başvurunun kabul edilebilir olduğuna *karar vermiştir*;

2.Sözleşme'nin 6 § 1. maddesinin ihlal edildiğine;

3.Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;

4.a) Sözleşme'nin 44 § 2. maddesine uygun olarak; davalı devletin başvurucuya kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, her türlü vergi masrafları ile birlikte, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere 15 600 Euro (on beş bin altı yüz euro) tazminat ödemesine;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına *karar vermiştir*.

5.Mahkeme önünde derdest olan ve bireysel başvuru hakkının Anayasa Mahkemesi önünde yürürlüğe gireceği 23 Eylül 2012 tarihinden önce işleme konulacak olan başvurular hakkında, davalı devlet, Mahkeme'nin içtihadında ifade edilen Sözleşme'nin ilkelerine uygun olarak, diğerlerinin yanı sıra, İdari, Sivil, Ceza, İş, Ticaret ve Kadastro Mahkemeleri önünde devam eden davaların -Sözleşme'nin 6 § 1. maddesi anlamında-, makul süreyi aşması durumunda yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolunu Sözleşme'nin 44 § 2. maddesi gereğince, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde uygulamak zorunda kalacağına;

6.Normal yargılama usulü yoluyla daha önce bildirilen bu tür başvuruların incelenmesinin yürütülmesi yetkisini saklı tutarak, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık bir süre için henüz bildirilmemiş ve 23 Eylül 2012 tarihinden evvel işleme konacak olan –aynı genel sorundan kaynaklanan- tüm başvuruların incelenmesinin ertelenmesine karar vermiştir.

7.Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini reddetmiştir.

Sözleşme'nin 77 §§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca, karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; 20 Mart 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan